

Rådgivningen af Folketinget om statsretlige spørgsmål

En undersøgelse af praksis 1998-2006

En undersøgelse finansieret af Justitsministeriets Forskningspulje,
Afgivet d. 27. oktober 2009 af c. j., ph.d. Thomas Elbæk-Jørgensen

Indledende bemærkninger

Det projekt, der beskrives i denne rapport, er støttet økonomisk af Justitsministeriets Forskningspulje. Projektets gennemførelse og resultater er alene forfatterens ansvar. De vurderinger og synspunkter, der fremsættes i rapporten, er forfatterens egne og deles ikke nødvendigvis af Justitsministeriet.

*

Adskillige personer og institutioner har hjulpet så væsentligt med dette projekt, at det havde været svært at gennemføre uden deres bistand.

Prof., dr. jur. Michael H. Jensen gav nyttige råd ved udarbejdelsen af projektansøgningen.

I bevillingsperioden havde jeg midlertidigt asyl på Københavns Universitets Juridiske Fakultet.

Tak skal rettes til Dennis Schnell-Lauritzen i Folketingets Lovsekretariat; og til Claus Dethlefsen og Ib Skovsted Thomsen sammesteds – for interesse og for liberal papiradgang. Og takkes skal også nuværende og tidligere medarbejdere i Justitsministeriets Lovafdeling – især Birgitte Broberg, Stine Maria Tolstrup Christensen, Helle Sidenius, Henrik V. Elmquist og ikke mindst Niels Eilschou Holm for den tid de satte af, og for tålmodighed med mine misforståelser.

At denne rapport ikke er blevet bedre, skyldes alene forfatteren.

TEJ, oktober 2009

INDHOLD

INDHOLD	3
Kapitel 1. Indledning	10
1.I. Undersøgelsens emne og begrundelse.....	10
1.II. Den politiske debat om organisering af rådgivningen.	11
1.III. Foreliggende juridisk litteratur m.v.	13
1.IV. To problemer ved min gennemførelse af denne undersøgelse.	15
Kapitel 2. Hvordan denne undersøgelse er gennemført, og hvorfor den er gennemført på denne måde.....	17
2.I. Spørgsmål og fremgangsmåde.....	17
2.II. Om projektet som pilotundersøgelse, og om hvad der ikke undersøges...	18
2.III. Afvigelser fra projektbeskrivelsen, og begrundelser for disse afvigelser. .	19
Kapitel 3. Hvad er rådgivning? - periodeafgrænsning, materialesøgning, materialesortering.....	21
3.I. Indledning.....	21
3.II. Undersøgelsesperioden	22
3.III. Hvor er materialet blevet fundet?	22
3.III.1. Søgninger.	22
3.III.2. Forbehold for bruttomaterialet.	24
3.IV. Fra bruttomateriale til nettomateriale	25
3.IV.1 Oversigt.....	25
3.IV.1.1. Noget om generelle definitioner.....	25
3.IV.1.2. Kriterier opstillet på heuristisk basis.....	26

3.IV.2. Rådgiverne og rådgivningens modtagere: personel og institutionel afgrænsning.....	27
3.IV.2.1 Rådgivningens modtagere.....	27
3.IV.2.2. Rådgiverne.....	27
3.IV.3. Formelle afgrænsninger.....	30
3.IV.3.1. Materialet skal foreligge dokumenteret i et af de benyttede arkiver.....	30
3.IV.3.2. Tekststudkast tages ikke i betragtning.....	30
3.IV.3.3. Materialet skal være oversendt til Folketinget.....	31
3.IV.3.4. Kan rådgivningen have form af afgørelser?.....	31
3.IV.3.5. Foreløbige dokumenter.....	32
3.IV.3.6. Gentagelser.....	32
3.IV.3.7. Andre formelle krav?.....	33
3.IV.4. Materielle kriterier.....	34
3.IV.4.1. Materialet skal vedrøre statsretlige spørgsmål.....	34
3.IV.4.2. Generelle krav til argumentationens udførlighed som kriterium for udvælgelse af materiale.....	36
3.IV.4.3. ”Standarder”.....	39
3.IV.4.4 Politisk rådgivning og retspolitisk rådgivning.....	40
3.IV.4.5. Andre indholdsmæssige afgrænsningskriterier?.....	42
3.IV.5. Indgår beretninger og indstillinger fra kontrolorganer under Folketinget i det undersøgte materiale?.....	43
3.V. Diskussion: indebærer denne fremgangsmåde en rimelig afgrænsning af nettomaterialet?.....	44
3.V.1. Bred eller snæver afgrænsning af rådgivningen?.....	44
3.V.2. Er afgrænsningen velbegrundet?.....	44
3.V.3. Afrunding.....	46

Kapitel 4. Rådgivningens baggrund og funktioner.....47

4.I. Indledning.....	47
4.II.1. Rådgivning som sagkyndig supplerings af Folketingets beslutningsprocesser.....	47
4.II.2. Den asymmetriske fordeling af magt og ansvar i forholdet mellem rådgiver og Folketing... 48	48
4.II.3. Ministrene som hovedrådgivere for såvel opposition som regeringspartier.....	50
4.II.4. Ministrenes juridiske rådgivning af Folketinget som en (mindre) del af den juridiske rådgivning til det samlede politiske system.....	51
4.II.5. Embedsmænd som bidragsydere til ministrenes rådgivning af Folketinget.....	52
4.III. Beslutningstagers krav til rådgiver, og omvendt	53

4.III.1. Generelt.....	53
4.III.2. Rådgivers sagkyndighed.....	53
4.III.3. Kravet om rådgivers uvildighed.....	54
4.III.4. Et princip om at beslutningstager ikke misbruger rådgivningen?.....	56
4.IV. Rådgivers fortolkningsprincipper.....	57
Kapitel 5. Regler og praksis for den statsretlige rådgivning.....	61
5.I. Oversigt.....	61
5.I.1. Undersøgelsen af regler for rådgivningen.....	61
5.I.2. Nærmere bemærkninger om den "kvantitative" opgørelse af rådgivningen.....	62
5.I.3. Hovedtal.....	63
5.II. Ministrenes rådgivning til Folketinget om statsretlige spørgsmål.....	63
5.II.1. Oversigt.....	63
5.II.2. De ministerielle rådgiveres organisation, kapacitet, og institutionelle uafhængighed.....	64
5.II.2.1. Generelt.....	64
5.II.3. Den ministerielle rådgivnings politiske neutralitet.....	66
5.II.3.1. Generelt.....	66
5.II.3.2. Reglerne om ministrenes oplysningspligt overfor Folketinget som regler om ministerens pligt til at udvise politisk neutralitet ved rådgivning af Folketinget om (bl.a.) retlige spørgsmål.....	66
5.II.3.3. Embedsværkets bistand til ministerens retlige rådgivning af Folketinget.....	68
5.II.3.4. Om Folketingets adgang til at kontrollere den ministerielle rådgivnings politiske neutralitet.....	70
5.II.3.5. Sammenfatning: om ministeriel rådgivnings politiske neutralitet.....	70
5.II.4. Regler og praksis om indholdet af ministrenes oplysningspligt vedr. (stats)retlige spørgsmål.....	71
5.II.4.1. Almindelige regler om ministres oplysningspligt, som anvendt på den retlige rådgivning af Folketinget.....	71
5.II.4.2. Særlige regler om oplysningspligten vedr. retlige spørgsmål.....	79
5.II.5. Generelle fortolkningsprincipper vedr. ministrenes rådgivning?.....	81
5.II.6. Rådgivningens former og Folketingets acces til rådgivningen.....	81
5.II.6.1. Oversigt.....	81
5.II.6.2. Accesbegrænsninger som følge af ministres ret til at nægte at besvare spørgsmål fra Folketinget?.....	82
5.II.6.3. Accesbegrænsninger som følge af reglerne om rådgivningens former.....	83
5.II.6.4 Har Folketinget adgang til at søge rådgivning direkte fra ministeriernes embedsmænd?.....	85

5.II.6.4.1. Ny rådgivning.....	85
5.II.6.4.2. Folketingets adgang til indsigt i allerede foreliggende notater m.v.	87
5.II.7. Særligt om lovforberedende udvalg m.v. som rådgivere.....	90
5.II.8. Den ministerielle rådgivnings omfang og emner.....	92
5.III. Særligt om Justitsministeriet som rådgiver af Folketinget	95
5.III.1. Ressortfordelingen i statsretlige sager.....	95
5.III.2. Justitsministeriets stilling som rådgiver overfor sideordnede myndigheder.....	95
5.III.3. Om Justitsministeriets kapacitet samt enkelte bemærkninger om forholdet mellem justitsminister og Lovafdelingen.	99
5.III.4. Om rådgivningens indhold – oplysningspligt og rådgiverprincipper.....	101
5.III.4.1. Særlige regler om justitsministerens oplysningspligt?.....	101
5.III.4.2. Generelt om Justitsministeriets rådgiverprincipper.	101
5.III.4.3. Nogle bemærkninger om Justitsministeriets retskildecitering.	102
5.III.4.4. Aspekter af den retlige argumentation.	108
5.III.5. Folketingets acces til justitsministerens vurdering af statsretlige spørgsmål vedr. sager indenfor andre ministeriers ressorts.....	115
5.III.5.1. Indbentelse af ny rådgivning.	115
5.III.5.2. Adgangen til at indhente allerede foreliggende dokumenter og oplysninger vedr. den melleministerielle rådgivning.	117
5.III.6 Rådgivningens omfang og emner – herunder om Justitsministeriets rådgivning som en del af ministeriernes samlede rådgivning af Folketinget.....	119
5.III.7. Afrunding: fungerer Justitsministeriet rent faktisk som kontrolinstans overfor andre ministerier?	120
5.IV. Regler og praksis vedr. rådgivning fra Folketingets Lovsekretariat.	122
5.IV.1. Lovsekretariatets organisation: kapacitet, institutionel uafhængighed, politisk neutralitet.	122
5.IV.2. Om rådgivningens indhold.	124
5.IV.2.1. Forpligtelsen til at udtale sig i overensstemmelse med bedste sagkyndige skøn.	124
5.IV.2.2. Rådgiverstrategier for Lovsekretariatets rådgivning.....	124
5.IV.3. Folketingets acces til rådgivningen	126
5.IV.4. Rådgivningens omfang og emner.	127
5.V. Kammeradvokaten	128
5.V.1. Generelt om Kammeradvokatens forhold til Folketinget, samt om hans kapacitet, institutionelle uafhængighed, og politiske neutralitet.	128

5.V.2. Materielle regler . Forpligtelsen til at udtale sig efter bedste sagkyndige skøn, samt rådgiverstrategi.....	130
5.V.3. Folketingets acces til rådgivningen.....	131
5.V.3.1. Rådgivningens former.....	131
5.V.3.2. Folketingets acces til ny rådgivning fra Kammeradvokaten.....	131
5.V.3.3. Folketingets adgang til indsigt i allerede foreliggende rådgivningsnotater.....	132
5.V.4. Rådgivningens omfang og emner.....	133
5.VI. Individuelle rådgivere m.v.....	133
5.VI.1. Rådgivernes kapacitet, uafhængighed og neutralitet.....	133
5.VI.2. Materielle spørgsmål. Forpligtelsen til at udtale sig efter bedste sagkyndige skøn, og rådgivningsstrategier.....	136
5.VI.3. Rådgivningens former og Folketingets acces til rådgivningen.....	140
5.VI.3.1. Rådgivningens former.....	140
5.VI.3.2. Accessspørgsmål vedr. responsa og notater.....	141
5.VI.3.3. Accessspørgsmål vedr. udvalgsbøringer.....	142
5.VI.4. Særligt om rådgivning fra medarbejdere ved Institut for Menneskerettigheder.....	144
5.VI.5. Rådgivningens omfang og emner.....	145
5.VII.1. Hvad menes med rådgivningssager?.....	146
5.VII.2. Om sager med flere rådgivere, og om hvorfor der ikke er flere større sager.....	150
5.VIII. Rådgivningens emner.....	152
5.VIII.1. Fordeling af registreringer på emnekategorier (grundlovsparagraffer m.v.).....	152
5.VIII.2. Fordeling af (større) rådgivningssager.....	153
5.VIII.3. Hvad kan der siges om baggrunden for denne fordeling?.....	153

Kapitel 6. Den interne rådgivning af Folketinget om statsretlige

spørgsmål.....	156
6.I. Generelt.....	156
6.II. Folketingets formand som rådgiver efter Ffo § 16 stk. 3.	156
6.II.1. Regel og praksis.....	156
6.II.2. De eksterne rådgiveres betydning for formandens rådgivningsfunktion efter § 16 stk. 3..	159
6.III. Særligt om sager vedrørende lovforslags identitet, jf. grl § 41 stk. 2.....	162
6.IV. Indstillinger fra Udvalget for Forretningsordenen vedr. samtykke til tiltale og fængsling af folketingsmedlemmer, jf. grl § 57, 1. pkt.	164
6.V. Intern rådgivning til Folketinget efter andre bestemmelser.....	165

Kapitel 7. Opsummeringer og perspektiver.	168
7.I.1. <i>Undersøgelsens emne og hovedprincipper.</i>	168
7.I.2. <i>Afgrænsning af materialet</i>	168
7.I.3. <i>Antagelser, der ligger til grund for undersøgelsen.....</i>	168
7.I.4. <i>Forholdet mellem rådgiver og beslutningstager i praksis.</i>	169
7.I.4.1. <i>Oversigt.....</i>	169
7.I.4.2. <i>De enkelte rådgiveres forhold.....</i>	170
7.I.4.3. <i>Nogle tværgående observationer.</i>	172
7.I.4.4. <i>Forholdet mellem politikeres stillingtagen og rådgiveres deltagelse.....</i>	173
 Anvendt litteratur	 175
 Summary in english	 178

Kapitel 1. Indledning

1.I. Undersøgelsens emne og begrundelse.

Denne redegørelse præsenterer hovedresultaterne af en pilotundersøgelse af den statsretlige rådgivning af Folketinget i undersøgelsesperioden 1998-2006, nærmere bestemt: fra indledningen af folketingssamlingen 1997-98 (2. samling), til udgangen af folketingsåret 2005-06. Om de nærmere afgrænsninger af emnet, se ndf. i redegørelsens kap. 3.

Rådgivningen af Folketinget i statsretlige spørgsmål har interesse af flere grunde. Folketinget er – på linje med regering, forvaltning og domstole – en retsanvendende myndighed, som skaber praksis gennem anvendelse af de retsregler, der ligger til grund for dets virke, og som Folketinget ikke umiddelbart kan ændre. Blandt disse retsregler har grundloven naturligvis en særlig status, men også EU-retlige og (visse) menneskeretlige regler kan i nogen grad ses i dette lys.¹

Folketingets forudsætninger for at anvende disse retsregler afviger dog væsentligt fra statsforvaltningens eller domstolenes forudsætninger for at anvende de retsregler, der ligger til grund for disse organers virke. Folketingets medlemmer er politikere, og de afgørelser som de træffer, er først og fremmest politiske. I praksis søger Folketingets medlemmer derfor i vidt omfang (juridisk) *rådgivning* om de retlige spørgsmål som anvendelsen af retsreglerne skaber i det daglige arbejde. Rådgivningen søges hos juridiske eksperter udenfor kredsen af Folketingsmedlemmer.

Der kan stilles mange spørgsmål til rådgivningen. Hvilken betydning har den for de politiske aktørers beslutninger – dvs. følger aktørerne de råd, som de modtager? Hvilken retskildemæssig betydning, om nogen, har rådgivningen for professionelle juristers vurdering af et retsspørgsmål? Bør rådgivningen organiseres anderledes? Kan man i den henseende hente inspiration fra andre lande, eller f. eks. fra EU?

Fælles for spørgsmålene er, at de forudsætter et grundlæggende kendskab til rådgivningen, til dens omfang og formelle processer. Et sådant kendskab foreligger faktisk ikke i dag udenfor de ret snævre kredse i Folketinget, i Justitsministeriets Lovafdeling og an-

¹ Jf. Ross: "Dansk Statsforfatningsret" (1980), p. 14-15; med noget anderledes argumentation Zahle: "Dansk Forfatningsret 1" (2001), særligt p. 24-25..

dre institutioner, der hver for sig yder eller modtager rådgivning. Hensigten med denne pilotundersøgelse har derfor været at give en grundlæggende oversigt over rådgivningen til Folketinget i statsretlige spørgsmål.

I den forbindelse er det nødvendigt også at forklare, hvorfor det netop er rådgivningen i statsretlige spørgsmål – og ikke i EU- eller menneskeretlige spørgsmål – der er blevet udvalgt. Den væsentligste grund er nok interessen for at give en bred og samlet oversigt over rådgivningen på et retsområde som helhed – og såvel den EU-retlige som den menneskeretlige rådgivning til Folketinget præsenterer en læser for så betydelige mængder, at det ville være nødvendigt at foretage kraftige udvalg. Denne undersøgelses karakter af pilotundersøgelse skal også forstås metodemæssigt: det er en del af hensigten med undersøgelsen at indsamle et materiale, der på sigt tillader at gå videre til besvarelsen af mere kvalitative spørgsmål.

1.II. Den politiske debat om organisering af rådgivningen.

Folketingets behov for ekstern statsretlig ekspertise angår – stærkt forenklet – to forskellige situationer.²

For det første den situation, hvor Folketinget har ønsket en mere eller mindre omfattende retlig undersøgelse og vurdering af regeringens og forvaltningens dispositioner med henblik på at forberede Folketingets stillingtagen, herunder evt. til spørgsmålet om ministeransvar. Det er i praksis sket ved at udnævne – typisk – advokater eller dommere til at forestå en retligt præget undersøgelse, eller til at stå i spidsen for undersøgelsen. Den rådgivning, som Folketinget skal modtage i sådanne situationer, har i 1990'erne været genstand for en del politisk interesse, og for en detaljeret regulering (Lov om undersøgelseskommissioner; Folketingets Forretningsorden §§ 54-60). Selv om der løbende opstår spørgsmål om rammerne for denne rådgivning, så er den dog ganske intenst reguleret.³

² I princippet kan man tale om en tredje rådgivningssituation: nemlig hvor Folketinget som sådan, eller medlemmer eller partigrupper søger retlig rådgivning i forbindelse med retssager, som de er blevet involveret i i deres offentlige egenskab. Denne rådgivningssituation er så atypisk, at den ikke tages i betragtning i det flg.

³ For eksempler på de tvivlsspørgsmål om retlige undersøgelsesformer, som det løbende har været relevant at afklare, se de notater m.v., som er anført i kataloget til nærværende undersøgelse, under [*Undersøgelseskommissioner m.v.*]

For det andet den situation, hvor Folketinget ønsker en juridisk vurdering af et tvivls- spørgsmål opstået i forbindelse med forberedelse og udarbejdelse af lovgivning, eller i forbindelse med den mere løbende kontrol af regering og forvaltning. I disse tilfælde er der ikke noget større faktisk undersøgelsesaspekt; rådgivningen angår primært det retlige. Det er denne del af rådgivningen, der undersøges her.

Rådgivningens organisation og omfang har i nyere tid været til politisk debat i flere omgan- ge. Et grundlæggende spørgsmål i en del af debatten synes at have angået Folketingets – særligt oppositionens – adgang til forfatningsretlig rådgivning fra rådgivere, der ikke for- melt var en del af centralforvaltningen.

I starten af 1990'erne opstod fra visse sider kritik af den forfatningsretlige rådgivning, som Folketinget havde modtaget i konkrete sager.⁴ I den forbindelse opstod interesse for for- skellige modeller for at reorganisere rådgivningen, herunder ved oprettelse af et lovråd un- der Folketinget.

Et beslutningsforslag herom – beslutningsforslag B 49/1991-92, fremsat af medlemmer af SF's folketingsgruppe – mødte dog modstand fra et bredt flertal i Folketinget ved forsla- gets 1. behandling d. 18. marts 1992, bl.a. med henvisning til en tilkendegivelse fra Højeste- rets præsident om at dommeres deltagelse i et sådant lovråd (hvilket indgik i beslutnings- forslaget) næppe ville være overensstemmende med den almindeligt accepterede opfattelse af forholdet mellem den lovgivende og den dømmende magt.⁵

Forslaget blev i modificeret form genfremsat i næste folketingsår (Beslutningsforslag B 7/1992-93). Ved 1. behandlingen af det genfremsatte forslag udtrykte ordførere for et fler- tal af Folketinget – herunder Socialdemokratiets ordfører – principiel tilslutning til tanken. Ved regeringsskiftet januar 1993 fremkom de nye regeringspartier - Socialdemokratiet, Ra- dikale Venstre, Centrumdemokraterne og Kristeligt Folkeparti – med et fælles regerings- program, ”En ny start”, hvoraf det fremgik, at ”[...]I samarbejde med Folketingets partier vil regeringen fremme forslag om oprettelse af et lovråd. Lovrådet skal være rådgivende i principielle spørgsmål, herunder særligt grundlovsfortolkning, forpligtelser overfor menne- skerettighederne og andre internationale forpligtelser.”

I en udvalgsberetning af 4. oktober 1993 over forslaget blev det imidlertid konstateret at der ikke var stemning for et lovråd, men det blev samtidigt indstillet til Udvalget for For- retningsordenen at arbejde videre med sagen i det flg. folketingsår, herunder med at ”[...] udarbejde et kommissorium for et udvalg, der skal overveje funktionsområde, sammensæt-

⁴ Som enkelt eksempel på denne kritik kan nævnes Steen Rønsholdt (1991)

⁵ Se for henvisninger til debatten indtil 1993 Jens Peter Christensen: (1993) p. 97. For senere henvisnin- ger, se bl.a. Koch (1997)

ning og procedure for en sådan uafhængig, juridisk rådgivning". Et sådant udvalg så dog aldrig dagens lys.

Da Folketingets formand i januar 1995 fremsatte udkast til en plan for en styrkelse af Folketingets arbejde ("Olsen-planen"), indeholdt udkastet et nyt forslag om et lovråd under Folketinget. Kommentarer fra folketingsgrupperne viste imidlertid, at der heller ikke var flertal for dette forslag, og det blev ikke en del af den endelige plan. Til gengæld indebar planen på anden måde en vis styrkelse af den forfatningsretlige rådgivning af Folketinget, særligt ved en forøgelse af tilskuddene til partigrupperne, som bl.a. muliggjorde udvidet ansættelse af eksperthjælp, samt ved styrket bistand til Folketingets udvalg.^{6 7}

Fra slutningen af 1990'erne og fremefter har Folketing og regering som led i arbejdet med at forbedre lov kvaliteten lagt vægt på en bedre forberedelse og behandling af lovforslag, herunder ikke mindst ved oplysning om lovforslagenes forhold til grundloven, almindelige retsprincipper og internationale konventioner m.v. Også i den forbindelse har repræsentanter for et flertal i Folketinget afvist tanken om oprettelse af et lovråd. Derimod er det blevet udtrykkeligt fastslået, at Folketingets formand, og Udvalget for Forretningsordenen i fornødent omfang bør kunne indhente responsa fra juridiske eksperter, og samtidigt er der blevet henvist til den ekspertise, der er til rådighed i Folketingets Lovsekretariat.⁸

1.III. Foreliggende juridisk litteratur m.v.

I den juridiske litteratur m.v. er der gennemført generelle undersøgelser af den forfatningsretlige rådgivning af Folketinget fra forskellige synsvinkler.

For det første er der en begrænset litteratur om den forfatningsretlige rådgivning af Folketinget isoleret betragtet. Fokus har her især været på den del af rådgivningen, som er blevet ydet af Justitsministeriets Lovafdeling, og er skrevet af Lovafdelingens egne

⁶ Det daværende folketingsflertals begravelse af ideen om et lovråd foregik i yderste diskretion, i et af underpunkterne i et bilagsnotat til et ikke-vedtaget beslutningsforslag fra folketingsåret 1994-95 (B 123 vedrørende styrkelse af Folketingets arbejde, Folketingstidende 1994-95 till. A p. 4037ff).

⁷ Forslag om oprettelse af et organ udenfor administrationen til kontrol af loves grundlovsmæssighed er siden fremsat bl.a. som led i de forslag til ny grundlov, som forskellige partier har fremsat. Jf. således pkt. 9 om "Evt. nedsættelse af et lovudvalg" (dvs. et fast folketingsudvalg), i beslutningsforslag B 63 af 10. februar 1995 om nedsættelse af en forfatningskommission, fremsat af 4 medlemmer af SF, jf. FT 1994/95 till. B p. 2148-2165.

⁸ Jf. således Beslutningsforslag B 141/ 1998-99, jf. betænkning og indstilling over ændring af forretningsordenen for Folketinget (forbedret lov kvalitet m.v.), FT 1998-99 till. B, p. 913ff, særligt p. 929-931, jf. p. 917. Folketingets Lovsekretariat er udskilt af det daværende Lov- og Parlamentssekretariat.

medarbejdere og chefer med henblik på bl.a. at klargøre Lovafdelingens fortolkningsstil overfor andre ministerier samt overfor en bredere juridisk kreds.⁹

For det andet har en del af litteraturen om rådgivningen angået dens organisering, herunder den nævnte debat om et lovråd. En del af denne litteratur har, udover rådgivningen til Folketinget om statsretlige spørgsmål, også angået fremme af lovkvaliteten i bredere forstand.¹⁰

For det tredje er rådgivningen blevet analyseret som led i samlede undersøgelser af forfatningskontrollen, dvs. kontrollen med den lovgivende magts overholdelse af sine forfatningsbestemte beføjelser. Den rådgivning som ydes i forbindelse med fremsættelsen og behandlingen af lovforslag m.v. betegnes her som en forudgående forfatningskontrol. Fokus er altså her på kontrollen med lovgivningsmagts grænser, snarere end på rådgivningen som sådan, eller på rådgivningen som et samspil mellem Folketinget og Folketingets rådgivere. Disse undersøgelser indeholder som noget meget værdifuldt de eneste systematiske sammenligninger med parlamentets juridiske rådgivning i andre lande¹¹

Som allerede omtalt er der ikke i nyere tid blevet gennemført noget større selvstændigt udredningsarbejde om den forfatningsretlige rådgivning af Folketinget, eller om lovråd – trods debatten om disse emner, og i modsætning til hvad der f. eks. er blevet gennemført om undersøgelsesorganer (jf. bet. 1315/1996), eller om forholdet mellem minister og embedsmænd (bet. 1354/1998, bet. 1443/2004 m.v.). Redegørelserne om disse spørgsmål har dog også en vis relevans ved belysningen af den forfatningsretlige rådgivning af Folketinget.

Den generelle juridiske litteratur om den forfatningsretlige rådgivning af Folketinget er således overskuelig. Noget andet er, at juridiske forfattere i varierende omfang inddra-

⁹ Se om Justitsministeriet først og fremmest Niels Madsen (1982). Niels Madsens indlæg er opdateret og videreudviklet af den nuværende departementschef, Michael Lunn (2007). Medarbejdere i Justitsministeriet har i Bormann m. fl. (2002) lidt nøjere beskrevet nogle almindelige overvejelser om grundlovs-spørgsmål i forbindelse med lovforberedelsen.

¹⁰ Om lovråd, se bl.a. Henning Koch (1997); Jens Peter Christensen: (1993); Lars Nordskov Nielsen (1993); Henning Koch (1992). Om opstramning af den statsretlige rådgivning som et led i forbedring af lov-kvaliteten, se udover Koch, anf. arb. (1992) også Lars Nordskov Nielsen: "Kvalitet i lovgivningen" (1999), hvor emnet kun berøres kort p. 172.

¹¹ Se især Pernille Boye Koch: Forfatningskontrol (2002), p. 53-61, kortere samme forfatter i Henrik Zahle (red.): Danmarks Riges Grundlov med kommentarer (2006), p. 53-55. De internationale undersøgelser findes i Boye Koch (2002), samt i Jon Andersen (1993)

ger relevante dele af rådgivningen (notater, besvarelser af udvalgsspørgsmål m.v) som retskilder i teoretiske undersøgelser.¹²

Endelig skal det nævnes, at emnet heller ikke synes at have fået større opmærksomhed i politologiske eller sociologiske undersøgelser. Således ses emnet f. eks. ikke at være studeret i den forskning, som blev igangsat ved Magtudredningen.

1.IV. To problemer ved min gennemførelse af denne undersøgelse.

To forhold må der nødvendigvis gøres opmærksom på inden den videre læsning.

Først: jeg har ingen professionel erfaring med undersøgelsens emne, rådgivning af Folketinget. Jeg kender ikke på forhånd til de vilkår, hvorunder notater m.v. tilbliver. Det havde utvivlsomt været en fordel at have.

Dernæst: denne undersøgelse er finansieret af Justitsministeriet, som er den måske væsentligste af alle rådgivere af Folketinget; men som gennem tiden også har mødt kritik. Hvis man skulle mene, at mine konklusioner, eller mangel på samme, er for blide mod Justitsministeriet, ligger det lige for at se en sammenhæng. Jeg kan kun bedyre, at ministeriet ikke på nogen måde har hindret min undersøgelse, eller søgt at lede mine skridt i bestemte retninger. Om materialeadgangen, se ndf. i kap. 3.

¹² Se især Jens Hartig Danielsen: Suverænitetssafgivelse (1999), og Michael Hansen Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73 (2006) som eksempler på afhandlinger, der systematisk indtager relevante dele af den statsretlige rådgivning af (regering og) Folketing som kildemateriale.

Kapitel 2. Hvordan denne undersøgelse er gennemført, og hvorfor den er gennemført på denne måde.

2.I. Spørgsmål og fremgangsmåde

Det spørgsmål, man efter min vurdering må tage udgangspunkt i er – med baggrund i de politiske og juridiske diskussioner, som er anført i kap. 1.II-III – får Folketingets medlemmer den rådgivning, som de ønsker? Og har de grund til at være tilfreds med den rådgivning, som de får?

At forsøge at belyse disse spørgsmål er at tage et skridt ind på en jordbund, hvor engle frygter at træde. Langt det meste ekspertrådgivning til Folketinget, også om juridiske spørgsmål, kommer fra regeringen. Og der hersker en konstant trækkamp mellem regering og Folketing, dvs. mellem regering og oppositionspartier, om oppositionens spørgelyst og regeringens svarelyst. Det er ikke en trækkamp, som er begrænset til at angå regeringens juridiske rådgivning til Folketinget. At forsøge en egentlig, udtømmende besvarelse af spørgsmål som de netop nævnte er halsløs gerning.

Men man kan godt have spørgsmålene for øje, og tilrettelægge en undersøgelse, der søger at give et bidrag til besvarelsen. Det er det som er forsøgt her, især ved at give et overblik over det materiale, der må lægges til grund ved besvarelsen. At give et overblik over materialet, og at udlede heraf, hvad der med rimelig sikkerhed kan siges om de nævnte spørgsmål, er hvad jeg har prioriteret at gøre. Fremgangsmåden har i hovedsagen været denne:

Ud fra et almindeligt forhåndskendskab til emnet er der på forhånd opstillet visse formelle og materielle kriterier for, hvad der kunne betragtes som statsretlig rådgivning af Folketinget. Der er endvidere afgrænset en periode for undersøgelsen.

På dette grundlag har jeg foretaget forskellige søgninger i såvel webarkiver som papirbaserede arkiver efter materiale, som har udgjort undersøgelsens bruttomateriale. Undersøgelsens nettomateriale – dvs. de dokumenter, som er lagt til grund for undersøgelsen – er herefter fremkommet ved at sortere i bruttomaterialet ud fra nærmere beskrevne afgrænsningskriterier.

Afgrænsningen af hvad der kunne betragtes som rådgivning, afgrænsning af undersøgelsesperiode, samt søgning og sortering af materiale er alt sammen nærmere beskrevet i kap. 3, hvor jeg også diskuterer materialets mangler og begrænsninger. Kapitel 3 må

derfor regnes for et ”metodekapitel” lige så vel som dette. Man kan sige at kap. 3 er metodeafsnittets specielle del.

Det herved fremkomne nettomateriale er herefter blevet registreret i de kataloger, der optræder som selvstændigt bilag til undersøgelsen. De nærmere registreringsprincipper fremgår af en indledning til katalogerne.

Allerede dette er, som det måske antydes, noget af en øvelse. Projektets dokumentationsdel bliver derved en ikke ubetydelig del af det samlede arbejde. Men selvfølgelig ikke det hele.

I kap. 4 diskuteres forholdet mellem statsretlig rådgiver og den politiske beslutningstager mere generelt. Denne diskussion har karakter af generelle antagelser, der ligger til grund for undersøgelsen i de flg. kapitler.

I kap. 5 søges nogle mønstre i det fundne materiale afdækket. Dels er det en grundlæggende beskrivelse: i hvilke former kommer rådgivningen til Folketinget? Hvilke rådgivere anvendes? Hvor meget rådgivning kommer fra ministerierne, hvor meget fra andre rådgivere? På hvilke retsområder synes der oftest at opstå spørgsmål, som må afklares ved rådgivning? Men også mere komplekse spørgsmål søges belyst.

Visse led i undersøgelsen – dele af kap. 5 – gennemføres som undersøgelse af, hvad gældende ret er, dvs. som retsdogmatiske undersøgelser. I øvrigt er undersøgelsen langt hen ad vejen lagt an som en – simpel – sociologisk undersøgelse.

Undersøgelsen er i det hele lagt til rette med vægt på mere objektivt konstaterbare data. Det skal dog understreges, at de data som fremlægges ikke er ganske sikre, men er udtryk for en række grundlæggende valg mht. hvad der er omfattet af registrene. Det diskuteres løbende undervejs i undersøgelsen, i hvilket omfang resultaterne ville have set anderledes ud, hvis der på visse punkter var foretaget andre valg mht. afgrænsningerne af materialet.

2.II. Om projektet som pilotundersøgelse, og om hvad der ikke undersøges.

At projektet betegnes som pilotundersøgelse kan selvfølgelig forstås som en hentydning til, at der ikke til dato foreligger nogen særligt omfattende undersøgelse af den statsretlige rådgivning som sådan.

Men især skyldes det, at undersøgelsen har sine åbenlyse begrænsninger.

Dels kunne man stille nogle mere kvalitativt orienterede spørgsmål vedr. det foreliggende rådgivningsmateriale – f. eks. ved at sammenholde den retlige argumentation i nogle udvalgte notater med andre retskilder, litteratur etc. Der ses således heller ikke sy-

stematisk på f. eks. justitsministerielle notaters vægt i den retlige argumentation ved domstolene, dvs. deres betydning som retskilde.

Dels er det ikke forsøgt at sige noget om, hvordan Folketinget og dets medlemmer forholder sig til den ydede rådgivning; herunder hvilken konkret betydning rådgivningen har for medlemmernes stillingtagen til de spørgsmål, der har givet anledning til rådgivningen. Spørgsmål om Folketingets ansvar for at reagere på den ydede rådgivning behandles kun meget summarisk

Dels ses der ikke på rådgivning vedrørende politiske beslutningers forhold til internationale menneskerettighedskonventioner, i særdeleshed til EMRK. Det kunne der ellers være alt mulig grund til, alene ud fra den praktiske betydning, som EMRK i dag har for dansk lovgivning. Men en afskæring skulle til.

Dels har jeg ikke været interesseret i – i denne sammenhæng – at tage stilling til spørgsmålet om rådgivningens organisering (dvs. hvorvidt der bør oprettes et lovråd el. lign.) Man kan sige, at en undersøgelse som denne har mulighed for at give noget ”råmateriale” til brug for overvejelser herom. Men ikke mere.

Og endelig har jeg heller ikke forsøgt at foretage en sammenligning med den statsretlige rådgivning, der ydes til parlamenter i et eller flere andre lande. Det er selvfølgelig en mangel, men en sådan sammenligning synes dog først og fremmest at være vigtig, hvis man skulle til at overveje forskellige muligheder for en alternativ organisering – og det er som sagt ikke aktuelt her.

Kernen i undersøgelsen er altså en fremlæggelse af de foreliggende data på en systematisk måde, med henblik på at se hvilket bidrag de kan give til besvarelse af de spørgsmål, der er stillet i indledningen. Projektets filosofi – hvis det har en sådan – er i egentlig forstand empirisk. Det er materialet, der er hovedsagen.

2.III. Afvigelser fra projektbeskrivelsen, og begrundelser for disse afvigelser.

I den projektbeskrivelse, der har ligget til grund for bevillingen til at gennemføre projektet, er det skitseret at der som supplement til en mere kvantitativt orienteret del også vil blive gennemført en indledende, mere kvalitativt orienteret undersøgelse af Justitsministeriets Lovafdelings rådgivning af Folketinget – dvs. en undersøgelse af visse almene træk i fortolkningsstil m.v.

Denne del af undersøgelsen er ikke blevet gennemført, skønt den efter min vurdering fortsat er relevant for emnet. Årsagen er alene hensynet til at få afleveret redegørelsen.

Det skal også nævnes, at visse supplerende materialesøgninger, som kunne have givet et rigere billede, heller ikke er blevet gennemført; jf. ndf. under 3.II.2. Det har samme årsag.

Kapitel 3. Hvad er rådgivning? - periodeafgrænsning, materialesøgning, materialesortering.

3.I. Indledning.

Den mængde af juridiske og juridisk-politiske udsagn der flyver folketingsmedlemmerne om ørerne er overvældende. En væsentlig metodisk udfordring ved en undersøgelse som denne er derfor at afgrænse den del af det potentielt relevante materiale, der i praksis kan kvalificeres som ”statsretlig rådgivning af Folketinget”.

De overordnede metodeovervejelser, som har ligget til grund for denne undersøgelse, er beskrevet ovf. i kap. 2. Her skal gives en nærmere præsentation af materialesøgning og materialesortering m.v. Fremgangsmåden i disse henseender har været flg.:

Ud fra et almindeligt forhåndskendskab til emnet er der på forhånd opstillet visse formelle og materielle kriterier for, hvad der kunne betragtes som statsretlig rådgivning af Folketinget. Der er endvidere afgrænset en periode for undersøgelsen, jf. om denne netop ndf. i afsnit 3.II.

På dette grundlag har jeg gennemført Folketingets webarkiv på et enkelt, men centralt søgeord (grundloven). De – overordentlig mange – søgeresultater, der er fremkommet for de enkelte folketingsår, har udgjort ”bruttomateriale”, sammen med materiale fremkommet ved supplerende søgninger, jf. herom ndf. i 3.III.

De dokumenter, der udgør undersøgelsens ”nettomateriale” er udsorteret fra bruttomaterialet ved brug af de afgrænsningskriterier, som beskrives og diskuteres nærmere ndf. i afsnit 3.IV.

Dette er naturligvis lidt for skematisk til at være en virkelighedstro gengivelse af den faktisk fulgte fremgangsmåde. Selv om periodeafgrænsning og fremsøgningen af bruttomaterialet lå på et tidligt tidspunkt i undersøgelsesforløbet, så har en ret detaljeret forståelse af afgrænsningskriterierne også ligget klar fra et tidligt tidspunkt (en del af dem er beskrevet i den projektbeskrivelse, der ligger til grund for projektbevillingen). Afgrænsningskriterierne er så blevet udviklet og justeret undervejs – ligesom i øvrigt visse supplerende søgninger af bruttomateriale først kom ret sent.

Alligevel giver rækkefølgen: for-forståelse og periodeafgrænsning – søgning af bruttomateriale – udsortering af nettomateriale ud fra nærmere bestemte afgrænsningskriteri-

er, en ikke alt for urealistisk fornemmelse af de tankebaner, der er fulgt. Denne rækkefølge er derfor lagt til grund for beskrivelsen her.

3.II. Undersøglesperioden

Undersøgelsen omfatter rådgivningen i folketingsårene 1997-98 (2. samling) – 2005-06.

Undersøglesperioden er grundlæggende fastlagt ud fra hensynet til at kunne undersøge rådgivning under forskellige parlamentariske forhold (SR-mindretalsregering 1998-2001, hhv. VK-mindretalsregering 2001-2006). 1997-98 (2. samling) er valgt som begyndelsestidspunkt især under hensyn til at kunne starte undersøglesperioden efter et nyvalg. Det har dog også spillet ind at undersøgelsen med dette begyndelsesår gav (lidt) bedre muligheder for at belyse de effekter, som Højesterets gennembrud som forfatningsdomstol (jf. især dommene U 1998.800 H samt U.1999.841 H) fik – eller ikke fik – for rådgivningen.

Valget af folketingsåret 2005-06 som slutår var oprindeligt betinget af ønsket om at gøre undersøgelsen så aktuel som muligt. Skulle dette ønske have været opfyldt, så skulle undersøgelsen være ført længere frem, f. eks. til afslutningen af folketingsåret 2007-08. Dette ville imidlertid gøre en i forvejen meget omfattende materialemængde endnu sværere at håndtere. Aktualitetshensynet er derfor til en vis grad blevet ofret. En del af materialet i kataloget må nu antages at være af retshistorisk interesse – men undersøgelsen har jo også gået ud på at undersøge, om der kunne peges på udviklingslinier.

Det har været overvejet at forkorte undersøglesperioden under hensyn til materialets omfang. Henset til at undersøgelsens formål ikke mindst er dokumentation af en hidtil ret underbelyst praksis, har jeg dog valgt at fastholde den oprindelige undersøglesperiode.

3.III. Hvor er materialet blevet fundet?

3.III.1. Søgninger.

Indsamlingen af et bruttomateriale er som omtalt i indledningen sket ud fra en ret simpel for-forståelse af, hvad der menes med statsretlig rådgivning af Folketinget. Denne for-forståelse svarer til den beskrivelse, der er givet i indledningen: rådgivning til Folketinget om statsretlige spørgsmål ydet af jurister, der ikke selv er medlem af Folketinget.

På det grundlag kan det bruttomateriale, som potentielt kunne udgøre den relevante rådgivning, i princippet være størstedelen af det materiale, som Folketinget modtager – og det er meget. Alene ministrenes besvarelser af § 20-spørgsmål – en materialekategori, der kun tegner sig for 1/10 af nettomaterialet – udgør op imod 5000 besvarelser pr. folketingsår. Det er ganske enkelt ugørligt at benytte Folketingets samlede papirer som umiddelbart bruttomateriale for en undersøgelse af dette tilsnit.

Bruttomaterialet er derfor indsamlet ved hjælp af rettede søgninger i forskellige arkiver.

Den største del af bruttomaterialet er fremfundet ved at søge i Folketingets webarkiv (på www.ft.dk) på søgeordet: grundloven. Herved er fremkommet op imod 10.000 træf, som så er gennemgået individuelt ud fra afgrænsningskriterierne.

Denne ”grundsøgning” er blevet suppleret med løbende, mere individuelle søgninger i Folketingets webarkiv, således f. eks. når et dokument fremfundet ved grundsøgningen pegede på, at der kunne være mere materiale, som ikke umiddelbart var fundet ved grundsøgningen. De individuelle søgninger har f. eks. bestået i at kigge listen over udvalgsdokumenter vedr. behandlingen af et bestemt lovforslag igennem, eller tilsvarende.

De elektroniske søgninger er suppleret ved søgninger i tre forskellige papirbaserede arkiver:

Dels har Statsretskontoret i Justitsministeriets Lovafdeling bistået med udvælgelsen af notater, som kontoret – ud fra projektbeskrivelsen – har skønnet måtte være relevante for projektet, i alt godt 60 notater indenfor perioden (samt ca. 10 udenfor perioden). Dette materiale er udvalgt i kontorets håndarkiv, dvs. dets visdomsbog. Denne visdomsbog omfatter vistnok ikke alle notater, der skrives til eksternt brug, men de fleste.

Dels har medarbejdere i Folketingets Lovsekretariat givet mig uhindret adgang til Lovsekretariatets håndarkiv, som dog ikke rækker længere tilbage end til ca. 2001.

Og dels har Folketingets bibliotek været behjælpelig med at fremsøge et betydeligt antal notater m.v. fra Folketingets udvalgsdokumenter, som ikke var indlagt i webarkivet i fuld tekst.

Endelig er der foretaget en selvstændig, men begrænset søgning efter en særlig type materiale, nemlig betænkninger fra lovforberedende udvalg, ministerielle rapporter etc. Denne søgning har pga. materialets omfang været overfladisk. For så vidt angår de nummererede betænkninger i perioden (betænkningerne 1354/1998 – 1475/2006) har søgningen stort set begrænset sig til en manuel gennemgang af indholds- og bilagsfortegnelser med henblik på at konstatere, om forfatningsretlige spørgsmål var viet et særligt afsnit. Søgningen i ikke-nummererede ministerielle rapporter etc. i perioden har væ-

ret endnu mere lemfældig. Sådanne rapporter er stort set kun kommet med i bruttomaterialet i det omfang hvor jeg f. eks. gennem henvisninger i det allerede foreliggende materiale er blevet opmærksom på, at det kunne være relevant. Disse søgninger er ikke tilfredsstillende, men de er bedre end ingenting.

3.III.2. Forbehold for bruttomaterialet.

Frem søgningen af bruttomateriale er selvfølgelig ikke ideel.

For det første: en grundsøgning efter dokumenter med søgeordet: grundloven giver selvfølgelig bruttomaterialet en bias for statsretlige spørgsmål, der har med grundloven at gøre. Men der findes jo også spørgsmål, der ikke har det. Dette diskuteres noget nærmere ndf. i 3.III.3.1. En grundsøgning på f. eks.: (Folketingets) forretningsorden, eller på: valglov, havde utvivlsomt givet et noget rigere billede. Det er en mangel, jeg må tage på mig.

For det andet er der nogle mere praktiske problemer. For så vidt angår de elektroniske søgninger, så er der af tekniske grunde vistnok ikke lagt søgeord ind i alle indscannede tekster; især ikke i tekster indscannet før webarkivet gik over til at bruge PDF-filer. Dette er et problem, fordi rådgivning fra parter, der ikke har oversendt dokumenter til Folketinget i overensstemmelse med de elektroniske standarder som Folketinget benytter – og det vil sige parter udenfor ministerierne – nogle gange kun fremgår af indscannede dokumenter. Det gælder vistnok især hørings svar. I praksis er det måske et mindre problem, fordi man til en vis grad kan forvente, at statsretlige indsigelser i hørings svar vil blive fulgt op i udvalgsspørgsmål m.v – som omfattes af søgningen. Men om det er tilstrækkeligt, er svært at sige. Nettoeffekten kan tænkes at være den, at rådgivning fra ministerier fremstår (endnu) mere dominerende, end tilfældet reelt er.

For så vidt angår bruttomateriale fremfundet ved papirsøgninger er der atter andre problemer.

Jeg kan i princippet ikke vide, hvad der er blevet undtaget fra især Statsretskontorets materialeudvælgelse. I praksis har fremgangsmåden dog været den, at der så vidt jeg ved ikke har været indholdsmæssige hindringer på hvilket materiale jeg har fået adgang til, idet jeg efterfølgende har orienteret kontoret om, hvad der indgik i undersøgelsen, og det har været helt naturligt. Jeg har ingen grund til at tro, at relevant materiale på forhånd er blevet undtaget.

Fra Folketingets Bibliotek har jeg i en række tilfælde – vedr. i alt vel ca. 10 dokumenter – fået orientering om, at de efterspurgte dokumenter ikke ville blive udleveret, da de ikke er offentligt tilgængelige.

For det materiale, som er udleveret fra håndarkiverne, er der også et andet problem: det fremgår ikke altid, at materialet rent faktisk er tilgået Folketinget – og det er jo en betingelse, hvis det skal regnes med til nettomaterialet, jf. ndf. i afsnit 3.III.3.3. For så vidt angår Justitsministeriets materiale har problemet været overskueligt, idet næsten alt materiale udvalgt fra visdomsbogen er genfundet i Folketingets arkiver. Derimod har det været væsentligt sværere at fastslå at notater i Lovsekretariatets håndarkiv er tilgået Folketingets formand, præsidium, eller andre. I et mindre antal tilfælde er notater fra Lovsekretariatet taget med i kataloget, uden at der foreligger nogen sikkerhed for hvem de er afgivet til.

Efter alle disse forbehold skal det siges, at hensigten med de forskellige søgninger naturligvis har været den, at de tilsammen skulle give det bedst mulige billede af rådgivningen – dvs. at dokumenter der ikke blev fundet i en søgning, alt andet lige gerne skulle fremgå af andre søgninger. Sådan har det også i et vist omfang fungeret, men netop kun i et vist omfang; jeg er sikker på, at der findes et antal dokumenter, som burde indgå i bruttomaterialet ud fra den her opstillede for-forståelse, men som jeg ikke har set, eller ikke kender til eksistensen af.

Med alle disse forbehold har opgaven herefter været at fremsøge nettomaterialet ud fra de ndf. beskrevne afgrænsningskriterier. Det har i øvrigt ikke været nær så omfattende et arbejde, som beskrivelsen af bruttomaterialets omfang kunne lade ane. En stor del af det fundne bruttomateriale kan i praksis umiddelbart frasorteres – og en mindre del omvendt umiddelbart henregnes til nettomaterialet.

3.IV. Fra bruttomateriale til nettomateriale

3.IV.1 Oversigt.

3.IV.1.1. Noget om generelle definitioner.

Når man skal nå frem til et sæt af kriterier som kan afgrænse, hvad der kan siges at udgøre statsretlig rådgivning til Folketinget, kan dette i princippet gøres på i hvert fald to måder.

Den ene fremgangsmåde er at tage udgangspunkt i en begrebsdannelse, der allerede er veludviklet indenfor området, eller på andre retsområder, eller evt. indenfor forskningsgrene udenfor den juridiske. Den anden er den, som er fulgt her: at tage udgangs-

punkt i en meget almen beskrivelse, og så udvikle de konkrete afgrænsningskriterier mere heuristisk, ud fra hvad der giver praktisk mening, når man sidder med et bestemt dokument og skal afgøre, om det hører med i nettomaterialet eller ikke.

Om generelle definitioner kan især følgende anføres:

Selve betegnelsen: rådgivning er kun en ud af flere mulige betegnelser for den aktivitet, der undersøges her, og må forstås som en dagligsprogsbetegnelse, ikke som en videnskabeligt præcis angivelse af aktiviteten. Ordet skal ikke forstås sådan, at der nødvendigvis er tale om en specielt vurderingspræget eller subjektiv virksomhed.

At vælge andre ord – f.eks. responderende virksomhed – fører ikke til noget andet resultat. Betegnelsen: responderende virksomhed forekommer i øvrigt mindre velvalgt, da en væsentlig del af rådgivningen netop ikke er egentligt responderende, men fremkommer som led i lovforberedelsesprocessen.

I offentligretlig sammenhæng er rådgivningen af politikere, især embedsmænds rådgivning af politikere, herunder særligt af ministre, søgt reguleret i flere sammenhænge. Men reguleringen på området ser ikke ud til at have taget udgangspunkt i en form for definition af hvad retlig rådgivning af politikere vil sige, eller i nogen meget detaljeret drøftelse. Man har klaret sig udmærket med en dagligsprogsforståelse.

Ser man på andre retsområder end de egentlig offentligretlige, er rådgivning som bekendt en kernevirksomhed for især advokater, men også for revisorer m.v. Ved reguleringen af advokaterhvervet har man dog – vist nok – heller ikke taget udgangspunkt i nogen meget udpindt beskrivelse af rådgivningsfunktionen.

3.IV.1.2. Kriterier opstillet på heuristisk basis.

Ser man herefter på de kriterier, der er lagt til grund her, kan de i det store og hele inddeles i 3 grupper: personelle og institutionelle kriterier (afsnit 3.III.2.); (øvrige) formelle kriterier (afsnit 3.III.3.); materielle kriterier (afsnit 3.III.4.). Dertil kommer et afsnit (3.III.5) om en i denne sammenhæng lidt besværlig del af bruttomaterialet, nemlig beretninger fra hhv. ombudsmanden, rigsrevisionen og særlige undersøgelsesorganer. I afsnit 3.6 foretages en opsummering og konklusion.

De personelle/ institutionelle kriterier og de formelle kriterier giver kun i begrænset grad giver anledning til tvivl. De sager, hvor der – ud fra disse kriterier – er tvivl om hvorvidt et bestemt dokument nu også meningsfuldt kan betegnes som rådgivning, er typisk få. Anderledes med de indholdsmæssige kriterier: udsondring af materiale ved brug af disse kriterier indebærer typisk et vist skøn, og der vil også kunne argumenteres for at nå det modsatte resultat.

I gennemgangen ndf. er der lagt vægt på de kriterier, der i praksis har betydning for afgrænsningen af materialet. Kriterier som tænkeligt kunne være blevet tillagt betydning for afgrænsningen, men som ikke er blevet det, drøftes mere summarisk. Hensigten med dette hovedafsnit er som sagt ikke at opstille en definition af rådgivning, men at nå til en praktisk fungerende afgrænsning af hvilket materiale, der skal inddrages i undersøgelsen.

Det bør i øvrigt nævnes, at de opstillede kriterier ikke i alle tilfælde er strengt overholdt. I enkelte sager er særlig interessante rådgivningseksempler omfattet af undersøgelsen, selv om de ikke i alle henseender lever op til de her stillede krav – lidt på samme måde som lister over Danmarks fugle har det med at omfatte enhver art, der blot på et eller andet tidspunkt er observeret i dansk luftrum. Der er altså tale om en samler-svaghed, dog med den fornuft i, at hensigten er at give et billede af en meget broget virkelighed. Grænsetilfælde er en del af denne virkelighed.

3.IV.2. Rådgiverne og rådgivningens modtagere: personel og institutionel afgrænsning.

3.IV.2.1 Rådgivningens modtagere.

Undersøgelsen angår den rådgivning, som ydes til Folketinget, og det er passende at starte afgrænsningen der.

Her ses som udgangspunkt på al rådgivning, der er oversendt til eller tilgået Folketinget, dvs. såvel den rådgivning, der tilgår Folketinget som helhed, som den rådgivning der tilgår udvalg, særlige organer nedsat af Folketinget (f. eks. statsrevisorerne), partigrupper og enkeltmedlemmer. Privat rådgivning fra f. eks. enkeltpersoner eller partisekretariater til individuelle MF'ere, eller til en folketingsgruppe, kan altså også være omfattet, jf. dog ndf. om vanskelighederne med at dokumentere den private rådgivning til partigrupper og enkeltmedlemmer.

Når der i det følgende tales om rådgivning til Folketinget, underforstås altså: eller et af dettes udvalg, organer, eller medlemmer.

Rådgivning, der alene er tilgået hjemmestyremyndighederne, er ikke taget med. Rådgivning, der alene er tilgået Folketingets administration, Folketingets Ombudsmand eller Rigsrevisionen, er heller ikke taget med.

3.IV.2.2. Rådgiverne.

Afgrænsningen af kredsen af rådgivere er enkel: den rådgivning, der tages i betragtning i denne undersøgelse kommer fra myndigheder eller private, som ikke tilhører kred-

sen af folketingsmedlemmer, og som har særlige institutionelle eller personlige kvalifikationer til at udtale sig om forfatningsretlige spørgsmål.

Eksternalitetskriteriet er i og for sig ganske selvfølgelig: de eneste, der ud fra dette kriterium er udelukket fra at kunne fremsætte rådgivning, er den gruppe, som ovf. i 3.III.2.1 er defineret som modtagere af rådgivning, nemlig kredsen af Folketingsmedlemmer samt de udvalg og organer, som er sammensat af Folketingsmedlemmer.

Folketingets stab, herunder Lovsekretariatet, samt Folketingets Ombudsmand og Rigsrevisionen (men som udgangspunkt ikke statsrevisorerne), må naturligvis også betragtes som eksterne efter denne definition.

Kriteriet om juridiske kvalifikationer indebærer for individuelle rådgivere, at disse skal have en juridisk kandidateksamen (c.j., c.m.j.), hvilket i næsten alle tilfælde er helt uproblematisk at lægge til grund – f. eks. på grund af rådgivernes virke som advokater, forskere etc. For offentlige myndigheder lægges det uprøvet til grund, at rådgivningen i vidt omfang er udarbejdet af uddannede jurister, som enten er ansat i myndigheden, eller som myndigheden har adgang til at benytte sig af. Det er i de allerfleste tilfælde også uproblematisk. For private organisationer kan det være lidt mere tvivlsomt. I disse tilfælde er foretaget en konkret vurdering. Hvis der er tale om en rådgivning, som i øvrigt lever op til de materielle kriterier, så vil der dog sjældent være tvivl. De – sjældne – tilfælde, hvor andre ikke-juridiske, eksterne parter rådgiver Folketinget om juridiske spørgsmål, tælles derimod ikke med.

Et isoleret, men interessant eksempel på en sådan rådgivning om (delvis) juridiske spørgsmål fra en ikke-jurist er redegørelse fra cand. scient. pol – og tidligere MF – Keld Albrecht- sen om EU's Forfatningstraktat, EUU 2004-05, 2. Samling, L 137 – bilag 2.

Konkret kan de organer og personer, der herefter betegnes som rådgivere i denne undersøgelse, f. eks. være:

- Ministerier, herunder særligt Justitsministeriets Lovafdeling
- Folketingets stab, herunder særligt Lovsekretariatet
- Kammeradvokaten,
- Advokatrådet, Advokatsamfundet m.v
- Institut for Menneskerettigheder
- Juridiske institutter og enheder ved universiteterne
- Individuelle universitetsforskere, advokater og jurister i øvrigt

– uden at denne liste skal opfattes som udtømmende. Det skal dog nævnes, at særligt de organer, der fungerer som prøvelsesorganer på Folketingets vegne, kun i begrænset grad regnes som retlige rådgivere af Folketinget i denne sammenhæng; dvs. Folketingets Ombudsmand, Rigsrevisionen, og særligt nedsatte undersøgelseskommissioner. Se nærmere ndf. i 3.III.5.

Disse ret simple kriterier giver dog afgrænsningsproblemer på – i hvert fald – to punkter. Det ene vedrører ministrene som rådgivere. Det andet vedrører indstillinger fra visse folketingsorganer.

At rådgivning udarbejdet af *ministerierne* fremsættes eller oversendes af ministrene – som i hovedreglen er medlemmer af Folketinget –, diskvalificerer selvfølgelig ikke rådgivningen. Der er ganske vist tilfælde, hvor ministrenes rådgivning til Folketinget efter sit indhold må vurderes at have en så politisk karakter, at det ikke giver mening at tage den med i en undersøgelse af den retlige rådgivning (f. eks. en del besvarelser af § 20-spørgsmål, jf. herom ndf. i afsnit 3.III.4.4). Men det er netop en afgrænsning efter indholdsmæssige kriterier, ikke efter personelle kriterier. Se i øvrigt ndf. i kap. 4.V.2. om rådgivning fra hhv. minister og embedsmænd.

Så er der spørgsmålet om indstillinger fra visse *folketingsorganer*. Den klare afgrænsning mellem rådgivningens modtagere og afsendere (Folketingsmedlemmer ses pr. definition kun som modtagere af statsretlig rådgivning) beror i sidste ende på en ret simpel forhåndsforståelse, dels af Folketinget som den regelanvendende myndighed i relation til de statsretlige regler, dels af at Folketingsmedlemmer alt andet lige må forventes at vurdere de relevante spørgsmål politisk. Så enkelt er det dog ikke altid. Visse folketingsorganer har en ret fast praksis for at fremsætte i hvert fald tilstræbt neutral rådgivning i form af indstillinger til Folketinget. Det gælder statsrevisorerne (som i øvrigt i dag ikke er sammensat udelukkende af folketingsmedlemmer), og det gælder i visse sager også Folketingets Præsidium, samt Folketingets Udvalg for Forretningsordenen – således især indstillinger til Folketinget om ophævelse af folketingsmedlemmers immunitet, jf. grl § 57, 1. pkt. Folketingets formand fremsætter også i en række tilfælde indstillinger m.v., der falder i denne kategori, således om afvisning af lovforslag, der strider åbenlyst mod grundloven, jf. Ffo § 16 stk. 3 (ndf. kap. 6.II.), eller om afvisning af ændringsforslag, der vurderes at stride mod identitetsprincippet, jf. grl § 41 (ndf. kap. 6.III).

Alligevel holdes der her fast i, at rådgivning i form af udvalgsbetænkninger og redegørelser fra Folketingets egen medlemskreds ikke kan komme i betragtning. Det gælder også selv om betænkninger og indstillinger som de nævnte i vidt omfang må antages at være udarbejdet med bistand fra Folketingets sekretariat og stab.

Undtaget fra denne regel er dog bemærkninger til ændringsforslag til lovforslag, fremsat af ministeren (normalt med tilslutning fra en del af udvalget), eller materiale optrykt som bilag til betænkninger m.v. (f. eks. visse udvalgssvar, optrykt i betænkningen efter ønske fra et eller flere partier).

3.IV.3. Formelle afgrænsninger.

3.IV.3.1. Materialet skal foreligge dokumenteret i et af de benyttede arkiver

Det er plad umuligt indenfor rammerne af denne undersøgelse at sige noget om den rådgivning, som ikke foreligger dokumenteret i de benyttede arkiver. I praksis vil det sige, at rådgivningen skal foreligge som dokument i elektronisk form eller på papir.

Kravet om skriftlighed udelukker ikke enhver form for mundtlig rådgivning fra at komme i betragtning: referater fra udvalgshøringer, samt eksperteres talepapirer kan også komme i betragtning, og det samme gælder ministres talepapirer til udvalgssamråd, og – i princippet – ministres indlæg i folketingssalen. For så vidt angår ministres mundtlige indlæg i Folketingssalen, skal der dog relativt klart være tale om oplæsning eller tekstnært referat af et oplæg fra embedsmændene, hvilket vurderes ud fra talens ordlyd m.v.

Noget andet er, at der kan være konkrete vanskeligheder med høringsreferater og talepapirer, som gør dele af dette materiale mindre anvendeligt: høringsreferater skrives ofte på grundlag af båndoptagelser, som kan være vanskelige at aflytte for referenten. For især ministres talepapirer ses det ret ofte, at de oversendes med klausulen: det talte ord gælder. Men den der ikke har været til stede ved høringen eller udvalgsmødet må jo tage det skriftlige materiale som det foreligger.

3.IV.3.2. Tekstudkast tages ikke i betragtning.

Der ses ikke på den rådgivning som Folketinget kan siges at modtage i form af forslag til de tekster, som Folketinget normalt tager selvstændigt stilling til – især lov- og beslutningsforslagstekster, men også udkast til udvalgsbetænkninger, -beretninger, m.v. Særligt hvad angår disse sidste bidrag kan man sige, at afgrænsningen er selvfølgelig (hvordan skulle det være muligt at få adgang til sådanne udkast, eller at sondre rådgivernes bidrag fra politikernes?), men det er værd at minde om at en stor del af rådgivningen til politikerne er usynlig for en undersøgelse som denne.

Administrativt udarbejdede bemærkninger til lovforslag m.v. regnes derimod for rådgivning, selv om Folketinget i princippet ikke er afskåret fra at ændre i disse.

3.IV.3.3. Materialet skal være oversendt til Folketinget.

Folketinget (eller dets udvalg, medlemmer etc) modtager rådgivning ad mange kanaler. Et af udgangspunkterne for en afgrænsning af rådgivningen må da også være, at rådgivningen er oversendt til folketinget, dvs. at den foreligger i form af et dokument, der er tilsendt folketinget. I praksis lægges der vægt på om dokumentet findes i Folketingets arkiv, jf. nærmere ovf. i kap. 3.II. om dokument søgning.

Det er i praksis meget almindeligt, at justitsministerens rådgivning i statsretlige spørgsmål ikke går direkte til Folketinget, men er udarbejdet som svar på andre ministres anmodning om bistand. Hvis den minister, der har modtaget rådgivningen herefter nøjes med fra Folketingets talerstol at gengive konklusionen overfor Folketinget, men uden at videresende notatet eller gengive det relativt nøje, tages rådgivningen derfor ikke med. Se således skatteministerens indlæg (tale 1) ved 1.beh. af beslutningsforslag B 143/1999-2000, jf. Lovafdelingens notat af 1. Maj 2000, Justitsministeriets j.nr. 2000-750-0042

Det er derimod ikke som udgangspunkt nødvendigt at rådgivningen – dvs.: de retlige udsagn, der fungerer som rådgivning – formelt er rettet til Folketinget; rådgivningen kan formelt have adresse til f. eks. en ubestemt, bredere kreds (således for betænkninger fra lovforberedende udvalg).

Visse afgrænsningsproblemer må nævnes. Det gælder især kommunikation til Folketinget via massemedier. Jurister, der skriver avisindlæg, eller som udtaler sig til journalister, må i reglen antages at have den (side-)intention, at deres udtalelser skal nå Folketinget; dvs. udtalelserne kan være reelt rettet mod (bl.a.) Folketinget, uden at være formelt oversendt til Folketinget. Det samme gælder visse indlæg i fagtidsskrifter. Sådanne udtalelser og indlæg tages som hovedregel *ikke* med; i øvrigt også fordi mange sådanne indlæg falder for de forskellige materielle kriterier, der opstilles ndf. Der gøres efter en konkret vurdering undtagelse for visse tilfælde, hvor f. eks. et avisindlæg er blevet omdelt i et folketingsudvalg eller lign.

3.IV.3.4. Kan rådgivningen have form af afgørelser?

Materiale, som går ud på at meddele en afgørelse truffet af andre myndigheder end Folketinget på grundlag af kompetencer, som efter retsordenen er tillagt eller tildeleret disse myndigheder, er – naturligvis – ikke rådgivning. Det gælder f. eks., når hjemmestyreremyndighederne meddeler, hvordan de vil forholde sig til en given sag.

Der er dog tvivlstilfælde. Således f. eks. når en minister besvarer en borgerhenvendelse ud fra forfatningsretlige synspunkter (f. eks. om ekspropriation), og denne besvarelse må antages også at have karakter af afgørelse i forvaltningsretlig forstand – men hvor afgørelsen samtidig oversendes til det relevante Folketingsudvalg til orientering, f. eks. fordi borgeren også har sendt sin henvendelse hertil. Det er ikke nogen helt almindelig situation; men den forekommer.

Det er blevet individuelt afgjort, om sådanne former for ”rådgivning” skal regnes med. I praksis er det især sket ved at stille ret strenge krav til at det konkrete dokument også skal opfylde de materielle betingelser.

3.IV.3.5. Foreløbige dokumenter.

I visse tilfælde kan der forekomme en ”foreløbig” rådgivning om en statsretlig problemstilling overfor Folketinget længe inden en stillingtagen fra Folketingets side bliver aktuel. Det er især i sager, hvor Folketinget til slut skal tage stilling til den løsning, som regeringen har forhandlet hjem med eksterne parter – typisk EU, men det ses i visse tilfælde også i forhandlinger med hjemmestyremyndighederne. En mere udtømmende rådgivning kommer da først, når der er noget at tage stilling til.

Foreløbig rådgivning af denne karakter er som udgangspunkt ikke taget med i betragtning.

3.IV.3.6. Gentagelser.

Sondringen mellem foreløbig og endelig rådgivning kan ses som et ud af flere tilfælde, hvor der forekommer gentagelser, evt. med variationer, af rådgivningen.

Gentagelser og variationer af tidligere fremsat rådgivning forekommer i praksis i en række situationer – udover altså ved ”foreløbig” rådgivning.

For det første ved fremsættelsen af lovforslag, der hviler på betænkninger og redegørelser. I sådanne tilfælde vil den statsretlige rådgivning, som fremsættes i bemærkningerne til lovforslaget, ofte være en variation over den udredning om det samme spørgsmål, som er fremsat i betænkningen, redegørelsen etc. Se f. eks. L 44/1998-99.

For det andet ved besvarelser af spørgsmål (udvalgsspørgsmål eller § 20-spørgsmål), der er fremsat som et ud af en klynge af spørgsmål om det samme emne. I sådanne tilfælde vil der nok ofte være en tendens til at give et mere grundigt svar på et af spørgsmålene, og herefter i større eller mindre omfang variere dette svar, eller blot henvise til det, ved besvarelsen af

de øvrige spørgsmål. Det gælder ikke mindst, hvor spørger har et åbenlyst polemisk ærinde. I nogle tilfælde besvares udvalgsspørgsmål til et lovforslag også blot ved henvisning til redegørelse i lovforslagets bemærkninger.

For det tredje, hvor et lovforslag – og den i bemærkningerne indeholdte rådgivning – er en genfremsættelse af et tilsvarende lovforslag, som blev fremsat, men ikke vedtaget i et tidligere folketingsår, f. eks. fordi behandlingen blev afbrudt af et nyvalg.

Endelig kan nævnes de (ret få) tilfælde, hvor ældre notater simpelthen genoptrykkes, eventuelt som bilag til andet materiale.

Her har rådgivningens originalitet været et kriterium – forstået som et kriterium om at rådgivningen ikke blot kan udgøre en ren gentagelse af et svar eller en rådgivning, der er fremsat tidligere. I praksis har vurderingen dog været forholdsvis forsigtig: kun hvor det har forekommet rimeligt sikkert, at f. eks. et udvalgssvar eller lignende ikke havde nogen selvstændig ny informationsværdi, er det blevet skåret fra. I den forbindelse skal man huske, at selv om rådgivningen efter sit indhold er identisk med en rådgivning, der er ydet tidligere – eller den alene har form af en henvisning til den tidligere rådgivning, kan det i princippet have en selvstændig interesse at se den tidligere rådgivning i lyset af et nyt spørgsmål.

I de tilfælde, hvor et lovforslag er fremsat i (stort set) identisk form flere gange, har jeg alt andet lige holdt mig til den seneste version. Se indledningen til kataloget for nærmere bemærkninger om, hvordan gentagelser m.v. er behandlet i kataloget.

3.IV.3.7. Andre formelle krav?

Der er andre formelle spørgsmål, som ikke nødvendigvis er helt irrelevante. Man kan således diskutere, om rådgivning, der er ydet i fortrolighed – uanset modtagerkredsens størrelse – kan indgå. Udgangspunktet har imidlertid været, at al skriftlig rådgivning kan komme i betragtning. Problemet med fortrolig rådgivning er snarere et praktisk: om det er muligt at få adgang til materialet.

Man kunne også overveje at stille som kriterium, at materialet skal indgå i en konkret beslutningsproces i Folketinget. Det vil imidlertid kræve at man så bort fra den betydelige del af rådgivningen, der indhentes som led i Folketingets almindelige kontrol med forvaltningen, især ved § 20-spørgsmål eller udvalgsspørgsmål. Ellers måtte man anlægge en meget vid forståelse af ”beslutningsproces”. Der er derfor ikke lagt vægt på et sådant kriterium.

Igen er der grænsetilfælde, således hvor rådgivning, der ikke er rettet til Folketinget (især Kammeradvokatens rådgivning vedr. verserende retssager), oversendes til Folketinget på et noget senere tidspunkt – f. eks. når retssagen er afsluttet. Man kan diskutere om sådanne ”historiske” notater skal med. Som det er tilfældet andre steder er der her anlagt en individuel vurdering, men i reglen er notater af denne type ikke taget med.

Der ses heller ikke at være grund til at tillægge det betydning, om rådgivningen fremkommer efter Folketingets initiativ, eller efter rådgivernes (eller evt. tredjeparts initiativ).

3.IV.4. Materielle kriterier.

3.IV.4.1. Materialet skal vedrøre statsretlige spørgsmål.

Et helt afgørende, og i praksis ofte vanskeligt, kriterium er at materialet skal angå statsretlige spørgsmål. Det kan forstås på flere måder. Her kan tages udgangspunkt i den velkendte sondring mellem formel og materiel forfatningsret.

Hvis man anlægger en formelt forfatningsretlig afgrænsning, afgrænses undersøgelsen til at angå de regler, der er formelt trin højere end almindelig lov. I så fald angår undersøgelsen alene retsspørgsmål vedr. grundlov, forfatningsretlige sædvaner, og tronfølge lov. Ved en materielt forfatningsretlig afgrænsning anlægger man derimod en noget videre afgrænsning, således at undersøgelsen kommer til at angå rådgivning om de regler, der efter deres indhold har betydning for reguleringen af samspillet mellem de politiske statsorganer - el. lign. Som de sidste to ord antyder kan der også tænkes andre forståelser af, hvad der menes med materiel statsret; og deri ligger just problemet med anvendelsen af dette begreb ved afgrænsningen af undersøgelsens nettomateriale.

I denne undersøgelse anlægges en kombination af en materiel og en formel forståelse af forfatningsretten. Rådgivning om de trindhøjeste retsregler betragtes altid som relevant; derudover ses også på rådgivning om retsspørgsmål, som efter deres indhold har betydning for samspillet mellem de politiske statsorganer.

Det har naturligvis været nødvendigt at foretage en lidt nærmere afgrænsning af hvilke retsspørgsmål, som efter deres indhold har betydning for samspillet mellem de politiske statsorganer, men som ikke er reguleret i grundlov eller anden trindhøjere retsregel; dvs. en ydre afgrænsning af ”restgruppen”. I den forbindelse er der blevet anlagt to generelle betragtninger:

Dels betragtes almindelige (offentlig-)retsprincipper af f. eks. forvaltningsretlig, strafretlig, eller procesretlig karakter ikke her som en del af den materielle statsret – uanset hvor betydningsfulde de må anses at være for staten og retssystemet ud fra helt overord-

nede synspunkter. Dvs. rådgivning vedr. f. eks. grundlæggende forvaltningsprincipper, eller de almindelige strafferetlige hjemmelsprincipper falder udenfor. Selvfølgelig med forbehold for de almindelige retsprincipper, som er fastslået (mere eller mindre klart) i grundloven.

Se som eks. på rådgivning, der ud fra (bl.a.) denne betragtning ikke er kommet med, lovforslag L 146/1999-2000 om ændring af forskellige lovbestemmelser i forbindelse med gennemførelse af en lov om fuldbyrdelse af straf m.v, Almindelige bemærkninger pkt. 3: Prøveløsladelse af livstidsdømte, herunder pkt. 3.1.2 om benådning. Bemærkningerne indeholder på dette punkt, efter en henvisning til grundlovens § 24 og den almindelige kompetencefordeling vedr. benådning, en nærmere beskrivelse af praksis og proces på området, dvs i det væsentlige rådgivning vedr. strafferetlige og forvaltningsretlige regler.

Dels er der en nedre ”detailgrænse” – dvs. spørgsmål, som ellers kunne anses at falde indenfor den materielle forfatningsret, må ikke blive for specielle; som f. eks. rådgivning som alene angår de bevillingsretlige specialregler. Der er dog gjort to undtagelser fra dette afgrænsningsprincip: rådgivning om folketingsvalgloven samt om Folketingets forretningsorden (og Folketingets arbejdsgange i øvrigt) er som udgangspunkt taget med.

Spørgsmålet om, hvad der herefter kan kaldes den indre afgrænsning af restgruppen, dvs. overfor de formelt statsretlige spørgsmål, har selvfølgelig betydning for hvordan nettomaterialet er fordelt i kataloget m.v., selv om det ikke har samme betydning for frasorteringen af bruttomaterialet som den ydre afgrænsning. Generelt har jeg nok til en vis grad valgt at henføre et dokument under en grundlovsparagraf, med mindre den relativt klart faldt under en af undergrupperne i hovedgruppen: forfatningsretlige spørgsmål udenfor grundloven. Disse undergrupper har været:

- Statsterritorium, herunder overdragelse af danske myndigheders kompetence til andre stater m.v.
- Befolkning og statsborgerskab
- Valglovsspørgsmål
- Folketingets medlemmer og arbejdsformer
- Regering, ministre, forholdet mellem minister og embedsmænd m.v.
- Love og lovgivning
- Undersøgelseskommissioner m.v.
- Forfatningskontrol
- Andre spørgsmål.

Den sidste undergruppe (Andre Spørgsmål) er uundgåeligt endt som en indholdsmæssig rodekasse, men dog af begrænset omfang.

Det hører med i billedet, at fremgangsmåden ved fremskaffelse af bruttomaterialet formentlig har givet materialet en betydelig vægtning over mod formelt forfatningsretlige spørgsmål, dvs. spørgsmål som er knyttet til grundloven som sådan.

Det skyldes især at langt størstedelen af bruttomaterialet er fremkommet på grundlag ved en internetsøgning i Folketingets webarkiv på søgeordet ”grundloven”. Det indebærer på ingen måde, at alt det materiale, som derved er fremkommet, efter sit indhold er af formelt forfatningsretlig karakter – det afhænger jo helt af hvordan søgeord er indlagt. Og som omtalt ovf. i 3.II har jeg forsøgt at korrigere skævheder ved denne søgning. Men formodentlig betyder søgemetoden, at formelt forfatningsretlige spørgsmål alt andet lige udgør en større del af bruttomaterialet, end det ville gøre hvis bruttomaterialet var blevet udvalgt på andre måder.

Endelig skal det igen understreges, at spørgsmål om internationale regler – herunder især EMRK og EU-regler – kun inddrages i det omfang, der rådgives om de internationale reglers stilling i dansk forfatningsret. Rådgivningen om det materielle indhold af EMRK og andre internationale regler tages der derimod ikke stilling til. Det er alene et praktisk spørgsmål: rådgivning alene om f. eks. EMRK er så omfattende, at det ikke er praktisk muligt at undersøge den del af rådgivningen indenfor rammerne af denne undersøgelse. Det gælder uanset, at en del af de internationale regler, herunder EMRK, med megen ret kan ses som en del af gældende dansk forfatningsret (i materiel forstand).¹³

3.IV.4.2. Generelle krav til argumentationens udførlighed som kriterium for udvælgelse af materiale.

3.IV.4.2.1. Udgangspunktet.

Hvis den eneste indholdsmæssige afgrænsning er at materialet skal angå statsretlige spørgsmål, står man tilbage med et meget stort materiale, hvoraf kun en del reelt synes at kunne betegnes som statsretlig rådgivning efter en naturlig forståelse af disse ord. Rådgivernes udsagn må have en form og et indhold, der gør det sprogligt nærliggende at be-

¹³ Jf. Lunn i interview i Administrativ Debat 1/1997 p.2, om at rådgivningen på bl.a. menneskeretlige områder sker under andre forudsætninger end rådgivningen vedr. rent danske retsregler, bl.a. fordi det ikke er muligt med samme grad af sikkerhed at sige noget om, hvor de relevante domstole vil trække de retlige grænser.

tegne dem som rådgivning. Et væsentligt aspekt af dette krav kan udlægges som minimumskrav til argumentationens udførlighed.

Udgangspunktet er stadigvæk et meget bredt afgrænset bruttomateriale. De ndf. anførte krav til argumentationens kvalitet opstilles derfor her negativt.

3.IV.4.2.2. Ubestemt argumentation.

Argumentationen skal være tilstrækkelig bestemt i forhold til det statsretlige regelgrundlag. Det er som udgangspunkt ikke tilfældet, når rådgiver blot henvises til ”grundloven” eller til ”forfatningsretlige betragtninger”

Således f. eks. REU 2005-06 – svar på spm. 146. Spørgsmålet var her: ”Ministerens kommentar udbedes til artiklen [...]: ”Grenseoverskridende politisamarbeid.””

Justitsministeren svarede bl.a.: ”[...] jeg har da også svært ved at se en ordning i Norden, som indebærer, at politipersonale fra et nordisk land mere generelt skal kunne foretage anholdelser i et andet nordisk land. Det bemærkes i den forbindelse, at en sådan ordning vil give anledning til principielle overvejelser i forhold til grundloven.”

Dette kriterium er stort set undtagelsesfrit. Der er vel tilfælde, hvor det reelt ret klart fremgår f. eks. hvilken grundlovsbestemmelse der henvises til, selv om teksten kun indeholder en henvisning til ”grundloven” – således i lovbemærkninger, der drejer sig om indgreb i beskyttede ejendomsrettigheder. Men normalt vil argumentationen heller ikke i sådanne sager være udførlig nok til at dokumentet kommer med i nettomaterialet.

3.IV.4.2.3. Summarisk argumentation - tilfældegrupper.

Dette er en ret stor tilfældegruppe, hvor rådgiver blot henviser til regelgrundlaget – typisk en grundlovsbestemmelse – helt uden yderligere argumentation, eller med en ufuldstændig og ikke-udførlig argumentation.

I praksis er der en helt flydende overgang mellem rådgivning uden argumentation for henvisningen til den statsretlige regel, og rådgivning med ufuldstændig argumentation. Det giver måske mere klarhed at pege på, at rådgivning præget af summarisk argumentation synes at falde i nogle ret karakteristiske tilfældegrupper.

I nogle tilfælde henvises der alene til grundlovsreglen som den mest overordnede og almindelige regulering af det spørgsmål som behandles. Således henvises der i lovbemærkninger vedr. regler om borgernes klageadgang overfor forvaltningen ofte til, at borgerne – udover

at få afgørelserne prøvet ad de mere specifikke veje, som kan være reguleret i lovteksten – tillige kan få afgørelserne prøvet ved domstolene, ”jf. grl. § 63”. Et mere specielt eksempel i samme retning ses, når der i et udvalgssvar på et spørgsmål om nye regler om skoleelevers fravær henvises til grl’s § 76 om skolepligt, jf. UDU 2003-04 (alm del – bilag 143). At en rådgivning har denne karakter udelukker ikke, at grundlovsreglen har et indhold af konkret betydning for rådgivningen i det pågældende tilfælde (således henvisninger til grl § 63), men der argumenteres ikke for det. Ofte er der dog snarere tale om at der henvises til grundlovsreglen som en overordnet regulering af mere ubestemt karakter.

I andre tilfælde spares den statsretlige argumentation så at sige af den stik modsatte grund – at grundlovsbestemmelsen åbenlyst for alle kan anses at regulere det konkrete spørgsmål fuldt ud, og at der derfor ikke behøves nogen særlig argumentation. I praksis synes det bl.a. at være relevant ved anvendelsen af grundlovens procesbestemmelser. Når statsministeren aflægger åbningsredegørelse, der i den skriftlige titel indeholder en henvisning til grl § 38, kan Folketinget jo hypotetisk set vælge at foretage en selvstændig vurdering af om statsministeren har opfyldt sin pligt til at aflægge en sådan redegørelse. Henvisningen til § 38 kan derfor ses som statsretlig rådgivning af folketinget. Men statsministerens henvisning til § 38 er netop et eksempel på et udsagn som det ikke giver nogen praktisk sproglig mening at forstå som ”rådgivning”, jf. ovf. under pkt. (1) – fordi grundlovsbestemmelsen som anvendt i situationen ikke efterlader nogen tvivl om hvorvidt reglen er overholdt.

En tredje tilfældegruppe er lidt mere kompliceret, og glider over i de tilfælde, som er nævnt ndf. under 3.III.4.3, ”standarder”. Det er tilfælde, hvor grundloven kræver en særlig hjemmel til visse dispositioner. Den mest typiske del af denne gruppe vedrører dispositioner, som kræver hjemmel efter grl § 19 stk. 1 eller § 19 stk. 2. Rådgiver foretager i den forbindelse en vurdering af om dispositionen efter sit indhold er af en sådan art, at den falder ind under kriterierne i en af disse to bestemmelser. Når argumentationen i disse sager har det med at blive temmelig summarisk, skyldes det for det første, at de dispositioner – f. eks. traktatindgåelse – som gør det relevant at overveje anvendelsen af § 19, i dag er meget almindelige, dvs. situationen er ikke uvant for Folketingets medlemmer; og at hjemlen ofte søges i og med at der fremsættes lovforslag til gennemførelse af de internationale forpligtelser, som regeringen allerede har tiltrådt, om end med forbehold for Folketingets ratifikation. Men nok så meget skyldes det hjemmelskravets funktion i samspillet mellem Folketing og regering: lidt forenklet kan man sige, at i den situation, hvor regeringen beder Folketinget om hjemmel til en given disposition, er det for Folketinget alt andet lige mindre betydningsfuldt med en nøjere redegørelse for, *hvorfor* dispositionen er af en sådan art, at Folketinget skal give hjemmel. Det vigtige er *at* dispositionen er det. Omvendt hvis rådgiver vurderer, at dispositionen ikke kræver særlig hjemmel: i så fald giver sagen jo som udgangspunkt ikke anledning til rådgivning om hjemmelsbestemmelsen. Der forekommer også grænsetilfælde, hvor der argumenteres nøjere for f. eks. at visse internationale aftaler ikke er

blevet forelagt, og ikke skal forelægges for, Folketinget, men hvor regeringen alligevel foretrækker at oversende dem til et udvalg eller lign. til orientering. Sådanne tilfælde er naturligvis med i nettomaterialet.

Frasortering af bruttomateriale på baggrund af kriteriet om summarisk argumentation er ikke altid helt så klar, men i praksis afskæres ret meget.

3.IV.4.2.4. Hvad den retlige argumentations udførlighed ikke siger noget om.

Kriteriet om argumentationens udførlighed indebærer en vurdering af en bestemt – nogenlunde målelig – kvalitet ved den retlige argumentation. Det er værd at understrege, hvad der *ikke* opstilles mål for med dette kriterium.

For det første er kriteriet ikke et mål for, hvor tvivlsom retsforståelsen i det enkelte tilfælde er. En summarisk henvisning angår ikke nødvendigvis en retsanvendelse, der er så klar at den ikke behøver argumentation – summariske henvisninger kan godt ”dække over” en rådgivning, som efter andre juristers mening end rådgiverens kunne trænge til et modspil. På samme måde er tilstedeværelsen af en mere udfoldet argumentation ikke nødvendigvis tegn på, at retsspørgsmålet er tvivlsomt. Argumentationen kan være udførlig af så mange grunde: fordi rådgiveren ønsker at være høflig mod en spørger, eller simpelthen fordi den pågældende rådgiver har tendens til at gå meget i detaljer.

For det andet er kriteriet heller ikke et mål for, hvor betydningsfuld den statsretlige regulering (f. eks. grundloven) ud fra et retligt synspunkt er for det lovforslag eller det retsspørgsmål, der er under overvejelse i den konkrete rådgivningssag. At der kun gives en summarisk henvisning er ikke nødvendigvis udtryk for, at den statsretlige regel er uden betydning – jf. f. eks. ovf. under pkt. 2 om tilfælde, hvor grundloven regulerer spørgsmålet udtømmende. Også i de tilfælde, hvor en grundlovsbestemmelse ”blot” angiver et upræcist lovgivningspolitisk program, kan dette have reel betydning som impuls for lovgiver. Omvendt kan en udførlig statsretlig argumentation meget vel angå et i sammenhængen ubetydeligt retsspørgsmål.

3.IV.4.3. ”Standarder”

Dette er – som man vil forstå – sagsgrupper med meget ensartet argumentation. De fylder ganske meget, især i den rådgivning der fremsættes i bemærkninger til lovforslag. Argumentationen behøver imidlertid ikke at savne udførlighed, selv om den ikke er særligt individuel.

I praksis er der især tale om to tilfældegrupper, dels bemærkninger vedr. forslag til lovbestemmelser, som hjemler – mere eller mindre – ”særegne” undtagelser fra grl § 72 om boligens ukrænkelighed m.v.; dels lovbemærkninger vedr. bestemmelser i lovforslag, hvorefter myndighederne tillægges kompetence til at dispensere fra lovens almindelige ordning, hvis denne i særlige tilfælde får ekspropriativ virkning, jf. grl § 73.

Når de stærkt standardiserede rådgivningsdokumenter er skåret fra, er det især dikteret af praktiske hensyn: at nettomaterialet ellers ville blive for stort. Det skyldes nok også et vist ønske om at fokusere på den ”interessante” rådgivning. Dette er jo ikke helt holdbare begrundelser, for rådgivningen i det, der her kaldes standardsager, er ligesåvel statsretlig rådgivning som så meget andet. Men et sted skal snittet lægges.

3.IV.4.4 Politisk rådgivning og retspolitisk rådgivning.

3.IV.4.4.1. Retlig vs. politisk rådgivning.

Som omtalt ndf. i kap. 4 er uvildighed – primært forstået som politisk neutralitet, og især neutralitet i forhold til det foreliggende politiske spørgsmål – et tungtvejende krav til rådgivningen. I denne sammenhæng er det relevant at drøfte om manglende politisk neutralitet bør være et af kriterierne for frasortering af bruttomateriale. Dvs. om rådgivning, som er præget af at rådgiver – ikke nødvendigvis som følge af en klar tankeproces – har undladt at holde en vurdering af det politiske spørgsmål ud fra den retlige vurdering, bør holdes ude af undersøgelsen.

Svaret er i og for sig ja. Naturligvis skal politiseret rådgivning sorteres bort. Spørgsmålet er bare hvordan man sonderer mellem en rådgivning, der reelt er præget af rådgivers politiske stillingtagen, og så en egentligt politisk neutral rådgivning. Hvis det var muligt at sondre enkelt og entydigt mellem de to ting, så var megen politisk-juridisk debat muligvis blevet sparet.

Men det er ikke muligt. En mere begrænset ambition har herefter været at holde ud-kig efter rådgivning, der har en *åbenlyst* politisk karakter. En gruppe af dokumenter er i hvert fald til at få øje på i den forbindelse: ministres indlæg i folketingsalen er ofte af en så åbenlys politisk karakter, at der kræves visse særlige holdepunkter for at inddrage dem.

Mange besvarelser af § 20-spørgsmål må anses for åbenlyst politiske besvarelser, uanset at de refererer til retlige forhold – hvilket ofte er i smuk overensstemmelse med at § 20-spørgsmålene er tilsvarende politisk formuleret. Således f. eks. spm. nr. S 2595, stillet d. 30. April 2001 af Keld Albrechtsen (EL): ”Finder statsministeren, at en traktatændring, der reducerer EU’s ministerråd til at være et andetkammer i et tokammerparlament, vil kunne til-

trædes af Danmark gennem en simpel ændring af tiltrædelsesloven og uden at spørge befolkningen?”, hvilket statsministeren besvarede rent politisk, og uden at referere til juridiske vurderinger.

Udvælgelsen af f. eks. mundtlige § 20-besvarelser har derfor været forholdsvis forsigtig: først og fremmest sådanne besvarelser, der fremstår som ministerens oplæsning af en redegørelse fra Lovafdelingen eller andre juridiske rådgivere er taget med. Delvis tilsvarende overvejelser kan anvendes på ministres talepapirer fra udvalgssamråd. Det er i øvrigt muligt, at netop justitsministerens mundtlige § 20-besvarelser og talepapirer så at sige har fået lidt længere snor i bedømmelsen end andre ministres.

3.IV.4.4.2. Partsindlæg?

I et mindre antal tilfælde fremkommer den juridiske argumentation i et responsum eller lign., bestilt af en privat eller en myndighed med interesse i den politiske beslutnings udfald. Her er det altså ikke politikerne der taler, men en professionel jurist der på bestilling leverer argumenter for opdragsgiverens sag til Folketinget. Fagets og juristens professionelle standarder forventes at være garantier for, at der ikke leveres et underlødigt arbejde. Jeg har – måske noget inkonsekvent – valgt at tage sådanne responsa med, hvis de i øvrigt lever op til de indholdsmæssige krav.

3.IV.4.4.3. Retsdogmatisk vs. retspolitisk rådgivning.

Noget andet er sondringen mellem rådgivning med et retsdogmatisk indhold og rådgivning med et – i mere traditionel juridisk forstand – retspolitisk indhold. Det er ikke så nemt, for en del af rådgivningen bygger til en vis grad på hvad man kunne kalde retspolitiske standpunkter. Det gælder ikke sjældent de argumenter, der fremsættes af rådgivere som f. eks. Advokatrådet eller Institut for Menneskerettigheder.

Udgangspunktet er blevet, at rådgivning af rent retspolitisk indhold er sondret fra, mens rådgivning med et vist retsdogmatisk indhold, men som indeholder retspolitiske standpunkter, er beholdt.

Som eksempel på rådgivning med et ikke ubetydeligt retspolitisk indhold, der er taget med (i øvrigt uden at der fandtes grund til at være i tvivl om det), kan nævnes et mundtligt oplæg af Folketingets Ombudsmand Hans Gammeltoft-Hansen, afholdt ved udvalgshøring i Kirkeudvalget, og gengivet i referat i udvalgsbilaget KIU 2002-03 (alm. del – bilag 297) [§ 66]. I oplægget, hvis arbejdstitel var: ”Folkekirkenes regelgrundlag” anførte Hans Gammeltoft-Hansen bl. a. følgende om grl § 66 og overvejelserne om en kirkeforfatning:

” [...] På dette sted skal jeg alene fremkomme med to betragtninger om § 66: Den ene er, at hvis man i forbindelse med en eventuel grundlovsændring ikke har seriøse tanker om at etablere en egentlig og udbygget forfatningslov for folkekirken, så skal man efter min mening ophøre med at videreføre § 66. Det er rent ud sagt næsten ikke til at bære, om bestemmelsen endnu en gang så at sige bevidstløst blot glider videre uden mål og med.

Den anden er, at hvis man overhovedet skal overveje alternativer til den nuværende folkekirkeordning i sådan en lidt mere statsfrigjort retning, så er etableringen af en kirkeforfatningslov efter min opfattelse en af de nødvendige forudsætninger.

Men hvis man griber til dette alternativ, en kirkeforfatningslov, så bør § 66 heller ikke blot føres videre i sin nuværende form. Det vil være for pauvert. I så fald bør grundlovens bestemmelse også angive nogle af de centrale af de overordnede principper for folkekirkeforfatningen på en anden og mere, skal vi sige, substantiel måde, end tilfældet er i den helt nøgne løftebestemmelse, vi har i dag [...].”

Disse betragtninger fremkom til en udvalgshøring om Folkekirken og grundloven, i forbindelse med at Ombudsmanden gav et overordnet overblik over folkekirkens regelgrundlag.

Som modstykke kan nævnes tilfælde, hvor der alene – ud fra mere almene betragtninger – fremsættes forslag om ændringer af grundloven i den ene eller den anden retning. Således f. eks. UFO 1998-99 (B 45 – bilag 1): i anledning af udvalgsbehandlingen af beslutningsforslag B 45 (fremsat af SF) om nedsættelse af en Grundlovskommission, fremkom Samrådet for Ophavsret, en privat paraplyorganisation, med dette forslag: ”[...] Hvis det besluttes at nedsætte en grundlovskommission, og hvis man i den forbindelse beslutter at følge den vej, der peges på i beslutningsforslaget, nemlig at udvide de menneskerettigheder, der nævnes udtrykkeligt i Grundloven, bør ophavsret være blandt disse.[...]”, hvorefter fulgte en kortere argumentation for forslaget.

Rådgivningen er her alene retspolitisk. Sådan rådgivning er ikke taget med.

3.IV.4.5. Andre indholdsmæssige afgrænsningskriterier?

Der er andre indholdsmæssige kriterier, som man kunne overveje at lægge til grund ved udsondringen af nettomaterialet for denne undersøgelse. Ingen af dem synes imidlertid at være helt overbevisende.

For det første er der ikke her opstillet det krav, at rådgivningen skal angå de statsretlige reglers forhold til et spørgsmål, der konkret ligger, eller kan ligge på Folketingets bord – f. eks. til et givet lovforslag, eller til nærmere bestemte forvaltningsdispositioner. Rådgivning, der har karakter af rent abstrakt regelfortolkning er ikke udelukket, og forekommer i praksis, om end det er sjældent.

Som eksempel kan nævnes § 20-spørgsmål S 338/2004-05/ JM j.nr. 2005-790-0024 [*andre spørgsmål*] til justitsministeren om bogen Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Dansk Ret. Mere konkret drejede spørgsmålet sig om, hvorvidt justitsministeren mente, at der kunne tales om en uskreven forfatningsretlig lighedsgrundsætning i dansk ret (det mente justitsministeren (Lovafdelingen) ikke, fremgik det af svaret).

For det andet er der ikke grundlag for at kræve, at rådgivningen skal have karakter af en egentlig – retsdogmatisk eller retspolitisk – udlægning af retsregler. Rådgivning, der alene består i at oplyse om foreliggende lovgivning, praksis, litteratur etc., men uden at der tages udtrykkelig stilling til retsspørgsmålet, hører også med.

Endelig, og i praksis nok så vigtigt: det kan ikke kræves at rådgivningen skal være original i videnskabelig forstand, dvs. at den skal indeholde nyt materiale, en ny fortolkning eller lignende. Rådgivning er nu engang – normalt – ikke det samme som videnskabelig virksomhed.

3.IV.5. Indgår beretninger og indstillinger fra kontrolorganer under Folketinget i det undersøgte materiale?

Der findes som bekendt flere organer, som har til opgave at undersøge statsforvaltningens, og evt. i nogen grad ministrenes dispositioner på Folketingets vegne, og – i et eller andet omfang – at afgive beretning eller indstilling til Folketinget om undersøgelserne. Denne beskrivelse gælder især Folketingets Ombudsmand, Rigsrevisionen (statsrevisorerne ses der som sagt bort fra, idet dette organ i vidt omfang er sammensat af folketingsmedlemmer), samt forskellige undersøgelseskommissioner. Prøvelsesgrundlaget er temmelig forskelligt for de forskellige prøvelsesorganer, men statsretlige regler, herunder grundloven indgår i alle tilfælde i prøvelsesgrundlaget.

Sådanne beretninger indeholder dermed – eller kan indeholde – rådgivning til Folketinget om statsretlige spørgsmål. Spørgsmålet er så om beretningerne skal indgå i det undersøgte materiale.

Ud fra en samlet vurdering er konklusionen blevet, at sådanne beretninger ikke tages med. Det skyldes vel især, at rådgivningen i disse tilfælde angår en efterprøvelsessituation, der adskiller sig væsentligt fra den typiske rådgivningssituation i øvrigt. Mere overordnet kan man sige, at beretninger fra disse prøvelsesorganer har en form og en karakter, der gør at de ikke umiddelbart kan sidestilles med den rådgivning om statsretlige spørgsmål, som i øvrigt undersøges her. Det er ikke noget utvivlsomt resultat, men når det gælder afgrænsningen af materiale, er man nødt til at nå frem til et svar.

I øvrigt sker det også, at Ombudsmand, Rigsrevision m.v. i andre sammenhænge rådgiver Folketinget om statsretlige spørgsmål, dvs. at de fungerer som mere almindelige rådgivere. Sådant rådgivning indgår naturligvis. Det kan f. eks. ske ved afgivelse af høringsvar til ny lovgivning, eller – sjældnere – ved direkte henvendelse til Folketinget.

3.V. Diskussion: indebærer denne fremgangsmåde en rimelig afgrænsning af nettomaterialet?

3.V.1. Bred eller snæver afgrænsning af rådgivningen?

Det er ikke nemt at evaluere sit eget arbejde. Men der er dog to spørgsmål, der må stilles – det andet lidt mere værdipræget end det første.

Det første spørgsmål er dette: indebærer denne materialesøgning en bred eller snæver afgrænsning af den statsretlige rådgivning af Folketinget?

I mangel af et sammenligningsgrundlag kan det virke som et tåbeligt spørgsmål at besvare. Men der er dog konkrete holdepunkter. Man kan i hvert fald pege på at nettomaterialet omfatter betydeligt mere end den sikre kerne, de store notater, jf. netop ndf. i 3.IV.2. Alt i alt er det vel blevet en nogenlunde bred afgrænsning – og det giver også mening i forhold til en undersøgelse, hvis formål bl.a. er dokumentation af et uoverskueligt materiale.

3.V.2. Er afgrænsningen velbegrundet?

Det andet spørgsmål er mere egentligt evalueringspræget. Undervejs i dette kapitel har jeg peget på at såvel periodeafgrænsningen som indsamlingen af bruttomaterialet og afgrænsningen af nettomaterialet kan kritiseres ud fra forskellige betragtninger. Derfor er det værd at spørge: sådan som det nu er blevet, er nettomaterialet da udtryk for en alt i alt velbegrundet materialeudvælgelse?

Det er ikke nemt at svare på, og jeg kan jo ikke give et neutralt svar. Men måske kommer man et stykke ad vejen ved at se på, hvad der i hvert fald kommer med, og hvad der i hvert fald ikke gør.

Man kan således pege på en efter min mening ret sikker kerne af materiale, som er kommet med efter disse kriterier: større notater og udredninger om konkrete statsretlige spørgsmål fra Justitsministeriets Lovafdeling, men også fra Lovsekretariatet og fra universitetsforskere.

Omvendt kan der også peges på nogle potentielle materialegrupper, som vel kan siges at indgå i bruttomaterialet ud fra den ovf. under kap. 3.II omtalte for-forståelse – hvor det relevante materiale blot betegnes som: rådgivning til Folketinget om statsretlige spørgsmål, fremsat af jurister, der ikke selv er medlemmer af Tinget – men som holdes ude efter gennemarbejdning af kriterierne. Det er især:

- (langt de fleste) udsagn om statsretlige spørgsmål fremsat i medierne
- Rådgivning i form af tekstudkast, som herefter får endelig form som betænkninger og beretninger fra Folketingets udvalg, som skrivelser fra Folketingets formand etc.
- Rådgivning, der alene er ydet i mundtlig form.
- Ikke-tilgængelig skriftlig rådgivning (fortrolig rådgivning, samt privat rådgivning til enkelte folketingsmedlemmer etc)
- Udsagn, der summarisk argumenterer om, eller blot henviser til, statsretlige regler.
- Visse standardtilfælde
- Beretninger fra almindelige og særlige prøvelsesorganer.

Dele af det udeladte bruttomateriale lader sig under alle omstændigheder ikke dokumentere, især ikke den rent mundtlige rådgivning . For andre dele af det udeladte bruttomateriale gælder, at det ville strække en naturlig forståelse af ”rådgivning” meget vidt at kalde f. eks. summariske henvisninger til grundlovens regler for rådgivning. Visse udeladelser – især det, der her er kaldt standardtilfælde, men også rådgivning fra prøvelsesorganer – giver større anledning til tvivl.

Om andre og bedre jurister så vil være enige i disse afskæringer af, hvad der er det relevante nettomateriale for en undersøgelse som denne, det kan jeg jo ikke sige noget om. Jeg kan kun argumentere for mine valg.

Udover spørgsmålet om hvorvidt de overordnede afgrænsninger abstrakt bedømt er rimelige, er der også spørgsmålet om anvendelsen af kriterierne i de konkrete tilfælde. Især de materielle kriterier indebærer ofte et betydeligt skøn, selv om vanskelighederne ikke må overdrives (jf. ovf. under afsnit 3.II.3). Man kan ikke forvente at en anden jurist, der gennemgik det samme bruttomateriale, ville nå til helt det samme nettomateriale, selv om hun eller han beskrev afgrænsningskriterierne på samme måde som ovenfor.

3.V.3. Afrunding

Hvorom alting er: det er metodisk vigtigt og rigtigt at have denne diskussion; men det er lige så vigtigt at understrege, at jeg tror på at den dokumentsamling som er lagt åbent frem i kataloget giver et repræsentativt billede af rådgivningen om statsretlige spørgsmål. Eller bedre sagt: til syvende og sidst tror jeg på min materialeudvælgelse – med alle de indbyggede usikkerheder.

Kapitel 4. Rådgivningens baggrund og funktioner

4.I. Indledning

Inden undersøgelsen af den statsretlige rådgivning kan det være nyttigt at overveje, hvorfor Folketinget ønsker rådgivning; samt hvilke udfordringer samspillet mellem rådgiver og Folketinget rejser ud fra en statsretlig synsvinkel. Beskrivelsen heraf har karakter af et sæt af antagelser som ligger til grund for den gennemgang af regler og praksis, der foretages i de flg. kapitler.

De følgende bemærkninger er ret skematiske, og er hovedsagelig baseret på frie overvejelser. De er skrevet på baggrund af at forfatningen, herunder især grundloven ikke indeholder udtrykkelige regler for den statsretlige rådgivning. Principperne for samspillet mellem Folketinget som beslutningstager og de statsretlige rådgivere er altså i vidt omfang vokset ud af praksis.

4.II. Den forfatningsmæssige ramme om samspillet mellem Folketing og eksterne rådgivere.

4.II.1. Rådgivning som sagkyndig supplering af Folketingets beslutningsprocesser.

Folketinget virker – som alle offentlige myndigheder – med hjemmel i lovgivningen; for Folketingets vedkommende i vidt omfang med hjemmel direkte i grundlovens bestemmelser. I sit daglige virke anvender Folketinget de relevante hjemmelsbestemmelser, og foretager dermed en fortolkning af dem.

Denne fortolkning må som udgangspunkt ske efter almindelige retlige principper. Folketingets umiddelbare fortolkning af grundloven og andre relevante hjemmelsbestemmelser er ikke politisk i den forstand, at fortolkningen slet ikke behøver respektere retssystemets almindelige grundsætninger. I sidste ende kan også Folketingets afgørelser i et vist omfang blive underkendt af domstolene, hvis disse finder at afgørelserne lider af retlige mangler m.v.

I modsætning til næsten alle andre offentlige myndigheder er Folketinget dog ikke, hverken efter sin sammensætning eller sin arbejdsproces, udstyret til at fastlægge hvordan myndighedens retsgrundlag må fortolkes indenfor rammerne af retssystemet. Folketinget er et kollegialt organ, og medlemskab er ikke betinget af uddannelse eller lign., men af politisk tilslutning fra vælgerne. Folketingets beslutningsproces er regelbunden,

men medlemmerne er delt efter politiske retningslinier ved afgørelserne om de politiske sager, som giver anledning til juridisk tvivl. Tvivlsspørgsmål om de retlige, herunder statsretlige grænser for Folketingets virksomhed kan derfor ikke forventes afklaret internt i medlemskredsen ud fra retlige synspunkter. Man kan heller ikke forvente at det altid står klart, hvornår der foreligger et (stats)retligt relevant spørgsmål, og hvornår ikke.

Afklaringen af de retlige grænser for Folketingets virksomhed nødvendiggør derfor en vis juridisk supplerings af Folketingets beslutningsprocesser, enten forud for Folketingets behandling (f. eks. i et bidrag til en betænkning, som danner grundlag for et lovforslag), eller under behandlingen.

Folketingets beslutningsmyndighed vil næppe kunne delegeres til et sagkyndigt organ, med henblik på at dette organ skal kunne træffe egentlige forudgående afgørelser med bindende virkning for Folketinget. Suppleringen må derfor principielt have karakter af uforbindende saglig vejledning eller oplysning, dvs. rådgivning. Den juridiske rådgivning til Folketinget er dog ikke som sådan reguleret i grundloven eller Folketingets forretningsorden.¹⁴

4.II.2. Den asymmetriske fordeling af magt og ansvar i forholdet mellem rådgiver og Folketing.

Det forfatningsmæssige udgangspunkt er altså (naturligvis) at Folketinget har det politiske og retlige ansvar for de beslutninger, som Tinget træffer – også for afgørelsen om det retsspørgsmål, der er forbundet med beslutningen.¹⁵ Rådgiver er derimod som udgangspunkt ansvarsfri for alt andet end netop rådgivningen.

Folketingets medlemmer står imidlertid ikke helt frit overfor rådgivningen, af i hvert fald to grunde. Dels er det flertal af medlemmerne, der ønsker en given beslutning fremmet, interesseret i at undgå domstolenes efterfølgende underkendelse, i det omfang en sådan underkendelse kan blive aktuel. Dels ønsker Folketingets medlemmer utvivlsomt at udvise den respekt for retten, som Folketingets egne styringskæder overfor omverdenen forudsætter.

I et vist omfang – bl.a. afhængig af hvor troværdig og utvetydig rådgivningen er i det konkrete tilfælde – kan man derfor forvente, at Folketingets medlemmer vil være lydhøre

¹⁴ Dvs. den eksterne rådgivning af Folketinget. Det som her betegnes som den interne retlige rådgivning – indstillinger fra visse Folketingsudvalg eller fra Folketingets formand til tinget i forskellige sager – er derimod i et vist omfang reguleret i GrL og Folketingets forretningsorden. Jf. herom ndf. kap. 6.

¹⁵ Jf. tilsvarende f. eks. den daværende Folketingsformand Erling Olsen i skr. af 10. maj 1996 til MF Aage Frandsen (SF), citeret ndf. i 6.II.2, fremhævet afsnit.

overfor rådgiver, også selv om rådgiver advarer mod at træffe en beslutning som et flertal af medlemmerne måtte ønske.

Nogle forbehold er nødvendige her. I mange af de tilfælde, hvor der er stillet statsretlige spørgsmål til en påtænkt politisk beslutning, giver grundloven og de øvrige statsretlige regler temmelig stor fortolkningsfrihed, og klare stopskilte må derfor – ud fra en meget grov statistisk betragtning – forventes at være sjældne. Og der vil ganske ofte kunne være uenighed mellem flere forskellige rådgivere om hvordan et retligt spørgsmål må bedømmes. De advarsler, som en rådgiver fremsætter, kan blive modsagt af den næste. Det hører også med i billedet, at den politiske omkostning ved at træffe en beslutning, for hvilken der må forudses en risiko for efterfølgende underkendelse ved domstolene, ikke nødvendigvis er meget stor. Den politiske omkostning vil afhænge helt af den politiske situation.

Rådgiver kan altså komme til at øve væsentlig, om end indirekte indflydelse på beslutningen, som udgangspunkt uden at blive stillet til ansvar for den. Denne indflydelse er dog vist nok primært negativ: dvs. den statsretlige rådgivning kan i nogle situationer påvirke Folketinget til at undlade at træffe beslutninger, som et flertal i Folketinget ellers ville have fundet ønskelige. Men indflydelse, for ikke at sige magt, er det jo alligevel.

Man kan derfor sige, at den retlige rådgivers stilling overfor Folketinget i udgangspunktet indebærer en vis asymmetri i fordelingen af magt og ansvar mellem rådgiver og Folketing. Det gælder også i den forstand at beslutningstager kun delvis har mulighed for egentlig at kontrollere rådgivers bidrag. Beslutningstager kan indhente konkurrerende rådgivning, men har ikke nogen umiddelbar mulighed for selv at afgøre, om den modtagne rådgivning er fagligt tilfredsstillende. Omvendt har rådgiver kun begrænsede muligheder for at tage forbehold for de konklusioner, som beslutningstager drager af rådgivningen.

Der er dog en meget væsentlig undtagelse fra denne magt-/ansvars-asymmetri: hovedparten af den retlige rådgivning til Folketinget ydes af ministre. Og ministrene er ikke ansvarsfrie, tværtimod; de har i kraft af parlamentarismen og magtfordelingen del i det politiske og retlige ansvar for langt de fleste beslutninger, som Folketinget er med til at træffe, herunder om lovgivning. Tilsvarende er de embedsmænd, der i praksis formulerer ministrenes rådgivning af Folketinget, underlagt visse ansvarsregler. Noget andet er så, at netop ministrenes politiske ansvarlighed overfor Folketinget, og deres tilhørsforhold til Folketinget, skaber andre problemer for deres funktion som rådgivere.

4.II.3. Ministrene som hovedrådgivere for såvel opposition som regeringspartier.

Det parlamentariske system sætter nogle væsentlige rammebetingelser for især ministrenes rådgivning af Folketinget.

I første omgang indebærer parlamentarismen, at Folketinget til enhver tid er delt i en oppositionsside og en regeringsside, og at denne deling normalt er relativt stabil indenfor de enkelte valgperioder. Generelt er det naturligt nok oppositionen, der har interesse i at kontrollere ministrene og forvaltningen – ikke regeringspartierne (og kun i et vist omfang dennes evt. støttepartier).

For oppositionen betyder det, at ministrenes oplysninger til Folketinget, herunder ministrenes retlige rådgivning af Folketinget, nødvendigvis også må betragtes i lyset af den stadige konkurrence om regeringsmagten. Naturligvis skaber det et grundlæggende tillidsproblem; som udgangspunkt især for partier og folketingsmedlemmer, der aldrig har været nær på regeringsarbejdet, og som ikke umiddelbart har udsigt til at komme det.

Under 1. behandlingen af Beslutningsforslag B 49/1991-92 om nedsættelse af et Lovvurderingsråd, fremsat af 4 medlemmer af SF, kom MF Ebba Strange som ordfører for forslagsstillerne ind på netop dette i sin begrundelse for forslaget:

”[...] For én, der har siddet i opposition i Folketinget gennem mere end 18 år, er det et virkeligt dybtfølt ønske at få styrket Folketingets muligheder i forhold til regeringsadministrationen, og det er i netop det lys, at forslaget skal anskues”. FT 1991-92, forhandlingerne sp. 8051.

I den forbindelse er det værd at nævne, at mindretalsgrupper kun har få formelle beføjelser efter Folketingets kontrol- og spørgeregler, udover de beføjelser, som kan udøves af de enkelte medlemmer, dvs. spørgsmålsstilling etc. Iværksættelse af videregående kontrolformer kræver alt andet lige et flertal. Oppositionen – der jo som udgangspunkt vil udgøre et mindretal, i hvert fald i den forstand at der i praksis kun sjældent kan samles flertal for brug af tunge instrumenter som en ministerstorm eller et mistillidsvotum – har af den årsag ofte kun begrænsede muligheder i situationer, hvor regeringssiden aktivt ønsker at modsætte sig oppositionens ønsker om f. eks. (yderligere) retlig rådgivning.

Noget tilspidset kan man altså sige, at dels har ministrene adgang til en bistand – herunder retlig rådgivning – som Folketingets medlemmer ikke har direkte adgang til; dels kan ministrene gennem det (relative) flertal af Folketingsmedlemmer, som er loyale overfor dem, som regel sætte visse grænser for hvilken bistand de selv skal yde oppositionens medlemmer.

Samspelet mellem regering og opposition er dog kun til en vis grad styret af de formelle regler. I praksis udviser regeringssiden normalt en vis hensyntagen til oppositionen, herunder til oppositionens ønsker om (mere) rådgivning.

4.II.4. Ministrenes juridiske rådgivning af Folketinget som en (mindre) del af den juridiske rådgivning til det samlede politiske system.

I videre forstand kan man sige, at det grundlæggende tillidsforhold mellem folketingsflertal og regering, som parlamentarismen indebærer, har tilladt ministrene at overtage meget store dele af den politiske initiativfunktion, herunder vedr. fremsættelsen af lovforslag. Regeringen er med et træffende udtryk blevet Folketingets ”forretningsudvalg”, (”executive committee”, jf. Bagehot (opr. 1872)) og Folketingets virke ligger sent i beslutningskæden. De formelle processer i tinget, herunder dets deltagelse i lovgivningsarbejdet, går i mange tilfælde først i gang efter at de politisk afgørende beslutninger er truffet. Folketingets virke bliver derfor ofte af kontrollerende, snarere end af policy-skabende karakter.

Alt andet lige ser Folketinget derfor kun en del af de overvejelser, som ministrene har gjort sig – herunder om statsretlige spørgsmål. Ministrene modtager en del retlig rådgivning, som Folketinget aldrig ser. De lovforslag, ministersvar etc, som Folketinget modtager, bygger til gengæld på ministrenes endelige overvejelser og konklusioner.

Særligt for så vidt angår lovforslag er forholdet mellem rådgivningen til ministrene og rådgivningen til Folketinget i praksis vist nok ofte det, at der på tidlige tidspunkter i det samlede beslutningsforløb kan være flere forskellige modeller på bordet i forhold til at nå givne politiske mål. Den retlige, herunder statsretlige, rådgivning til ministrene kan da være med til at skyde nogle af disse modeller ned. Når sagen fremlægges for Folketinget, har ministeren lagt sig fast på den endelige model.

Se generelt herom Niels Madsen (1982) og Lunn (2007)

Som konkret eksempel på hvordan en sådan ”model-nedskydning” kan foregå, henvises især til det ministerielle beslutningsforløb vedr. indførelsen af Ambi’en, jf. ndf. 5.II.4.1 med nærmere henvisninger.

I nyere tid er der flere eksempler på at dialogen i den lovforberedende fase om forskellige modellers grundlovsmedholdelighed ligger mere åbent for dagen. Se især bet. 1442/2004 fra Den Grønlandske Retsvæsenkommission, bd. 7, bilag 3A-E [§ 64]. Se også rapporten: Ejer, Andelshaver eller Lejer (maj 2003), udarbejdet af en tværministeriel arbejdsgruppe under ledelse af Økonomi- og Erhvervsministeriet [§ 73].

Når Folketinget – i praksis oppositionen – herefter stiller opfølgende spørgsmål til rådgivningen, vil det derfor ikke være i noget reelt håb om at få ministeren til at ændre vurdering, næsten uanset hvilke argumenter og autoriteter spørgerne påberåber sig. Snarere må Folketingets – ofte mange – spørgsmål til ministrene ses som forsøg på at ”stressteste” ministerens rådgivning, og bringe denne på glatis. I den henseende er Folketingets, og de enkelte medlemmers adgang til alternativ rådgivning væsentlig.

4.II.5. Embedsmænd som bidragsydere til ministrenes rådgivning af Folketinget

Ovenfor er det omtalt, at Folketingets – herunder oppositionens – væsentligste kilde til retlig rådgivning er ministrene. Dette forhold skyldes vel til dels manglen på alternative oplysnings- og rådgivningskilder. Det afspejler dog også en betydelig tillid til ministrenes rådgivning, uanset de parlamentariske modsætningsforhold.

Forudsætningen for at ministrenes rådgivning nyder denne tillid, også på oppositionsbænkene, er i vidt omfang Folketingets forventning om at ministrenes rådgivning i praksis er formuleret af politisk neutrale embedsmænd. At opretholde denne arbejdsdeling stiller visse krav til både embedsmænd og ministre.

Det forventes af ministeren, at han/hun ikke benytter sine ledelsesbeføjelse overfor embedsmændene til at påvirke deres arbejde uretmæssigt, ved at pålægge embedsmændene at nå til konklusioner, som er i strid med deres faglige bedømmelse. Tilsvarende forventes det af embedsmændene, at de respekterer faglige præmisser, når de bistår ministeren i et fagligt spørgsmål – som f. eks. netop at besvare et spørgsmål fra Folketinget om et retligt emne. Se for en nærmere diskussion ndf. afsnit 5.II.1.

På den anden side er ministerielle embedsmænd også nødt til i deres løbende arbejde at tage hensyn til ministerens politiske situation overfor Folketinget.

Samtidig kan man sige, at embedsmændenes deltagelse i rådgivning af Folketinget, herunder om statsretlige spørgsmål, udsætter dem for et mere generelt dilemma. Embedsmænd er politisk ansvarsfrie, hvilket er baggrunden for at de forventes at optræde politisk neutralt. Men ved at bede embedsmænd om en retlig normering af sager, hvor politikere har afgørelseskompetencen, beder man implicit embedsmændene påtage sig en politisk funktion, om end måske passivt og uvilkårligt. Selv hvis embedsmændene ved afgivelse af rådgivningen holder sig strikt indenfor de rammer, som afstikkes af deres faglighed, får deres rådgivning i sådanne situationer politiske konsekvenser.

4.III. Beslutningstagers krav til rådgiver, og omvendt

4.III.1. Generelt.

Retlig rådgivning (eller, for den sags skyld, anden faglig rådgivning) af Folketinget skaber altså nogle grundlæggende dilemmaer, jf. generelt ovf. om det asymmetriske magtforhold mellem rådgiver og Folketing (for andre rådgivere end ministre), og om ministrene som rådgivere overfor oppositionen.

Uanset hvor rådgivningen kommer fra, kan man derfor sige at behovet for sagkyndig rådgivning til politiske beslutningstager stiller nogle grundlæggende krav til rådgiver, og måske også til beslutningstager. Meget generelt kan man sige, at det er disse krav, der ligger til grund for fastlæggelsen af konkrete regler for rådgivningen. De relevante krav er her opstillet som: et krav om rådgivers sagkyndighed, et krav om at rådgiver optræder uvildigt, og – som modstykke – et krav om at det politiske system ikke misbruger rådgivningen.

4.III.2. Rådgivers sagkyndighed

Kravet om rådgivningens sagkyndighed er en selvfølge. Det synes dog at kunne forstås i flere forskellige retninger.

Dels kan det forstås som et krav om at rådgiver holder sig til at udtale sig om den foreliggende sags saglige aspekter – dvs. at rådgiver undlader implicit eller eksplicit at tage stilling til sagens politiske aspekter. Forstået på den måde er kravet om rådgivningens sagkyndighed blot en omskrivning af kravet til rådgiver om at denne skal forholde sig uvildigt eller politisk neutralt til sagen, jf. herom ndf.

Dels kan det forstås som et krav til rådgivers grundlag for at udtale sig – et krav om at rådgiver skal have bestemte kvalifikationer. Det er nok den mest naturlige forståelse. Typisk forstås det i praksis som et krav om en bestemt uddannelsesmæssig baggrund. Herhjemme er den altdominerende uddannelsesbaggrund for statsretlige rådgivere en juridisk uddannelse.

Det er ikke helt så tautologisk, som det kan lyde. I andre lande – f. eks. Sverige – er det en udpræget tendens at forfatningsretlige spørgsmål betragtes i en bredere sammenhæng, herunder i høj grad med inddragelse af politologiske problemstillinger. Det indebærer at politologer m.v. (*statsvetare*) også spiller en betydningsfuld rolle ved rådgivningen af Riksdagen om forfatningsmæssige spørgsmål. Men det er vistnok ikke tilfældet i Danmark.

Den her foreliggende undersøgelse siger ganske vist ikke i sig selv noget om, i hvilket omfang der også indhentes statsretlig – eller forfatningsmæssig, eller lign. – rådgivning fra andre end jurister. Det skyldes at kravet om rådgivers juridiske uddannelse er lagt til grund som et af undersøgelsens afgrænsningskriterier.

Mine udsagn om dette spørgsmål hviler derfor på et tyndt grundlag. De er baseret på usystematiske observationer under søgningerne i undersøgelsens bruttomateriale, jf. ovf. i kap. 3. Men efter mit indtryk er det altså sjældent, at andre end jurister anmodes om rådgivning om forfatningsspørgsmål. Der må dog nævnes nogle af oplægsholderne under Folketingets grundlovskonference 1999. På et særligt område – folketingsvalgreglerne – modtager Folketinget også jævnligt rådgivning fra prof., dr. scient. pol. Jørgen Elklit.¹⁶

4.III.3. Kravet om rådgivers uvildighed.

Kravet om at rådgiver optræder uvildigt må ses på baggrund af, at beslutningstager efterspørger bistand til et sagligt aspekt af beslutningen, som beslutningstager ikke selv har kapacitet til at afklare. Beslutningstager er derimod fuldt kapabel til at afklare sagens egentlige politiske aspekter. Den retlige rådgiver har omvendt ikke legitimt grundlag for i sin rådgivning at forholde sig til sagens politiske spørgsmål. Det er derfor afgørende for beslutningstager at kunne have tillid til, at rådgivningen ikke reelt er baseret på en stillingtagen til det politiske spørgsmål i sagen.

Til en lidt nærmere diskussion af dette krav kan man tage udgangspunkt i ordet ”uvildig”. Ikke så få folketingsmedlemmer, der efterspørger statsretlig rådgivning i en given sag, anmoder om at måtte modtage uvildig rådgivning (underforstået, ganske ofte, at den hidtil ydede rådgivning ikke kan siges at leve op til dette). Men hvad betegner ordet egentlig? Et svar kan være, at ordet synes at betegne to, ikke altid klart adskilte krav til rådgiveren.

Det ene er et krav om institutionel uafhængighed, dvs. et krav om at rådgiver ikke formelt må være bundet til den ene af parterne i den politiske sag, der har udløst behovet for rådgivning, således at denne part principielt har mulighed for at påvirke rådgivningens indhold. Netop dette har gennem tiden været et tema i flere diskussioner om den stilling, som Justitsministeriets Lovafdeling indtager som statsretlig rådgiver overfor Fol-

¹⁶ Se f. eks. dennes bidrag i f. m. behandlingen af beslutningsforslag B 144/2000-01 om udlandsdanske-
res valgret, KOU 2000-01 (B 144 – bilag 38)

kettinget.¹⁷ det er svært at være uenig i, at rådgivning fra et ministerielt departement ikke lever op til kravet om institutionel uafhængighed i sager, hvorom der er politisk uenighed mellem regering og opposition.

Men ordet ”uvildig” kan også betegne et andet krav til rådgiver: et krav om at rådgiver skal forholde sig politisk neutralt til den foreliggende sag. Noget upræcist kan dette omskrives som et krav til rådgiver om at dennes vurdering af en sag skal være upåvirket af hensyn til hvilken politisk part, der i den konkrete situation vil få fordele eller ulemper af det.

For en udenforstående er det imidlertid betydeligt sværere at vurdere om en retlig rådgiver udviser politisk neutralitet, end det er at vurdere rådgivers institutionelle uafhængighed. Den eneste mulighed for at danne sig en opfattelse herom er ved sammenligning med den samme rådgivers rådgivning i andre, mere eller mindre beslægtede situationer, og mulighederne for at opnå et sådant sammenligningsgrundlag er begrænsede, særligt hvor der er tale om rådgivere, der kun benyttes med mellemrum. I praksis vil der derfor nok være en tendens til at den udenforstående, der skal vurdere en rådgivers politiske neutralitet – generelt samt i konkrete sager – lægger vægt på den institutionelle uafhængighed.

Uanset hos hvilken person eller myndighed, der søges råd, vil vedkommendes politiske neutralitet principielt ligge åben for tvivl. Hvis en advokat rådgiver en klient om et selskabsretligt spørgsmål, så har advokaten som udgangspunkt ikke nogen interesse i klientens dispositioner. Men i et demokratisk samfund forholder det sig – i hvert fald principielt – lidt anderledes med rådgivning om politiske sager: politiske beslutninger vedrører samfundet, dvs. os alle. Alle er vi som borgere en smule medlevende i politiske sager, herunder i de sager, der giver Folketingets medlemmer anledning til at søge rådgivning. Det betyder ikke, at rådgiver oplever det som vanskeligt at forholde sig politisk neutral; men spørgsmålet herom rejses let af de politiske parter, ikke mindst når det politiske liv er polariseret.

Hvilket af de to aspekter af ”uvildighed” må antages at være det mest tungtvejende for Folketinget?

Abstrakt set må kravet om politisk neutralitet være det afgørende indhold i kravet om rådgivers uvildighed. Selv om institutionel uafhængighed i mange tilfælde vil have stor betydning for om rådgiver kan kaldes politisk neutral, kan den ikke i sig selv være

¹⁷ Således fhv. MF for Socialdemokratiet, fhv. justitsminister Ole Espersen i interviewudtalelser til Administrativ Debat, Espersen (1990). Udtalelserne angik forholdet mellem Lovafdeling og minister/regering i en periode, hvor Socialdemokratiets politiske modstandere sad i regering.

afgørende for beslutningstager. Institutionel uafhængighed kan være et middel til at nå målet: reel, politisk neutralitet; men ikke det eneste middel, og heller ikke altid et nødvendigt middel. Rådgivers institutionelle uafhængighed udelukker principielt ikke, at politisk prægede vurderinger trænger igennem i rådgivningen. Og en vis grad af institutionel afhængighed udelukker ikke nødvendigvis en rådgiver fra i praksis at udvise politisk neutralitet: hvis ministre f. eks. overholder regler om ikke at styre embedsmændenes vurderinger af rent saglige spørgsmål, kan ministeren meget vel - med bistand fra sine embedsmænd - levere, hvad der i praksis er og opfattes som politisk neutral rådgivning.

I hverdagen er det dog sjældent det samlede Folketing eller det samlede politiske system, der efterspørger uvildig rådgivning; det er oppositionen, eller i visse tilfælde regeringssiden. Og her synes ønsket om uvildig rådgivning ganske ofte at være udtryk for et ønske om en rådgivning, der i hvert fald ikke på nogen måde er institutionelt afhængig af modparten. Det er især tilfældet, når medlemmer af oppositionen ønsker en rådgivning fra anden side end fra ministerielle embedsmænd.

Idealet om uvildig rådgivning synes at kunne forstås på en tredje måde, der afviger noget fra de to ovenfor nævnte. I denne tredje forståelse er den uvildige rådgivning ikke nødvendigvis helt så politisk farveblind som i de to først nævnte udlægninger. I stedet forstås uvildighed til dels som et ideal om ”kritisk” rådgivning – først og fremmest kritisk overfor den udlægning, der i en given sag præsenteres af regeringen, i reglen med støtte fra et flertal i Folketinget. Den uvildige rådgivers opgave bliver i denne udlægning stadig at beskrive gældende ret, men med et særligt vågent øje for problematisering af regeringens, dvs. ”flertalsmagts” udlægninger af gældende ret. Dette er altså idealet om statsretlig rådgivning som en slags retshjælp til oppositionen.

For den enkelte rådgiver er dette naturligvis en helt umulig position at opretholde over tid. I en situation, hvor et regeringsskifte medfører ændret politiske vurderinger på givne områder, vil en konsekvent ”kritisk” rådgivning hurtigt nå til at modsige sine egne tidligere konklusioner. Alternativet er selvfølgelig at den kritiske rådgiver – ligesom andre – alt andet lige opretholder sine tidligere konklusioner. Men i så fald er rådgivningen ikke længere specielt kritisk. Tværtimod risikerer den at udsætte sig for beskyldninger om politisering.

4.III.4. Et princip om at beslutningstager ikke misbruger rådgivningen?

Mens beslutningstagernes krav til rådgivningen trods alt er rimeligt præciserbare, så er det sværere at tale om rådgivers krav til beslutningstager. Rådgiver leverer sit produkt

fordi det er vedkommendes opgave, enten i kraft af generelt ansættelsesforhold (som embedsmand m.v.) eller efter konkret opdrag (f. eks. til en juridisk professor). Herefter er rådgiver – som udgangspunkt – ikke længere deltager i spillet. I praksis fungerer forholdet mellem rådgiver og beslutningstager dog nok bedst, hvis også rådgiver kan have en vis tillid til at hans eller hendes udtalelser ikke misbruges, hvilket f. eks. kan ske ved at beslutningstageren skubber ansvaret over på rådgiveren, når det efterfølgende viser sig, at beslutningen i den ene eller den anden henseende giver problemer.

I et velkendt eksempel undlod det politiske system således udtrykkeligt at skyde skylden på rådgivningen. Det angik Justitsministeriets rådgivning om Tvindloven, jf. herved statsminister Poul Nyrup Rasmussens udtalelse under behandlingen af Forespørgsel F 35/1998-99: (Hvilke konsekvenser mener regeringen der bør drages af, at Højesteret har kendt Tvindloven grundlovsstridig?): ”[...]Lad mig straks slå følgende fast: Tvindloven er regeringens og Folketingets ansvar. Vi fik en nuanceret rådgivning, og vi vidste, hvad vi gjorde. Det fremgår klart af bemærkninger, af betænkning, af betækningsbidrag og af debatten her i Folketingssalen[...]Højesteret har fastslået, at dele af Tvindloven ikke er forenelige med grundloven. Justitsministeriet vurderede det anderledes i 1996. Er der så grundlag for at kritisere Justitsministeriet herfor? Og mit svar er: ikke efter regeringens opfattelse, ikke efter min egen opfattelse, ikke efter justitsministerens opfattelse. Jeg vil godt gentage, hvad jeg indledte med at sige: Regering og Folketing har et klart ansvar, som ikke kan lægges over på embedsværket. Det var vores ansvar alene. Justitsministeriets rådgivning indeholdt faktisk de nuancer, som en god rådgivning skal indeholde[...]”.

Mere mundant kunne man selvfølgelig overveje, om ikke disse principielt meget rosværdige bemærkninger til dels var fremsat som argument mod de ideer om et lovråd, som havde fået fornyet aktualitet med dommen (og som var emne for et varslet forslag til motiveret dagsorden, fremsat senere under forespørgselsdebatten)

4.IV. Rådgivers fortolkningsprincipper

Ovenfor er angivet en generel forfatningsretlig ramme for forholdet mellem rådgiver og beslutningstager. Der er også opstillet nogle af de grundlæggende krav, som rådgivningssituationen stiller til rådgivere, hhv. til de politiske beslutningstagere.

Den retlige rådgivning, dvs. rådgivningen om gældende ret, kan indenfor disse rammer være præget af forskellige fortolkningsprincipper eller linier i rådgivningen. Sådanne fortolkningsprincipper kan være anlagt af rådgiver selv i praksis; eller de kan være angivet i den lovgivning, som evt. regulerer rådgivers virksomhed, eller i et aftalegrundlag.

Det skal i øvrigt præciseres, at der med betegnelsen fortolkningsprincip ikke kun tænkes på den del af rådgivningen, der angår (ordlyds-)fortolkning af grundloven. Betegnelsen har her en bredere anvendelse.¹⁸

Der kan tænkes flere sådanne fortolkningsprincipper. I hvert fald skal nævnes to.

Det ene går ud på, at rådgiver alene fremsætter sådanne vurderinger, som med rimelig sikkerhed kan udledes af det foreliggende retlige materiale. En marginal støtte i retskilderne er ikke nok. Der kan tænkes flere grunde til at anlægge en sådan linie i rådgivningen. For det første er en tilbageholdende rådgivning udtryk for juridisk-metodisk hæderlighed: for at kunne hævde en konklusion som gældende ret, må den være solidt underbygget i materialet. For det andet kan en tilbageholdende rådgivning ses som et udtryk for respekt for beslutningstagers valgfrihed, parret med et ønske hos rådgiveren selv om at undgå at blive beskyldt for at blande sig i en politisk strid. De tre forskellige begrundelser kan således føre til stort set samme linie i rådgivningen.

Tilbageholdende fortolkningsstil er ikke det samme som ”regeringsvenlig”, eller mere præcist, flertalsvenlig. I praksis kan det dog komme til at virke sådan. I den konkrete rådgivningssituation vil sagen ofte være den, at regeringen er initiativtager, eller udførende myndighed, mens oppositionen (mindretallet) er modhage. Når oppositionen søger rådgivning om en sags forfatningsretlige aspekter, vil det ofte være i ønsket om at standse regeringen. Oppositionen har derfor til enhver tid alt andet lige konkret interesse i en mere begrænsende grundlovsfortolkning end regeringen. En rådgiver, der i den situation anlægger det fortolkningsprincip at der skal være et vist positivt grundlag i almindeligt anerkendte retskilder for at antage at et forfatningsretligt udsagn er gældende ret, vil konkret ofte – men ikke altid – nå frem til en fortolkning, der ikke begrænser de folkevalgtes valgfrihed så meget som en ”friere” eller mere dynamisk fortolkning. Og det vil i situationen ofte sige, at regeringens svarmulighed (også) bliver tilladelig.

Den anden hovedlinie, man kan tænke sig, er ikke nødvendigvis diametralt modsat, men trækker dog i den anden retning. Her vælger rådgiver at konkludere, således at enhver mulig retlig kritik af dispositionen – eller i det mindste af rådgivningen – med betydelig sikkerhed undgås. En rådgiver, der følger denne linie, vælger altså konkret at advare om ikke bare de sikre, men også om mere hypotetiske retlige problemer. Dette medfører naturligvis, at det politiske beslutningsrum alt andet lige indskrænkes. Begrundelsen for

¹⁸ Jf. tilsvarende også Michael Lunn (2007) og Niels Madsen (1982), begge om Justitsministeriets udtalelser om grundlovsspørgsmål.

at anlægge dette fortolkningsprincip kan siges at være den, at de trufne beslutninger med stor sikkerhed skal kunne holde til en retlig efterprøvelse; og videre end det, at beslutningerne skal være hævet over retlig kritik. Også beslutningstager kan i en række situationer ønske sig, at der ikke er den mindste skygge af tvivl om beslutningernes grundlovsmæssighed. Dette fortolkningsprincip kan kaldes det mere aktivistiske.

En sådan hovedlinie i rådgivningen indskrænker selvfølgelig det politiske beslutningsrum i forhold til en mere tilbageholdende linie; og giver også rådgiver en mere markant plads i forhold til politiske beslutninger. Som sådan er den derfor nok mere nærliggende at anlægge, hvis rådgiver har et udtrykkeligt mandat, f. eks. i form af lov.

I dansk forfatningsret er der kun begrænset grundlag for en meget vidtgående rådgivning om egentligt forfatningsretlige spørgsmål. Det skyldes især, at domstolene fortsat ikke fører nogen meget aktiv linie i forfatningsspørgsmål. En forfatningsretlig rådgivning, som i videre omfang afskærer politiske handlemuligheder, må derfor begrundes på anden måde end ved at henvise til, at rådgiver blot forsøger at holde sig a jour med udviklingen i retspraksis. En sådan begrundelse kunne være en positiv hjemmelsbestemmelse for f. eks. et lovråd, hvorefter lovrådet skulle optræde som ”forfatningens vogter” el. lign. – men et sådant udtrykkeligt mandat har ingen rådgivende institutioner i dansk ret.

Der kan altså – i hvert fald – sondres mellem en tilbageholdende og en mere aggressiv rådgivning. Der kan selvfølgelig også tænkes mere nuancerede mønstre.

Sondringen mellem tilbageholdende, hhv. friere/dynamiske/aggressiv fortolkning går vel især på hvordan rådgiver forholder sig til det retsgrundlag (f. eks. grundloven), der skal bringes i anvendelse på den givne situation. Set fra politikernes, brugernes side kan man måske omvendt tale om, at der er forskelle på hvordan rådgivere forholder sig til det foreliggende problem: nogle rådgivere tilstræber at være ”løsningsorienterede”, dvs. indrettet på at afklare de vanskeligheder, som er opstået – hvilket ikke indebærer at rådgiver er villig til at bøje grundloven eller lign – mens andre rådgivere måske har en mere ”principorienteret” profil. Langt hen ad vejen er det nok en opdeling, der i praksis svarer til opdelingen mellem tilbageholdende og aggressiv fortolkning.

Der findes endnu en mulighed: rådgiver kan lade være med at konkludere overhovedet, og enten afslå at kommentere – i så fald er der ikke tale om rådgivning – eller blot udvælge og gengive det retlige materiale, som rådgiver finder relevant for en bedømmelse af sagen. I nogle tilfælde vil dette materiale selvfølgelig være så entydigt, at det ret klart fremgår hvordan spørgsmålet skal betragtes. Men ofte vil en blot og bar redegørelse for det retlige materiale efterlade spørgsmålet helt åbent. En sådan undladelse af at konclu-

dere kan ses som udtryk for en vidtgående respekt for beslutningstagers valgfrihed, men måske også som udtryk for rådgivers betydelige modvilje mod at blive draget ind i politiske kampe.

Hvis rådgiver anlægger nogenlunde systematiske fortolkningsprincipper, har det naturligvis betydning for Folketinget som modtager af rådgivningen at have et overordnet kendskab til disse principper. For enkelte rådgivere – herunder Kammeradvokaten samt Institut for Menneskerettigheder – er fortolkningsprincipperne principielt angivet i det retsgrundlag, der regulerer deres virke som rådgivere. For andre rådgivere, herunder ikke mindst Justitsministeriet, findes der kun bredere og mere uforpligtende beskrivelser i den juridiske litteratur – eller slet ingen ting overhovedet. Når de politiske beslutningstagere er bekendt med de fortolkningsprincipper, som den pågældende rådgiver forventes at lægge til grund, har beslutningstagerne også et grundlag at vurdere rådgivningen på. En rådgiver, der opretholder den praksis helt at afstå fra en vurdering i politisk ømtålelige spørgsmål, bør i hvert fald gøre denne praksis klar for beslutningstagerne, idet der ellers kan opstå alvorlige misforståelser. Jf. ndf. 5.II.4.1. om rådgivningen i sagen vedr. Landbrugsfondene.

Kapitel 5. Regler og praksis for den statsretlige rådgivning

5.I. Oversigt

5.I.1. Undersøgelsen af regler for rådgivningen.

I dette kapitel beskrives de regler og den praksis, som regulerer de enkelte rådgiveres virksomhed som rådgivere. Samtidigt gives der også en oversigt over antallet og fordelingen af rådgivningssager.

Der sondres altså her mellem spørgsmål, der angår regler i vid forstand – herunder mere eller mindre bindende praksis – og spørgsmål, der angår rådgivningens faktiske forhold, dvs. praksis i statistisk forstand. Den sondring er ikke altid nem at overholde, fordi den retlige rådgivning af Folketinget i vidt omfang styret af uskrevne regler og af praksis, som er vokset frem efterhånden. Men som udgangspunkt for en beskrivelse kan sondringen fastholdes.

Undersøgelsen af de regler m.v., der regulerer rådgivningen, er foretaget for hver enkelt af de rådgivere, som Folketinget i praksis betjener sig af: ministerierne (herunder Justitsministeriet) som samlet gruppe; Folketingets Lovsekretariat; Kammeradvokaten; og individuelle rådgivere (herunder universitetsforskere) som samlet gruppe. Spørgsmålene til reguleringen falder i tre grupper.

Det første hovedspørgsmål angår rådgivers organisation i videre forstand. Det ene delspørgsmål angår her den enkelte rådgivers faktiske kapacitet som sagkyndig, dvs. meget groft sagt: hvor mange og hvor dygtige folk står bag den rådgivning, der kommer fra den pågældende rådgiver(-gruppe). Det andet delspørgsmål angår rådgiver(ne)s institutionelle uafhængighed af politiske aktører, samt deres politiske neutralitet.

Det andet hovedspørgsmål angår de materielle regler for rådgivningen. Her er også to delspørgsmål.

Det ene delspørgsmål er: på hvilket grundlag forventes rådgiver at udtale sig i overensstemmelse med sin sagkyndighed – og foreligger der evt. en udtrykkelig retlig forpligtelse hertil? Det kan virke som et noget futilt spørgsmål, men der er dog forskelle på hvor udtrykkeligt rådgiver er bundet til at udtale sig som sagkyndig. For f. eks. Kammeradvokaten (som dog ikke udtaler sig efter aftale direkte med Folketinget) foreligger der en udtrykkelig aftale med staten v/Finansministeriet om rådgivningens sagkyndighed; for f. eks. juridiske forskere, der optræder ved en udvalghøring, vil forpligtelsen til at udtale

sig sagkyndigt typisk være uskrevet eller underforstået, som en forudsætning for en (i reglen) uskreven aftale om at deltage ved høringen.

Det andet delspørgsmål er: kan man tale om en særlig ”linie” eller et fortolkningsprincip, som ligger til grund for den rådgivning, der kommer fra den enkelte rådgiver?

Det tredje hovedspørgsmål angår Folketingets acces til rådgivning fra den pågældende rådgiver. Hermed menes Folketingets formelle og reelle adgang til at søge rådgivning hos den pågældende rådgiver.

Det fjerde hovedspørgsmål angår mere kvantitative spørgsmål: rådgivningens fordeling på emner, enkelte rådgivere, etc.

5.I.2. Nærmere bemærkninger om den ”kvantitative” opgørelse af rådgivningen.

Som følge af at undersøgelsen er baseret på et materiale udvalgt efter kriterier, der nok er begrundede, men som kunne være anderledes, giver de præcise opgørelsesresultater grundlæggende set ikke noget (1:1)-billede af, hvilken rådgivning der rent faktisk har forekommet i den undersøgte periode. Der er tale om et udvalg. Derudover er der mere konkrete problemer. Simple optællingsfejl er en risiko, og der er flere steder foretaget valg, der kunne være faldet anderledes ud. For at understrege dette er talresultater generelt anført som ca.-tal, mens de præcise tal anføres i parenteser.

Som følge af at rådgivning af Folketinget kan forekomme i mange forskellige dokumentformer, opstår ved en samlet opgørelse spørgsmålet om, hvordan man skal beskrive rådgivningens ”grundenhed”, dvs. det enkelte udvalgssvar m.v. Her har jeg valgt betegnelsen (hoved- eller bi-)registrering, i stedet for at henvise til f. eks. ”dokumenter”.

Det skyldes især, at dokumenter vel mere normalt forstås som de enheder, der er registreret som bilag o.a. i Folketingets arkiv – f. eks. udvalgsbilag. Og her kan flere forskellige rådgivningsregistreringer optræde på et og samme dokument. Derfor har det i denne sammenhæng været hensigtsmæssigt at fokusere på indholdet, og ikke på det formelle dokument. I øvrigt omfatter katalogregistreringerne i et mindre antal tilfælde flere forskellige dokumenter; typisk hvor dokumenterne i praksis bedst forstås i indbyrdes sammenhæng, men hvor ikke alle de omfattede dokumenter kan betegnes som statsretlig rådgivning efter de kriterier, der er stillet op i kap. 3. Det skal dog også siges at den enkelte registrering som oftest henviser til et og kun et dokument, hvad enten dette er et udvalgssvar eller noget andet. I praksis er der derfor et ganske nært sammenfald mellem dokument og registrering.

Om sondringen mellem hoved- og biregistrering, se indledningen til kataloget.

Nedenfor henvises til emnekategorier i kataloget i skarpe parenteser og kursiv, f. eks. sådan: jf. [§ 3].

5.I.3. Hovedtal

I første omgang er den samlede rådgivning til Folketinget om statsretlige spørgsmål over undersøgelsesperioden, dvs. fra begyndelsen af folketingsåret 1998 til og med udgangen af folketingsåret 2006, altså opgjort på antallet af registreringer i kataloget.

En simpel optælling her viser at undersøgelsen omfatter godt 590 hovedregistreringer (595). En vis, ikke endeligt opgjort, andel af disse hovedregistreringer optræder under flere forskellige §-nr. m.v. Der er derfor snarere tale om ca. 530 reelt forskellige hovedregistreringer i den undersøgte periode. Går man derimod den modsatte vej, og tæller biregistreringerne med, får man i stedet ”summen af rådgivning” lagt sammen for de enkelte §-nr. og øvrige emnekategorier, som registreringerne er fordelt på i kataloget. Det er naturligvis et noget højere antal, ca. 700 – hvilket kun afspejler det ganske selvfølgelige forhold at de retsspørgsmål, der rådgives om langt fra altid kan bedømmes udtømmende alene med henvisning til en bestemt grundlovsparagraf eller anden emnekategori.

Det gælder også selv om registreringer er fordelt på de forskellige emnekategorier i kataloget med en vis liberalitet – dvs. at registreringer er henført til §-nr. m.v., også selv om de f. eks. ikke efter deres indhold angår et egentligt fortolkningsspørgsmål i relation til de pågældende paragraffer. Således kan kun få – om nogen – af de registreringer, der er anført i kataloget med henvisning til grl § 1, siges at angå en fortolkning af f. eks. hvad betegnelsen: ”Danmarks Rige” betyder i den konkrete sammenhæng. Se nærmere i bilag 1 (Kataloget – vejledning og advarsel til brugerne).

5.II. Ministrenes rådgivning til Folketinget om statsretlige spørgsmål.

5.II.1. Oversigt

Langt størstedelen af den retlige rådgivning af Folketinget kommer fra ministerierne gennem ministrene. De spørgeformer som Folketinget kan anvende, er i hovedsagen rettet mod ministrene (med undtagelse af udvalgshøringer, jf. ndf. 5.V.2). De spørgsmål, der behandles her – 1) rådgivningens uafhængighed og politiske neutralitet, 2) rådgivernes forpligtelse til at udtale sig sagkyndigt, samt fortolkningsprincipperne, og 3) rådgivningens former og Folketingets acces til rådgivningen, – er normalt også noget mere gen-

nemarbejdede i teori og praksis for så vidt angår rådgivningen fra ministre, end for så vidt angår rådgivningen fra andre rådgivere.

Ved en behandling af disse spørgsmål i relation til ministrenes og ministeriernes rådgivning af Folketinget er det nødvendigt at tage højde for to særtræk ved ministerierne som rådgivere. *Det ene* er det ganske komplicerede forhold mellem minister og embedsmænd ved udarbejdelsen af bl.a. retlig rådgivning til Folketinget. Ministerierne er politisk ledede enheder, og det er derfor relevant at spørge bl.a., hvilke muligheder Folketinget har for at få indblik hvad der ”i virkeligheden” er blevet sagt i dialogen mellem de politisk neutrale embedsmænd og den politisk valgte minister. *Det andet særtræk* er Justitsministeriets særlige stilling som tværministeriel rådgiver i bl.a. statsretlige spørgsmål. Dette spørgsmål er løftet ud til særskilt behandling i afsnit 5.III.

5.II.2. De ministerielle rådgiveres organisation, kapacitet, og institutionelle uafhængighed.

5.II.2.1. Generelt

Ministeriernes organisation. Ministerier er hierarkiske organisationer bestående af et betydeligt antal embedsmænd, udpeget efter saglige kriterier, og med en politisk udpeget leder, ministeren, i spidsen. Ministeren har som udgangspunkt ledelsesbeføjelse overfor ministeriet i både politiske og administrative spørgsmål., jf. nærmere netop ndf.

Ministerier har en meget bred vifte af opgaver. Det der her kaldes rådgivning af Folketinget, er kun en specialiseret og kvantitativt meget beskeden del heraf. Til gengæld er det en opgave, som generelt har høj prioritet i forhold til andre opgaver.

Som udgangspunkt oversendes al rådgivning, som ministerierne udarbejder til brug for Folketinget, med ministersignatur og dermed på ministerens ansvar. Det gælder både rådgivning på ministerens eget initiativ (f. eks. bemærkninger til lovforslag), og besvarelser af spørgsmål. At embedsmændene i de fleste ministerier medsignerer ministerens skrivelser til Folketinget ændrer ikke ved dette, og kan heller ikke tillægges betydning for bedømmelsen af, om rådgivningen er mere eller mindre saglig.¹⁹

Ministrene oversender i øvrigt også rådgivning, som er udarbejdet i semi-uafhængig form, herunder især betænkninger fra udvalg, der ikke kun består af ministeriets egne embedsmænd. Også denne del af rådgivningen bærer ministrene, i hvert fald som udgangspunkt, det retlige og politiske ansvar for.

¹⁹ Således iflg. en nu noget ældre diskussion i Bent Christensen og Preben Espersen (1983) p. 66-73

Meget overordnet er ministeriernes rådgivningsopgaver overfor Folketinget organiseret således, at embedsmændene udarbejder rådgivningen, som herefter godkendes af ministeren, og oversendes til Folketinget.²⁰

Det er et væsentligt, men til dels uskrevet princip, at ministeren som chef for ministeriet står for kontakten til Folketinget.²¹ Ndf. i 5.II.4 diskuteres spørgsmålet om Folketingets acces til embedsmændenes rådgivning udenom ministeren.

Ministeriernes organisation – sagligt udpegede, politisk neutrale embedsmænd, principielt ledet af en politisk udpeget minister – skaber i øvrigt også et terminologisk spørgsmål, nemlig om det er mest korrekt at tale om ministerens eller ministeriets rådgivning af Folketinget. Praksis er ikke helt konsekvent. I denne undersøgelse tales om ministeren som rådgiver, dog med undtagelse af rådgivning fra Justitsministeriet (Lovafdelingen) – her tales som udgangspunkt om ministeriet som rådgiver.

Ministeriernes rådgivningskapacitet er meget stor, både kvantitativt og kvalitativt. Uanset hvor omfattende og komplicerede spørgsmål der skal tages stilling til, kan ministerierne om fornødent producere rådgivning på højt niveau med meget kort varsel.

Den ministerielle rådgivers institutionelle uafhængighed. Ministerierne som samlede organisationer, dvs. embedsværk og minister, kan selvfølgelig ikke betegnes som institutionelt uafhængige rådgivere. Det er jo netop meningen med parlamentarismen, at ministerierne skal være styret af personer, der er politisk afhængige af Folketingets flertal. Herefter er spørgsmålet så, om ministeriernes embedsmænd alligevel kan siges at have en vis uafhængighed overfor ministeren i forbindelsen med affattelse af rådgivningsnotater m.v.

Det forhold at ministrene i vidt omfang har delegeret ledelsesretten, formelt og uformelt, til embedsmænd, kan ikke modificere vurderingen af den ministerielle rådgivnings afhængighed. Ministerier er institutioner, der er indrettet på at være yderst lydøre overfor ministerens ønsker og interesser, også uden at dette udtrykkeligt fremgår af skrevne regler. Denne lydørhed er forudsætningen for ministerstyrets effektivitet. At ministerens konkrete deltagelse i udformningen af rådgivning til Folketinget nok ofte er rent symbolsk ændrer ikke ved at ministeriets organisation arbejder for ministeren.

Man kan herefter diskutere om visse dele af det almindelige regelsæt om embedsmænds og ministres virksomhed – særligt om embedsmænds pligt til at rådgive fagligt

²⁰ Det hænder vel, at ministrene selv udformer de svar, som Folketinget skal have – eller bidrager til svarene. Det var vistnok mere almindeligt tidligere. I visse tilfælde vides det, at ministre selv har udformet rådgivningen også om retlige anliggender. Men det er helt atypisk.

²¹ Jf. herom Zahle, bd. 1 (2001), p. 213; bet. 1354/1998 om forholdet mellem minister og embedsmænd, p. 15-17; Busck (1988) p. 17ff, jf. også p. 41-44.

korrekt m.v., samt om ministrenes oplysningspligt overfor Folketinget, herunder om ministerens pligt til ikke at påvirke embedsmændenes arbejde på usaglig vis – kan siges at skabe en sådan faglig frihed for embedsmændene, at der alligevel kan tales om at embedsmændene besidder en vis begrænset institutionel uafhængighed. Det vurderes her ikke at være tilfældet. Selv om der er visse grænser for ministerens styring, og for samspillet mellem minister og embedsmænd, vil det være misvisende at betegne nogen del af embedsmændenes virksomhed som institutionelt uafhængig af politiske interesser.

Noget andet er at den almindelige ministerstyring kan være underlagt særlige begrænsninger i forhold til visse forvaltningsorganer indenfor ministerområdet. Alt efter omstændighederne kan der for sådanne forvaltningsorganer evt. tales om (delvis) institutionel uafhængighed. Ministeriernes rådgivning af Folketinget produceres dog som hovedregel i den sædvanlige ministerielle ”linieorganisation”.

5.II.3. Den ministerielle rådgivnings politiske neutralitet.

5.II.3.1. Generelt

Kan ministeriers og ministres rådgivning af Folketinget kaldes politisk neutral? – hvilket altså her udlægges således: at rådgivningen er afgivet uden hensyn til om konklusionerne i den konkrete situation er til skade for den ene eller den anden part, jf. ovf. 4.III.3.

Man kan indvende, at det i praksis er misvisende at adskille de her undersøgte spørgsmål: rådgivers institutionelle uafhængighed og rådgivers politiske neutralitet. En sondring er her gennemført således, at spørgsmålet om den ministerielle rådgivnings politiske neutralitet henviser til de særlige regler om ministrenes oplysningspligt, hhv. om grænserne for embedsværkets bistand til ministerens rådgivning af Folketinget.

Disse regler er uskrevne. Samtidigt er Folketingets – især oppositionens – kontrolmuligheder i praksis beskedne.

5.II.3.2. Reglerne om ministrenes oplysningspligt overfor Folketinget som regler om ministerens pligt til at udvise politisk neutralitet ved rådgivning af Folketinget om (bl.a.) retlige spørgsmål.

I det parlamentariske system er ministre som sådan hverken institutionelt uafhængige eller politisk neutrale. Trods det kan de det være underlagt en pligt til at optræde politisk neutralt. Dette fremgår af de almindelige regler om ministrenes oplysningspligt, hvorefter ministeren skal give fyldestgørende oplysninger, uden hensyn til om de kan blive brugt politisk imod ham.

At de politisk udpegede ministre er forpligtet til at optræde politisk neutralt må ses i sammenhæng med ministerstyrets oprindelse i konstitutionel tid, hvor ministrene var uafhængige af rigsdagen – og dermed for så vidt også politisk neutrale. I den situation var det mere naturligt at fastslå en oplysningspligt uafhængigt af den politiske kontekst, jf. herved særligt (1953-)grl § 53.

I dag fremgår en almindelig regel om ministerens oplysningspligt af Ministeransvarlighedslovens § 5 stk. 2, jf. stk. 1. Selv om denne regel kan synes formuleret med særligt henblik på ministerens oplysninger af mere faktisk art (jf. betegnelsen ”oplysninger” i Mal § 5 stk. 2.) er der dog ikke tvivl om at den også angår det, der her kaldes ministerens rådgivning til Folketinget om retlige spørgsmål. I øvrigt vil beskrivelser af ”faktiske” forhold i mange tilfælde fremtræde som bedømmelser og vurderinger snarere end som simple konstateringer af det umiddelbart iagttagbare.

Oplysningspligtreglerne kan således ses som regler, der – bl.a. – skal tilsikre Folketinget (tilstræbt) politisk neutral rådgivning fra ministrene. De nærmere anvisninger om ministrenes almindelige oplysningspligt i retlige spørgsmål, som kan udledes af praksis m.v., diskuteres ndf. i 5.II.4. Her skal kun nævnes, at de almindelige regler om ministrenes oplysningspligt, sådan som reglerne udlægges i dag, også indebærer visse begrænsninger i ministerens almindelige ledelsesbeføjelse overfor embedsværket, jf. ovf. 5.II.2.

Dels udlægges reglerne om ministerens oplysningspligt normalt således, at de også omfatter pligt til ikke at påvirke embedsmændenes virke på usaglig vis. Ministeren må således ikke forud for embedsmændenes aflevering af et notat eller lign. lægge pres på de embedsmænd, der bistår ham eller hende med rådgivningen/oplysningen af Folketinget, for at påvirke dem til at udtale sig i strid med deres sagkundskab.²²

Det kan også ses som en begrænsning af ministerens beføjelser overfor embedsmændene, at der må antages at være visse grænser for hvor frit ministeren kan udlægge den rådgivning, som embedsmændene internt har meddelt ham, når han *efterfølgende* mundtligt formidler rådgivningen til Folketinget eller offentligheden, jf. ndf. i 5.II.4.

²² Jf. Jens Peter Christensen (1997) p. 371-373, der udlægger en almen regel med dette indhold som et aspekt af en samlet fremstilling af ministrenes oplysningspligt efter ministeransvarlighedsloven. Christensens fremstilling bygger på praksis fra en lang række særlige undersøgelsesorganer, og kan ikke nødvendigvis ses som en snæver udlægning af ministeransvarlighedslovens § 5 stk. 2. Der er til en vis grad tale om normer, som også kan anses at have eksisteret på ulovbestemt grundlag for ministeransvarlighedsloven. Se nærmere ndf. i 5.II.3.1.

Også ministerens pligt til ikke at forholde sig ”bevidst uvidende” ovf. evt. mangler som ministeren får fornemmelse af i de udkast m.v., som han/hun modtager fra embedsmændene, kan ses som et udslag af pligten til at yde politisk neutral rådgivning.²³

Det er dog nok ganske atypisk at ministerens usaglige pres på embedsmændene, eller usaglige udlægning af deres rådgivning, lader sig dokumentere. Samtidigt må det huskes, at ministeren har ganske vide lovlige påvirkningsmuligheder. Ministeren bestemmer ministeriets politik, og skal der udarbejdes en redegørelse om et sagligt spørgsmål til Folketinget, vil det ofte fremgå af situationen, hvilke konklusioner ministeren politisk foretrækker, hvilket er helt legitimt. Princippet om at ministeren ikke må lægge pres på, forhindrer kun grove tilfælde – hvis princippet vel at mærke respekteres, hvilket i nogen grad afhænger af bl.a. om overtrædelser afsløres.

5.II.3.3. Embedsværkets bistand til ministerens retlige rådgivning af Folketinget.

Vurderingen af om embedsmænd optræder politisk neutralt når de bistår ministeren med rådgivning af Folketinget må ses på baggrund af de almindelige regler om embedsmænds rådgivning og bistand til ministeren.

Reglerne om embedsmænds strafansvar (især strfl §§ 156 og 157) beskriver ikke noget gerningsindhold, der specifikt angår embedsmænds medvirken ved rådgivningen af Folketinget. Der må derfor især henvises til de anvisninger, som er formuleret i forskellige udredningsarbejder: betænkning 1443/2004 om embedsmænds rådgivning og bistand til ministre; Justitsministerens og andre ministres redegørelse R 2 af 4. oktober 2001 om visse spørgsmål i forbindelse med embedsmænds rådgivning og bistand til regeringen og dens ministre; betænkning 1354/1998 om forholdet mellem minister og embedsmænd; samt et privat udredningsarbejde af kollegial karakter, DJØF’s Fagligt-Etiske retningslinier for offentlig administration (1993). I øvrigt henvises til litteraturen, særligt Jens Peter Christensen (1997) kap. 21, og samme i Talevski m.fl. (1999), p. 251f., særligt p. 285f.

Udgangspunktet for enbedømmelse af embedsmænds bistand til ministeren er at bistand særligt vedr. faglige spørgsmål (f. eks. økonomiske, biologiske, retlige) skal ydes uden indskrænkning eller forbehold. Dvs. ministeren kan forlange en i praksis næsten ubegrænset indsats for at få oplyst eller belyst forhold af blot nogenlunde faglig karakter.

²³ Jens Peter Christensen (1997) p. 370-71. Se f. eks. også Undersøgelseskommissionens beretning i h. t. lov nr. 389 af 22. Maj 1996 om undersøgelse af Nørrebrosagen, afgivet d. 12.juli 2000, p. 293-295.

Derudover kan embedsmænd i ganske vidt omfang yde ministeren bistand med mere politisk-taktiske spørgsmål, herunder vedr. dennes stilling overfor Folketinget.

Embedsmændene skal dog under alle omstændigheder overholde en række almindelige – og langt hen ad vejen selvfølgelig – krav: blandt andet skal embedsmændene optræde, og fremtræde som, partipolitisk neutrale (og neutrale i forhold til politiske spørgsmål i øvrigt); de må respektere det almindelige princip om lovmæssig forvaltning; de må ikke vildlede ministeren eller andre; og den bistand som embedsmændene yder med reference til faglige spørgsmål, skal ydes med respekt af fagligheden på det pågældende felt, dvs. bistanden må ydes ud fra faglige præmisser, ikke politiske.²⁴ Denne opremsning er ikke udtømmende. I meget tilspidsede tilfælde af konflikt mellem faglighed og ministerens politiske krav kan embedsmændene have pligt til at ”slå i bordet” overfor ministeren; og endog – i helt ekstreme sager – til at tilsidesætte ministerens pålæg.

Kravet til embedsmændene om at udvise faglighed lader sig umiddelbart anvende på det, der her kaldes rådgivning:

Jf. herved betænkning 1443/2004 (embedsmænds rådgivning og bistand), hvorefter ”[...] kravet om faglighed i praksis navnlig træder frem i forbindelse med notater, redegørelser og udtalelser til Folketinget, presse og offentlighed fra det almindelige embedsværk, hvor disse udtalelser mv. – selv om de ofte afgives på ministerens vegne – fremstår som udtryk for faglige vurderinger. Det er således vigtigt, at den troværdighed i relation til faglige og faktuelle spørgsmål, som de almindelige embedsmænd nyder som følge af deres forventede partipolitiske neutralitet, uddannelsesmæssige baggrund og professionelle kompetence, ikke misbruges til at give udtalelser et fagligt skær, hvor disse i realiteten er af politisk karakter.[...]” (p. 154)

Kravet om at yde bistand med respekt for fagligheden kan siges at supplere den udlægning af ministerens oplysningspligt, hvorefter ministeren ikke kan lægge pres på embedsmændene for at de skal nå til resultater, der er i strid med deres sagkundskab: embedsmændene kan altså heller ikke yde en sådan bistand ”af egen inspiration”, dvs. uden konstaterbart pres fra ministeren.²⁵

²⁴ Om dette krav, se bl.a. Jens Peter Christensen (1997), særligt p. 395-399, med henvisning til bl.a. undersøgelsesretten i Tamilsagen.

²⁵ Se Betænkning 1443/2004: Embedsmænds rådgivning og bistand, særligt afsnit 5.2.1., for den nyeste formulering af disse regler.

5.II.3.4. Om Folketingets adgang til at kontrollere den ministerielle rådgivnings politiske neutralitet.

Der findes altså regler, som i forhold til Folketinget bl.a. tjener til at sikre rådgivningens saglighed. Et nærliggende spørgsmål er herefter, hvilken adgang Folketinget har til at kontrollere, at sådanne regler rent faktisk bliver fulgt; herunder ved indsigt i den rådgivning, som embedsmændene har ydet ministrene.²⁶

På meget kort form er svaret, at Folketinget i det store og hele ikke har nogen direkte adgang til indsigt i ministerielle beslutningsprocesser. I den løbende kontrol med ministrenes virksomhed, typisk gennem Folketingets udvalg, er beslutningsprocessen bag ministrenes retlige rådgivning langt hen ad vejen en ”black box” for Folketinget. Det indebærer bl.a., at evt. tvivl om og nuancer i den konklusion, som ministeriet til sidst har nået, kun kommer frem i det omfang, ministeren ønsker det. Den fulde forståelse af hvad der i denne forstand ligger bag rådgivningen kan Folketinget i praksis kun søge belyst ved nedsættelse af et særligt undersøgelsesorgan – jf. f. eks. ndf. om Ambi-sagen som eksempel på et tilfælde hvor der var betydelig forskel mellem rådgivningens konklusion og dens mellemregninger.

5.II.3.5. Sammenfatning: om ministeriel rådgivnings politiske neutralitet.

Ovenfor blev det – ret summarisk – konkluderet, at ministres rådgivning af Folketinget om statsretlige spørgsmål ikke kunne betragtes som institutionelt uafhængig. Men kan den til gengæld betragtes som politisk neutral, efter de ovenstående overvejelser?

Svaret er stadig svært at give på så generelt et niveau, bl.a. fordi de ret elastiske regler om samspillet mellem minister og embedsmænd nok udmøntes på forskellig måde i forskellige ministerier. Men der kan i hvert fald peges på, at kravet til embedsmændene om at udvise faglighed – og tilsvarende, kravet til ministrene om at undlade usaglig påvirkning – træder særligt stærkt frem, når det gælder embedsmændenes udarbejdelse af notater om faglige, herunder retlige spørgsmål, jf. ovf. 5.II.3.3. Det udelukker vel ikke at embedsmænd kan udforme også faglige notater under en vis hensyntagen til ministerens situation overfor Folketinget; men det sætter forholdsvis snævre grænser for denne hensyntagen.

En meget generel vurdering af om den rådgivning, der fremsendes af ministrene til Folketinget, kan siges at være politisk neutral i den i kap. 4 nævnte forstand bliver herefter

²⁶ Jf. om dette spørgsmål også Lars Busck (1988) p. 42-43

ter: ja, med tilnærmelse. Jf. ndf. 5.III. om Justitsministeriets rådgivning og politisk neutralitet.

Set fra Folketingets (oppositionens) side kommer dette dog til at bero på tillid, kun i begrænset grad på kontrol.

5.II.4. Regler og praksis om indholdet af ministrenes oplysningspligt vedr. (stats)retlige spørgsmål

5.II.4.1. Almindelige regler om ministres oplysningspligt, som anvendt på den retlige rådgivning af Folketinget.

Men hvad er så de retlige krav til rådgivningens indhold, i det omfang disse regler lader sig specificere?

Reglerne om den statsretlige rådgivnings indhold er dels af almindelig karakter. Disse regler fremgår af den praksis, der er dannet på baggrund af reglen i ministeransvarlighedslovens § 5 stk. 2, jf. stk. 1.²⁷ Denne regel er i sig selv i vidt omfang udtryk for en lovfæstelse af regler, der må antages at have været gældende også før ministeransvarlighedslovens vedtagelse.

I princippet er det kun rigsretten, der kan pådømme spørgsmål om ministres ansvarlighed, herunder om ansvaret for manglende opfyldelse af § 5 stk. 2.²⁸ De mere eller mindre retligt prægede undersøgelsesorganer og kommissionsdomstole m.v., der gennem tiden har skullet bedømme bl.a. om Folketinget har modtaget tilstrækkelige oplysninger, har derfor ofte – men ikke altid – været temmelig tøvende med vurderingen af ministres forhold. Hertil kommer at disse organer typisk har været nedsat på individuelt grundlag, hvorfor der ikke foreligger nogen helt konsekvent praksis herfra.

De almindelige domstole er som udgangspunkt ikke kompetente til at pådømme ministre. Domme herfra kan dog efter omstændighederne indebære en stillingtagen til ministrenes oplysninger til Folketinget – herunder til de argumenter, som ministres retlige rådgivning af Folketinget har hvilet på. I så fald kan dommene give anledning til i hvert fald politisk kritik af rådgivningen. Således gav Tvinddommen (U 1999.841 H) anledning til en forespørgselsdebat, der bl.a. angik Justitsministeriets rådgivning af Folketinget. Jf. også i dette afsnit om Ambi-sagen (hvor en særlig undersøgelse af visse ministres forhold var iværksat på baggrund af en dom fra EF-Domstolen).

²⁷ Jf. Jens Peter Christensen: Ministeransvar (1997) p. 51-59 om den betydelige usikkerhed om denne bestemmelses indhold og rækkevidde op til 1997.

²⁸ Jf. om dette spørgsmål Germer (2001) p. 38-39 m. henvisninger.

Ser man på Folketingets umiddelbare bedømmelse af om en minister har overholdt oplysningspligten, følger denne bedømmelse i reglen de (parti-)politiske skillelinier. Folketingets bedømmelser i sager, om hvilke der forinden er afgivet beretning fra et retligt undersøgelsesorgan el. lign., er ligeledes grundlæggende politiske, hvilket dog ikke udelukker at der er en vis linie i denne del af Folketingets praksis.

I den juridiske litteratur har Jens Peter Christensen i *Ministeransvar* (1997) samt en række artikler m.v. givet en syntetiserende fremstilling af kravene til ministres oplysning af Folketinget på basis af det samlede retskildemateriale, herunder især praksis fra retlige undersøgelsesorganer. Disse fremstillinger har efterfølgende haft en vis gennemslagskraft, både i den retlige praksis, i den parlamentariske praksis og i litteraturen.²⁹ Der savnes dog i nogen grad nyere litteratur, herunder om praksis fra undersøgelseskommissioner nedsat efter lov om undersøgelseskommissioner (1999).

Der er – såvel ud fra en abstrakt fortolkning af ministeransvarlighedslovens § 5 stk. 2, som ud fra praksis – ikke tvivl om, at ministrenes oplysningspligt efter disse regler også gælder, når ministrene afgiver oplysninger om retlige forhold, dvs. når de yder hvad der her betegnes som retlig rådgivning.

Hvordan skal man herefter beskrive indholdsnormen for ministres retlige rådgivning af Folketinget? – dvs. hvad indebærer de almindelige regler om ministrenes oplysningspligt, når de anvendes på ministrenes retlige rådgivning?

For det første kan der henvises til, at notater m.v (af en vis kvalitet) om retlige spørgsmål normalt vil indeholde i hvert fald to hovedelementer: dels en mere faktisk præget gennemgang af det relevante retlige materiale (retskilderne), dels en vurdering af det foreliggende retsspørgsmål. Ministerens oplysningspligt må være opfyldt for hvert af de to elementer.

Til belysning heraf kan tjene en konkret, nu noget ældre rådgivningssag – Lovafdelingens notat af 20. februar 1985 om bl.a. visse bevillingsretlige spørgsmål i forbindelse med aktstykke 551/1981 om lånefonde for landbruget – hvor der efterfølgende blev rejst kritik af begge elementer i notatet. Denne kritik kom dog ikke fra den kommissionsdomstol, der nedsattes til undersøgelse af sagen, men blev rejst i den juridiske litteratur, jf. nedenstående petittryks afsnit (c).

²⁹ Et eksempel på omfattende henvisninger til afhandlingen ses i Lovsekretariatets Notat af 14. December 2004 til Retsudvalget/ MF Anne Baastrup, om ministres oplysningspligt i forhold til Folketinget, jf. kataloget under [*Folketingets medlemmer og arbejdsmåder*].

(a). *Sagens hovedspørgsmål.* Sagen angik flg.: 12. august 1981 tiltrådte Finansudvalget et aktstykke (551/1981), hvorefter der i finansåret 1981 blev indskudt 150 mio. kr til indskud i fonde, samfinansieret af staten og grovvarerhandelsvirksomheder, som skulle fungere som lånegaranter for gældsramte landmænd. Aktstykket angav bl.a.:

”[...]Fondene skal kunne yde garantier indtil 1. Juli 1983, og fondene ophører den 30. juni 1988.

Ved fondenes opløsning tilbagebetales en andel af de i behold værende midler svarende til grovvarerelskabernes relative indskud til de indskydende grovvarerelskaber. De resterende midler anvendes til landbrugsmæssige formål efter forhandling mellem landbrugsministeren og [*landbrugets organisationer, TEJ*] [...]”

Der blev imidlertid aldrig noget væsentligt træk på garantiordningerne. Herefter besluttede landbrugsministeren d. 29. August 1984 at tillade at en del af de statslige indskud i fondene blev frigivet fra fondene og overført til den af landbruget ledede Finansieringsfonden af 1963. Denne frigivelse blev ikke forelagt Finansudvalget. I oktober 1984 blev beløbet efter forhandlinger mellem ministeriet og landbrugets organisationer frigjort til andre landbrugsmæssige formål.

I beretning 24/83 til statsrevisorerne omtalte Rigsrevisionen denne frigivelse, men udtalte ikke kritik.

(b). *Den statsretlige rådgivning af Folketinget.* Herefter kommer så det aspekt i sagen, der har særlig interesse i denne sammenhæng. Ved et udvalgsspørgsmål af 4. december 1984 anmodede Finansudvalget Justitsministeriet om en vurdering af hvordan aktstykke 551/1981 burde fortolkes. I notat af 20. Februar 1985 om spørgsmålet vurderede Justitsministeriet, at hvis de to ovenfor citerede afsnit af aktstykket læstes i ”nær” sammenhæng, syntes det mest nærliggende at måtte forstås således at førtidig frigivelse af midler krævede Finansudvalgets tilslutning. Landbrugsministeriet havde imidlertid givet udtryk for, at det ikke var meningen at aktstykket – som jo var formuleret af Landbrugsministeriet – skulle læses på den måde. Ud fra den betragtning, at de forudsætninger, der ligger til grund for et aktstykke, ofte må have større betydning end forudsætningerne for f. eks. en almindelig lov, fandt Justitsministeriet ikke at der var tilstrækkeligt grundlag for at udtale kritik af Landbrugsministeriets hjemmelsforståelse, og dermed af ministeriets frigivelse af midlerne.

I den forbindelse anførte Justitsministeriet, at ifølge oplysninger fra Rigsrevisionen til Justitsministeriet skulle det forhold at Rigsrevisionen i beretning 24/83 havde nævnt – men ikke kommenteret – frigivelsen af midlerne, tages som udtryk for at Rigsrevisionen ikke havde bemærkninger til frigivelsen.

(c). *Efterfølgende bedømmelser m.v.* Efterfølgende blev dette notat anfægtet, dels med hensyn til et mere faktisk forhold, dels med hensyn til den retlige vurdering.

Dels blev det under forklaringerne for Kommissionsdomstolen klart, at Justitsministeriets udsagn om Rigsrevisionens bedømmelse af frigivelsen (at revisionsberetningens ord skulle

tages som udtryk for, at RR ikke havde bemærkninger til frigivelsen) ikke var dækkende. Den daværende Rigsrevisor forklarede at formuleringerne i beretning 23/84 snarere skyldtes at sagen var politisk spændingsfyldt ved tidspunktet for beretningsafgivelse, og at Rigsrevisionen i sådanne tilfælde plejede at være tilbageholdende med kritik; men at frigivelsen af midler i august 1984 efter hans mening helt givet burde have været forelagt Finansudvalget.

Med hensyn til de oplysninger fra Rigsrevisionen til Justitsministeriet, som ministeriet havde henvist til i sit notat, og som var givet telefonisk, så kom der modstridende forklaringer fra de kontorchefer, der havde talt sammen, om hvad der var blevet sagt i telefonen. Kontorchef i Rigsrevisionen Peter Christensen fastholdt, at det var blevet forklaret, at formuleringen i beretning 23/84 alene skyldtes at sagen var ”politisk”. Kontorchef i Justitsministeriet Claus Rosholm fastholdt, at han ikke havde forstået det på den måde.

Den retlige bedømmelse blev især anfægtet i en artikel af prof., dr. jur. Steen Rønsholdt, offentliggjort inden kommissionsdomstolens beretningsafgivelse (Rønsholdt 1991, især p. 147-150). Kritikken gik – kort fortalt – ud på at det var en besynderlig forståelse af hjemlen at lægge vægt på bevillingsmodtagers subjektive og ikke klart tilkendegivne forståelse, frem for en objektiv tekstfortolkning. Kritikken har senere fået tilslutning af bl.a. Jens Peter Christensen (1997, p. 256).

Kommissionsdomstolen skulle efter sit kommissorium bl.a. ”[...] særligt have til grundlag at klarlægge, om der i fondenes bestyrelser, hos fondenes medarbejdere eller hos personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv, foreligger fejl eller forsømmelser, som kan give anledning til, at et retligt ansvar søges gennemført.” Kommissoriet omtalte imidlertid ikke specielt rådgivningsforløbet som et af de forhold der skulle undersøges, og hverken Justitsministeriets medarbejdere, eller justitsministeren blev bedømt i relation til den målestok som kommissoriet hermed angav.

Oplysningspligten med hensyn til ”faktiske” elementer i den retlige rådgivning, dvs. relevante retskilder m.v., kan give anledning til nogle afgrænsningsproblemer. Det synes især at være tilfældet med hensyn til litteraturcitering. Her opstår bl.a. spørgsmålet om, i hvilket omfang rådgiver skal citere – og forholde sig til – ”the odd man out”, dvs. isolerede og afvigende synspunkter i litteraturen; særligt sådanne afvigende synspunkter som bygger på en mere omfattende analyse, f. eks. teser i videnskabelige afhandlinger. Svaret må her være, at en mere summarisk henvisning må være tilstrækkelig. På samme måde må en vis sortering af referencerne ud fra rådgivers vurdering af deres faglige kvalitet være tilladt og naturlig.

Den oplysningspligt mht retlige vurderinger, som en minister skal iagttage ved (vide-regivelse af sine embedsmænds) retlig(e) rådgivning til Folketinget, kan være sværere at

præcisere. Den juridiske metode er ikke ganske entydig. Man kan nok ikke komme det meget nærmere end til at sige, at vurderingen må ske med respekt for det inddragne materiale, og uden at gøre vold på den juridiske metode.

For det andet må pligten til at yde fyldestgørende oplysning, også om retlige forhold, også kunne beskrives som et krav om at alle nuancerne skal med. I den forbindelse kan som eksempel henvises til sagen vedr. skatteministerens besvarelse af et spørgsmål fra Folketingets Skatteudvalg vedr. indførelse af et arbejdsmarkedsbidrag (Ambi-sagen). Sagen vedrører ikke et statsretligt, men et EU (EF-)retligt problem, hvad der dog har mindre betydning for en diskussion af ministerens pligter ifm retlig rådgivning.

(a). sagens baggrund. Den 27. august 1987 fremkom en tværministeriel arbejdsgruppe med et foreløbigt notat til regeringen, hvori der blev skitseret 5 forskellige modeller for en mulig omlægning af arbejdsgiverafgifter. Omlægningen skulle tjene til at lette de øgede byrder for især eksporterhvervene, efter at der i foråret 1987 var indgået almindelige overenskomster, som havde medført lønstigninger og dermed øgede produktionsomkostninger for erhvervene som helhed.

I embedsmandsgruppens videre arbejde med sagen koncentrerede man sig om først to, siden kun en enkelt af disse modeller, bl.a. henset til at flere af de øvrige modeller måtte anses at være mere eller mindre åbenlyst i strid med gældende EF-ret. For så vidt angik den tilbageværende model bestod en væsentlig del af embedsmandsarbejdet i en afklaring af, om der kunne siges at være et EF-retligt problem.³⁰

Medio oktober afgav embedsmandsgruppen endelig rapport. Den 19. oktober 1987 oversendte arbejdsministeren rapporten til statsministeren, i 2 dele.

Rapportens ene del (hoveddelen) skildrede alene den tilbageværende – og senere overfor Folketinget foreslåede – model for omlægning af arbejdsgiverafgifterne. I hovedsagen gik modellen ud på en omlægning/ophævelse af visse arbejdsgiverafgifter, og indførelse af et arbejdsmarkedsbidrag beregnet på momsgrundlaget. I rapportens hoveddel blev det temmelig kortfattet konkluderet, at forslaget ikke ses at være i strid med EF-retten.

Rapportens anden del var en fortrolig og separat regeringsintern notits om sagens EF-retlige aspekter, udarbejdet af Udenrigsministeriet og Justitsministeriet. I denne notits konkluderes det bl.a., at det ”ingenlunde er givet” at de foreliggende argumenter for at betragte den foreslåede model som forenelig med EF-retten vil blive accepteret af EF’s organer.

³⁰ For en beskrivelse af embedsmandsgruppens arbejde med de EF-retlige spørgsmål i denne periode, se Beretning B 3/1992-93 om Ambisagen, afgivet af Udvalget for Forretningsordenen d. 17. marts 1993 (UFO 1992-93 alm. del – bilag 37), afsnit II.1-2.

Endvidere konkluderede Justitsministeriet i et fortroligt notat af 3. november 1987, afgivet til Statsministeriet, Udenrigsministeriet og Arbejdsministeriet, "[...] at det er overvejende sandsynligt, at den påtænkte ordning indebærer et element af ulovlig statsstøtte." Regering og embedsmænd arbejdede på forskellig måde videre med spørgsmålet inden fremlæggelse af de relevante lovforslag.

(b) rådgivningen af Folketinget. Den 9. december 1987 fremlagde arbejdsministeren lovforslag om afskaffelse/omlægning af forskellige arbejdsgiverafgifter, og indførelse af et arbejdsmarkedsbidrag (Ambi'en). Efter 1. behandling henvistes forslaget om arbejdsmarkedsbidrag til skatteudvalget, der bl.a. modtog dette udvalgssvar fra skatteministeren i anledning af 2 udvalgsspørgsmål:

"Spørgsmål 14: Der udbedes en indgående redegørelse for problematikken om, hvorvidt ordningen juridisk og/eller moralsk er overensstemmende med Danmarks placering i EF, og hvilke synspunkter der taler for og imod, at Danmark ved ordningens etablering ikke lever op til de krav, som de andre EF-lande kan stille til os."

"Spørgsmål 16: Agter regeringen, hvis forslaget vedtages, at forelægge det for EF-Kommissionen til udtalelse, evt. således at dets ikrafttræden udskydes, til det måtte have modtaget EF's »blå stempel«.?"

"Svar:

Regeringen har forud for fremsættelsen af lovforslagene om omlægning af arbejdsmarkedsbidragene nøje overvejet, om omlægningen skulle være i strid med EØF-traktatens bestemmelser. Resultatet af disse overvejelser har været, at regeringen ikke har betænkeligheder ved de fremsatte lovforslag.

EF-Kommissionen er fra dansk side blevet underrettet om det fremsatte lovforslag. Man har endvidere fra dansk side erklæret sig parat til drøftelser med Kommissionen, hvis dette måtte ønskes."

(c) Efterfølgende bedømmelser m.v. Ved EF-domstolens dom af 31. marts 1992 konkluderede EF-domstolen bl.a. at Ambi-bidraget var i strid med 6. Momsdirektiv, og at denne modstrid måtte antages at have foreligget allerede ved tidspunktet for indførelsen af Ambi'en.

Herefter vedtog et folketingsflertal en motiveret dagsorden, hvorefter Udvalget for Forretningsordenen skulle gennemføre en undersøgelse, herunder af om Folketinget havde modtaget forkerte eller mangelfulde oplysninger.

I beretningen afgav udvalget indstilling til Folketinget. Udvalgets medlemmer delte sig i hovedsagen efter de daværende politiske skillelinier. Der blev udarbejdet 3 forskellige beretningsbidrag med delvis afvigende konklusioner. De to partier (V og K), der som daværende regeringspartier havde det mest umiddelbare ansvar for den kritiserede besvarelse af spørgsmålene, nøjedes med at tilslutte sig det ene af beretningsbidragene (det, der udtalte den mildeste kritik).

Uanset at der var betydelige forskelle mellem bedømmelserne, var alle bidrag dog enige om at udtrykke kritik af det citerede udvalgssvar, særligt i relation til spørgsmål 14. Den mildeste kritik (Kristeligt Folkepartis bidrag, hvortil altså V og K sluttede sig) lød, "[...] at svaret på Skatte- og Afgiftsudvalgets spørgsmål 14 og 16 til forslag til lov om arbejdsmarkedsbidrag set i forhold til sagens kompleksitet er meget kortfattet[...]." Sic.

Ambi-sagen kan altså illustrere, at retlig rådgivning til Folketinget skal ydes med gengivelse af alle væsentlige overvejelser og argumenter. En ren konklusion er ikke nok.

For det tredje må det antages, at en lidt mere speciel variant af det selvfølgelige krav om at ministeren skal tale sandt overfor Folketinget angår den situation, hvor ministeren mundtligt til Folketinget eller et udvalg henviser til/gengiver sine embedsmænds vurdering. Denne variant kan beskrives som en regel om at ministeren skal gengive den rådgivning, som han har modtaget fra sine embedsmænd med rimelig loyalitet. Sidste led af denne formulering dækker over at ministeren som politiker naturligvis har et vist spillerum for at udlægge eller anvende den rådgivning, han modtager fra sine embedsmænd.

Et eksempel kan måske illustrere denne side af sandhedskravet – selv om der ikke i denne sag foreligger nogen dokumentation for at ministeren rent faktisk skulle have udtalt sig i modstrid med den rådgivning, han modtog fra sine embedsmænd.

Ved 2. behandlingen d. 18. maj 1999 af lovforslag L 70/1998-99, om ændring af lov om registreret partnerskab, og lov om personnavne, var der bl.a. stillet ændringsforslag om adgang til stedbørnsadoption for homoseksuelle; et emne, der ikke havde været taget med i lovforslaget som fremsat, eller i det lovforberedende materiale (derimod havde flere ordførere drøftet det under 1. behandlingen). I et notat herom havde Folketingets Lovsekretariat fundet, at ændringsforslagets vedtagelse ville være i strid med den (snævrere) forståelse af grl § 41 stk. 2 (identitetsprincippet), som Folketinget havde praktiseret siden 1994.³¹ I overensstemmelse hermed havde Folketingets formand oprindeligt frarådet forslagsstilleren at opretholde forslaget, men da et flertal i Udvalget for Forretningsordenen fandt ændringsforslaget acceptabelt, ændrede formanden sin indstilling i overensstemmelse hermed, jf. ndf. under 7.III.

Under 2. behandlingen anførte justitsminister Frank Jensen bl.a.:

³¹ Jf. således "Notat (af 12. april 1999) om et ændringsforslag om "stedbarnsadoption", der overvejes stillet til lovforslagene L 70 (registreret partnerskab m. m.) eller L 40 (international adoption)", REU 1998-99 (L 70 – bilag 32) [§ 47]. Se nærmere om Lovsekretariatets rådgivning om identitetsspørgsmål ndf. i kap. 6.

” Jeg skal tilkendegive regeringens holdning til de ændringsforslag, som indgår i debatten her ved andenbehandlingen. [...] Allerede ved første behandling havde vi det her tema oppe foranlediget af [MF] fru Yvonne Herløv Andersen, og jeg tilkendegav allerede ved førstebehandlingen, at jeg personlig var positivt stemt over for et ændringsforslag af den karakter. [...] Når nu det er et holdningsmæssigt spørgsmål for [MF] hr. Jann Sjursen, forstår jeg ikke, at hr. Jann Sjursen her under andenbehandlingen gør formalia til hovedtemaet, for det her drejer sig jo om den retsstilling, som nogle af os gerne vil give børn, der vokser op i et homoseksuelt parforhold, den retsbeskyttelse, som ligger i, at partneren kan adoptere et stedbarn. [...] Hr. Jann Sjursen var også inde på at ville afvise ændringsforslaget med henvisning til identitet, og det tilkommer selvfølgelig ikke mig som justitsminister at afgøre identitetsspørgsmål. Jeg vil bare sige, at hvis ændringsforslaget her ville blive afvist med henvisning til identiteten, ville det være en ændring i den praksis, der har været gældende for Folketinget hidtil.”

I den forbindelse bemærkes, at de ”formalia”, som MF Jann Sjursen havde været inde på i sit indlæg, i vidt omfang var identitetsspørgsmålet efter grl § 41 stk. 2.

I et senere indlæg under behandlingen udtalte justitsministeren:

»Jeg har været inde på identitet, og det vil jeg ikke knytte flere bemærkninger til. [...] Jeg synes, man ved identitet skal holde sig til det, det drejer sig om, nemlig en klinisk, juridisk vurdering af identiteten. Og i forhold til den vurdering, som normalt foretages af Folketinget, er der identitet.

Da det er et lovforslag, der drejer sig om registreret partnerskab, og da det her indgik under førstebehandlingen i Folketinget og er indgået under udvalgsbehandlingen, er der ikke efter mine vurderinger og efter traditionel juridisk vurdering i Justitsministeriet noget, der ikke lever op til sædvanlig praksis for identitet.«

I denne sag fremgik det således, at ministeren – personligt, såvel som på vegne af regeringen – ønskede at støtte ændringsforslaget pga. dets politiske indhold (i en sådan grad at han kom for skade at betegne modstandernes indvendinger om et grundlovsspørgsmål som ”formalia”). Videre må man vel også sige at ministerens rådgivning om ændringsforslagets forhold til Folketingets daværende praksis vedr. identitetsspørgsmål (”...i forhold til den vurdering, som normalt foretages af Folketinget...”) kunne have været mere fyldestgørende; det havde været mere korrekt at nævne, at Folketingets praksis i hvert fald kunne vurderes forskelligt, jf. Lovsekretariatets notat.

Dette kompromitterer uundgåeligt ministerens gengivelse af de justitsministerielle embedsmænds rådgivning (som i øvrigt gengives sammenblandet med ministerens egne vurderinger: ”...Efter mine vurderinger og efter traditionel juridisk vurdering i Justitsministeriet...”).

Det må igen understreges, at der ikke er dokumentation for, at justitsministeren i denne sag skulle have gengivet sine egne embedsmænds vurdering af identitetsspørgsmålet illoyalt.³²

5.II.4.2. Særlige regler om oplysningspligten vedr. retlige spørgsmål.

Der findes forskellige særregler om oplysningspligten, som er af en vis relevans for den retlige rådgivning af Folketinget.

Nedenfor i 5.II.4.3-4. er det omtalt, at ministrene i praksis, og på deres politiske ansvar, er tilbageholdende med at meddele Folketinget oplysninger der kan siges at angå intern beslutningsproces i bred forstand. Denne praksis kan for så vidt anses som en (indskrænkende) særregel om oplysningspligten. I den forbindelse bemærkes, at de retlige grænser for ministrenes oplysningspligt i vidt omfang sættes af praksis, jf. ovf. i afsnit 5.II.3.1 (indl.)

Omvendt er der positive særregler, hvorefter visse oplysninger skal meddeles. Efter L 54 af 5. Marts 1954 om Det Udenrigspolitiske Nævn har Nævnet bl.a. til opgave at modtage oplysninger fra regeringen om udenrigspolitiske forhold, jf. lovens § 2, sidste led. Denne opgave – der afspejler en oplysningspligt for regeringen – må ses i forbindelse med Nævnets øvrige opgaver og rettigheder i forhold til regeringen, herunder særligt adgangen til at rådføre sig med regeringen forud for dennes beslutninger af større udenrigspolitisk rækkevidde. Det giver vel ikke nogen præcis afgrænsning af regeringens oplysningspligt overfor Nævnet, men dog en vis afgrænsning.

Ministres pligt til at vejlede folkettinget om statsretlige spørgsmål er derudover mere præcist reguleret for en praktisk vigtig rådgivningsform: bemærkninger til lovforslag. Reglerne herom har karakter af mellemministerielle cirkulærer og vejledninger, og kan som sådan principielt ikke påberåbes af eksterne parter: men cirkulærerne er dog fastsat i en vis overordnet forståelse med Folketinget, og udtrykker i et vist omfang Tingets ønsker.³³

³² Det kan være en eftertanke værd, at medarbejdere i Justitsministeriets Lovafdeling få år senere (Bor-mann m. fl. (2001), p. 130) omtalte ændringsforslaget som ”ret vidtgående” i forhold til den hidtidige praksis. Dette efterfølgende udsagn siger jo intet om den rådgivning, som justitsministeren i 1999 rent faktisk fik (eller ikke fik) af sine embedsmænd. Men forfatterens udsagn afsvækker ikke et vist indtryk af at ministerens udtalelser savnede nogle nuancer.

³³ Mange af de her nævnte bestemmelser m.v. er resultatet af det arbejde med lovgivningens kvalitet, som Folketing og regering i samstemmighed udførte i folketingsåret 1998-99. Se herom Betænkning og indstilling over ændring af Ffo (vedr. forbedret lov kvalitet samt revision af spørgetimen), afgivet af

Efter Statsministeriets cirkulære nr. 159 af 16/09/1998 om bemærkninger til lovforslag mv. er der visse spørgsmål af forfatningsretlig relevans som udtrykkeligt skal omtales i bemærkningerne, og evt. begrundes nærmere.

- Efter cirkulærets § 10 skal der i bemærkningerne nøje redegøres for de hensyn, der ligger til grund for evt. bestemmelser, hvorefter andre organer end ministerier, styrelser og kommuner tildeles kompetence til at træffe endelige administrative afgørelser.
- Efter § 11 bør der i bemærkningerne til lovforslag, som indeholder bestemmelser, der gør det muligt for offentlige myndigheder at skaffe sig adgang til privat ejendom, gives en begrundelse for nødvendigheden heraf, og en afgrænsning af anvendelsesområdet.
- Efter cirkulærets § 12 kræver gebyrer som indebærer en overfinansiering i forhold til omkostningerne ved den relevante modydelse, hjemmel i overensstemmelse med § 43.

Justitsministeriets vejledning om Lovkvalitet (senest 2005) giver ingen udtrykkelige forskrifter om lovbemærkningernes indhold, men peger på en række forfatningsretlige spørgsmål som lovgiver og lovforberedende myndigheder bør være opmærksom på. At det i en principielt uforbindende vejledning anbefales at vise særlig opmærksomhed overfor sådanne principper m.v., medfører selvfølgelig ikke nødvendigvis at de spørgsmål om princippernes anvendelse i situationen, som faktisk måtte forekomme, også tages op i det lovforberedende materiale som tilgår Folketinget. Men det vil være det naturlige.

Af vejledningen fremgår det bl.a., at hvor et lovforslag giver anledning til mere omfattende overvejelser i forhold til bl.a. grundloven, EU-retten, EMRK eller almindelige retsprincipper, bør der i hovedtræk redegøres for sådanne overvejelser (pkt. 2.3.4.). Med hensyn til grundloven er det især bestemmelser som §§ 43 og 73, der danner retlige grænser for lovgiver.

Derudover angiver vejledningen, at lovgiver ”bør vise særlig opmærksomhed overfor” bl.a. visse af grundlovens principper, dvs. sådanne grundlovsbestemmelser som – udover deres umiddelbare retlige betydning – også kan opfattes som udtryk for bredere retspolitiske grundsætninger (jf. vejl. pkt. 4.3., især pkt. 4.3.2).³⁴

UFO d. 7. Maj 1999, særligt pkt. 2 om regeringens lovforberedelse, samt bilag 2 om regeringens initiativer på området.

³⁴ Trods formuleringen om hvad ”lovgiver” bør, så angår vejledningen umiddelbart kun det lovforberedende arbejde i regering og forvaltning, jf. vejledningens indledningsafsnit.

Konkret nævnes bl.a. regulering med tilknytning til grl's frihedsrettigheder (herunder bestemmelser som tillægger offentlige myndigheder adgang til privat ejendom), samt regulering, der kan anses for problematisk set i lyset af den almindelige magtfordeling mellem lovgivende, udøvende og dømmende magt; det være sig som singular lovgivning, som vidtgående normering af domstolenes strafudmåling, eller ved endelighedsbestemmelser, der tilsigter en hel eller delvis afskæring af adgangen til domstolsprøvelse af forvaltningsafgørelser.

Denne eksemplifikation må anses for ikke-udtømmende.

5.II.5. Generelle fortolkningsprincipper vedr. ministrenes rådgivning?

Ovf. i 4.IV. er det omtalt at juridiske rådgivere kan vælge at anlægge flere forskellige fortolkningsprincipper – eller, med et andet ord, rådgivningsprincipper – når der skal rådgives om politiske sagers juridiske aspekter.

Her skal det blot konstateres, at der ikke findes generelle regler eller lign. om hvilken ”linie” ministrene generelt skal anvende ved rådgivning af Folketinget om forfatningsretlige spørgsmål. Ministrenes rådgivning af Folketinget er således ikke udefra underlagt særlige begrænsninger. Taget i betragtning at ministrenes rådgivning kommer fra op imod 20 forskellige ministerier, må det formodes at praksis er noget heterogen mht hvilke rådgivningsprincipper der anlægges.

Derimod findes der visse tilkendegivelser om de rådgivningsprincipper, som Justitsministeriet anlægges. Det er i praksis langt mere interessant som følge af Justitsministeriets stilling i det samlede rådgivningsbillede. Der henvises til diskussionen i afsnit 5.III.4.

5.II.6. Rådgivningens former og Folketingets acces til rådgivningen.

5.II.6.1. Oversigt.

Det tredje hovedspørgsmål er: hvilken acces har Folketinget (herunder dettes udvalg samt individuelle medlemmer og partigrupper) til rådgivning fra ministrene og ministerierne?

Der tales her alene om den ”formelle” del af rådgivningen – dvs. rådgivning, der har form af f. eks. besvarelser på § 20-spørgsmål, udvalgssvar, eller dokumenter oversendt til Folketingets udvalg, etc. Om den i praksis betydningsfulde uformelle rådgivning, se ndf. Den formelle rådgivning er grundlæggende karakteriseret ved at rådgivningen er tilgængelig for alle medlemmer af Folketinget, dog evt. således at individuelle spørgere modtager svaret før det øvrige Folketing. Isolerede undtagelser gælder dog for f. eks. den

rådgivning, som Udvalget vedrørende Efterretningstjenesterne modtager fra de statslige efterretningstjenester: her er rådgivningen rettet eksklusivt til udvalgets medlemmer.

Generelt er ministrenes kommunikation med Folketinget – herunder det udsnit af kommunikationen, der kan kaldes retlig rådgivning – meget tæt. Informationsniveauet er højt, også uden at Folketinget behøver stille spørgsmål.

At beskrive Folketingets acces til rådgivning ud fra de retlige grænser – dvs. ud fra grænserne for, hvad Folketinget kan kræve, alternativt for hvad regeringen kan undlade at meddele – er derfor på en måde misvisende. Det er statistisk set en undtagelse, at der opstår uenighed mellem Folketing (opposition) og ministre om den rådgivning m.v., som ministrene yder Folketinget. Men med den konkurrence om magten, som til enhver tid består mellem regering og opposition, har sådanne undtagelsesproblemer en politisk betydning, som overstiger deres statistiske hyppighed. Det er et aspekt af overordentlig mange politiske sager, om ministrene har meddelt Folketinget fyldestgørende oplysninger, jf. også ovf.

En beskrivelse af Folketingets adgang til rådgivning fra ministre og ministerier kan derefter deles op i tre delspørgsmål:

- er ministrene forpligtet til at svare på spørgsmål?
- kan formelle regler om spørgeformer m.v. i sig selv være en begrænsning af adgangen til rådgivning?
- I hvilket omfang har Folketinget adgang til rådgivning direkte fra ministeriernes embedsmænd?

5.II.6.2. Accesbegrænsninger som følge af ministres ret til at nægte at besvare spørgsmål fra Folketinget?

Ministre er ikke retligt forpligtede til at besvare spørgsmål fra Folketinget; dvs. ministrene er berettiget til ikke at svare. En egentlig svarpligt gælder dog for forespørgsler. Det er imidlertid en grundfæstet parlamentarisk praksis, at ministeren besvarer spørgsmål som angår forhold indenfor deres ressorts, uden hensyn til om der foreligger en forpligtelse. Hvis besvarelse nægtes, sker det i praksis med henvisning til konkrete grunde, ikke alene med henvisning til at ministeren formelt kan vælge ikke at svare.

At ministrene ikke er retligt forpligtede til at svare indebærer således ikke nogen reel begrænsning af Folketingets adgang til rådgivning m.v. fra ministrene.

5.II.4.3. *Accesbegrænsninger som følge af reglerne om rådgivningens former.*

Folketinget – og dets udvalg, medlemmer etc – modtager oplysning og rådgivning fra ministrene i mange former.

En del af informationsstrømmen kommer i helt uformelle rammer, f. eks. som orientering til en mindre kreds i forbindelse med forligsforhandlinger. Den udvalgte modtagerkreds behøver ikke være repræsentativ i forhold til Folketingets sammensætning. Videregivelse af oplysning i disse former er ikke nødvendigvis relevant i forhold til ministerens oplysningspligt overfor Folketinget.

I andre tilfælde oversender en minister på eget initiativ dokumenter til Folketingets udvalg, eller evt. til Folketinget som helhed.

Derudover har Folketinget adgang til at tage initiativ til rådgivningen. Det sker ved at stille spørgsmål i nærmere bestemte former til ministrene: forespørgsler efter Ffo § 21, jf. grl § 53; medlemsspørgsmål efter Ffo § 20 (§ 20-spørgsmål); udvalgsspørgsmål efter Ffo § 8 stk. 6. For disse oplysnings- og rådgivningsformer er der i Folketingets forretningsorden m.v. givet forskrifter af mere eller mindre bindende art om bl.a. besvarelsens omfang, tidsfrister m.v..

Selv om sådanne ordensregler ikke begrænser ministerens oplysningspligt efter de regler, som er skitseret ovf. i 5.II.3., kan de alligevel have en vis praktisk betydning. Pligten til at yde fyldestgørende oplysning kan i reglen opfyldes på flere niveauer; og ordensregler af den omtalte type er med til at fastlægge et ”forventningsniveau” til rådgivningen hos både Folketing og minister. En kort omtale af nogle af disse ordensregler har derfor også betydning for forståelsen af, hvilken acces Folketinget har til rådgivning fra ministrene.

Meget skematisk kan de formelle rammer stilles således op:

Tidsfrister. For alle spørgeformerne (inkl. forespørgsler) gælder det, at der er visse tidsfrister indenfor hvilke ministeren forventes at svare. At besvarelser skal fremkomme inden visse – ikke alt for liberale – tidsfrister sætter i teorien visse grænser for hvor omfattende information, der kan forventes. I praksis har det dog ikke megen betydning. Dels er der vide muligheder for at udsætte besvarelserne; dels har ministerierne en kapacitet, der – hvis det kræves – sætter dem i stand til at udforme selv omfattende redegørelser på meget kort tid.

Besvarelsers omfang. For nogle spørgeformer findes der i Folketingets forretningsorden visse anvisninger om besvarelsens omfang. ved besvarelser af forespørgsler har ministeren efter Folketingets taletidsregler 15 minutter til rådighed til besvarelsen, og herefter hhv. 10 minutter til sit første efterfølgende indlæg, og 5 minutter til de næste. Tilsva-

rende er der visse tidsgrænser for de mundtlige redegørelser (ministerredegørelser), som ministeren afgiver på egen hånd, jf. Ffo § 19, stk. 4-5, og tilsvarende sidetalsgrænser for redegørelser aflagt i skriftlig form.

For § 20-spørgsmål, der besvares mundtligt, er ministerens svartid (1. indlæg) begrænset til 2 minutter. Spørgsmål til skriftlig besvarelse – som er langt de fleste – bør tilsvarende være affattet sådan, at besvarelsen kan holdes indenfor et rimeligt omfang, i praksis 1 til 2 A4-sider.³⁵ For udvalgsspørgsmål gælder som udgangspunkt ingen begrænsninger på omfanget.

Der er således mulighed for at stille spørgsmål indenfor rammer, hvor der ikke formelt er opstillet (vejledende) grænser for hvor omfattende besvarelser Folketinget kan vente sig.

Emnebegrænsninger. Forespørgsler kan kun stilles til et offentligt anliggende, jf. grl § 53. Dette princip anvendes tilsvarende på § 20-spørgsmål, og er her formuleret som en regel om at der kun kan spørges til forhold som en minister er ansvarlig for som minister (ikke til f. eks. private eller partimæssige forhold).³⁶ Det må vistnok forstås som gældende også for udvalgsspørgsmål.

Mere specielt kan nævnes, at der som udgangspunkt ikke kan stilles § 20-spørgsmål til lov- eller beslutningsforslag, som behandles i et udvalg. En anden særregel, der bør nævnes i den forbindelse er, at for så vidt angår information og rådgivning, som fremsættes i bemærkninger til regeringens lov- og beslutningsforslag, lægges det i praksis til grund, at Folketinget først kan stille spørgsmål hertil, når forslaget er fremsat. Der kan således ikke stilles spørgsmål til lovudkast, som inden fremsættelsen er oversendt til Folketinget, hvilket (typisk) sker samtidigt med at lovudkastet sendes i høring.³⁷

Ud fra en samlet betragtning kan emnebegrænsningerne ikke siges at udgøre egentlige accesbegrænsninger i den her behandlede forstand, eftersom der kan stilles spørgsmål om så godt som alle emner i en eller anden form.

³⁵ Jf. om sideantallet Håndbog i Folketingsarbejdet. Efter betænkning og indstilling om ændring af forretningsordenen for Folketinget, afgivet af UFO d. 16. maj 2007 (vedr beslutningsforslag B 167), pkt. 3, indebærer dette også, at bilag kun undtagelsesvis kan vedlægges besvarelserne.

³⁶ Jf. om disse anvisninger den netop nævnte betænkning og indstilling, afgivet af UFO d. 16. maj 2007, pkt. 3.

³⁷ Udvalgene har siden 1998 modtaget lovudkast inden den formelle fremsættelse. Lovudkastene fremsendes til de relevante udvalg samtidigt med at de sendes i høring, og registreres under udvalgets almindelige del. Det er politisk aftalt, at udvalgene ikke kan stille spørgsmål til de modtagne lovudkast. Jf. herom Beretning om opfølgning på konferencen om samspillet mellem Folketing og regering, afgivet af UFO d. 9. maj 2007 (Beretning 4/2006-07), pkt. 1.2 m. henvisninger.

Undtagelsen er begrænsningen mht. de private eller partimæssige emner. I den undersøgte periode er det vistnok kun en gang forekommet at en forespørgsel er blevet afvist med henvisning til reglen om at forespørgsler (m.v.) skal angå et offentligt emne, jf. Lovsekretariatets notat af 24. januar 2000, UFO 1999-2000 (alm. del – bilag 25) [*Folketingets medlemmer og arbejdsmåder*]. Jeg har ikke systematisk undersøgt om § 20-spørgsmål eller udvalgsspørgsmål er blevet afvist med henvisning hertil.

Det er værd at bemærke, at ministres (delvis) personlige forhold – bierhverv, aktiebesiddelser, gaver fra private – har vakt større opmærksomhed i de senere år, end det før var tilfældet, og det samme har f. eks. særlige rådgiveres bistand til ministres partianliggender. Begrænsningen mht. private og partimæssige emner kan altså tænkes at blive mere følelig for Folketinget (især oppositionen), end den hidtil har været.

De omtalte regler håndhæves som udgangspunkt af de relevante Folketingsorganer. Fremme af en forespørgsel kræver tilslutning fra et flertal i Folketinget. Folketingets formand kan afvise § 20-spørgsmål, der strider mod de formelle rammer. Udvalgsflertal kan i visse tilfælde afvise at stille de spørgsmål, der ønskes, som udvalgsspørgsmål. Disse kontrolmuligheder er imidlertid i det store og hele blevet anvendt med tilbageholdenhed. De afvisninger, der forekommer, har dog naturligt nok været kontroversielle.

Samlet set kan de formelle rammer således næppe betragtes som egentlige begrænsninger for Folketingets acces til rådgivning. Men de angiver en forventningsramme.

5.II.6.4 Har Folketinget adgang til at søge rådgivning direkte fra ministeriernes embedsmænd?

5.II.6.4.1. Ny rådgivning.

Folketinget kan ikke stille spørgsmål til skriftlig besvarelse direkte til embedsmændene. Der har derimod udviklet sig en vis begrænset praksis for at embedsmænd besvarer mundtlige spørgsmål, når de bistår ministeren ved udvalgssamråd, men besvarelserne her afgives på ministerens ansvar og under dennes vagtsomme øje. I praksis er der vistnok overvejende tale om, at embedsmænd i nogle samråd besvarer spørgsmål af teknisk karakter.³⁸ Tilsvarende er der praksis for at embedsmænd uden ministerledsagelse kan give

³⁸ Ved regeringsbeslutning i januar 2002 besluttede regeringen Anders Fogh Rasmussen at stramme (yderligere) op på dette område. Jf. bet. 1443/2004 (embedsmænds rådgivning og bistand) p. 167-169; Lovsekretariatet i Notat (af 1. april 2004) om ministres adgang til at medbringe ekstern bistand under samråd [*Folketingets medlemmer og arbejdsmåder*]; samt bet. 1354/1998 (forholdet mellem minister og embedsmænd) p. 140-146.

folketingsudvalg en teknisk gennemgang af fremlagte lovforslag; det ændrer ikke ved, at denne gennemgang meddeles på ministerens ansvar. Derimod kan Folketingsudvalg i almindelighed kun gennem ministeren anmode en embedsmand om at redegøre for et emne og fremlægge synspunkter ved en udvalgshøring efter Ffo § 8 stk. 9, pkt. c).³⁹ Der ses ikke praksis for at embedsmænd i almindelige departementale funktioner optræder ved mundtlige høringer.⁴⁰

Det sker i et vist omfang at (særligt) regeringspartiernes ordførere i en bestemt sag henvender sig mundtligt – direkte eller telefonisk – til embedsmændene og beder om nærmere bistand, herunder evt. statsretlig rådgivning. Denne rådgivning kan dog ikke ses som rådgivning fra embedsmændene til nogle folketingsmedlemmer uden om ministeren, men må betragtes som ydet med ministerens godkendelse, i sidste ende som et led i embedsmændenes bistand til ministerens politiske aktiviteter.⁴¹

Omvendt sker det kun i ganske atypiske tilfælde, at embedsmænd på eget initiativ rådgiver Folketinget udenom ministeren. For embedsmænd er der – udover det ganske følelige hensyn til karrieren etc. – også det hensyn at tage, at rådgivning uden ministerens godkendelse i nogle tilfælde vil kunne indebære et brud på almindelige eller specielle bestemmelser om tavshedspligt, herunder fvl § 27, jf. især bestemmelsens stk. 1, nr. 4.⁴² Også selv om dokumenter og oplysninger ikke udtrykkeligt er fortrolige, anses hensynet til den offentlige myndigheds interne beslutningsproces og funktionsevne at pålægge centralt placerede medarbejdere en vis pligt til at være tilbageholdende med at udtale sig, især om beslutninger, der endnu ikke er truffet.⁴³

De ganske få offentligt kendte sager om embedsmænds rådgivning af Folketinget uden ministerens godkendelse er især henvendelser, som udtrykker en meget skarp protest, og som bærer tydeligt præg af at være vedkommende embedsmænds sidste eller

³⁹ Jf. det i foregående note nævnte notat fra Lovsekretariatet, særligt notatets pkt. 4 m. note 1.

⁴⁰ Det er dog sket, at embedsmænd med en særlig uafhængighed i enkelte tilfælde – og med ministerens godkendelse – har redegjort for et emne og fremlagt egne synspunkter ved en udvalgshøring. Således deltog Rigsadvokaten som oplægsholder ved Retsudvalgets høring d. 23. september 2003 (om en evt. udskillelse af anklagemyndigheden fra Justitsministeriet), jf. referat i REU 2003-04 (alm. del – bilag 8) [§ 3].

⁴¹ Jf. bet. 1354/1998 (forholdet mellem minister og embedsmænd) p. 138-139

⁴² Jf. redegørelsen herfor i Betænkning 1472/2006 om offentligt ansattes yringsfrihed og meddeleret, kap. 3.1.3.1.

⁴³ Der henvises her til det udkast til en vejledning om offentligt ansattes yringsfrihed, som er foreslået i betænkning 1472/2006 om offentligt ansattes yringsfrihed og meddeleret, afsnit 2.5, og som afspejler sammenfatningen af gældende ret i betænkningen, særligt dens kap. 3.1.3.9.

næstsidste udvej for at frembære synspunkter, som han eller hun finder det uomgængeligt nødvendigt at få frembåret. Det er vel i virkeligheden mere almindeligt at ”rådgivning” af denne specielle art finder sted gennem medierne, end at den går direkte til Folketinget.

I en anonym skr. til Folketingets Skatteudvalg (”Bemærkning til L 175 fremsat af skatteministeren”, SAU 2002-03 (L 175 – bilag 22)) [§ 3], angiveligt fra en ”mangeårig juridisk medarbejder i Skatteministeriets departement”, anførte brevskriveren at de indsigelser mod lovforslaget, som Landsskatteretten var fremkommet med under en intern høring, ikke afspejlede sig i det materiale, som Skatteudvalget havde modtaget, samt at forslaget rejste væsentlige principielle problemer mht. Landsskatterettens saglige uafhængighed af ministeren.⁴⁴

Udenfor det egtl. statsretlige område kan også henvises til pressemeddelelse af 4. september 2007 (optrykt i Folketingets arkiv som KOU 2006-07 (alm. del – bilag 131)), udsendt af en statsforvaltningsdirektør. Heri gjorde han offentligheden opmærksom på at indenrigsministeren havde ændret to afgørelser truffet af den pgl. statsforvaltning om forskellige kommunalretlige spørgsmål – og at det efter direktørens opfattelse var sket under omstændigheder, der pegede på, at ministeren evt. havde taget usaglige hensyn. Direktøren gjorde også opmærksom på, at han havde besluttet at ophøre i sit embede som følge af sagerne.

5.II.6..4.2. Folketingets adgang til indsigt i allerede foreliggende notater m.v.

Folketinget kan altså ikke gå til embedsmændene og spørge om, hvad de ”virkelig” mener om en sag. I en del tilfælde må det dog formodes, at embedsmændenes ”virkelige” holdning – hvormed altså menes: deres vurdering af en sag, uafhængigt af hvad ministeren måtte mene om den – er belyst i den rådgivning, som ministeren har modtaget inden evt. oversendelse af et svar eller et notat til Folketinget. Det er derfor også relevant at se på Folketingets adgang til indsigt i det materiale, som allerede foreligger i et ministerium. Indsigt i dette materiale kan i princippet opnås både ad formel vej, ved spørgsmål til ministeren, og ad uformel vej, ved direkte kontakt med embedsmændene.

Folketinget har som minimum samme ret til indsigt i ministeriernes dokumenter og oplysninger, som enhver anden borger har i kraft af lovgivningen, i praksis først og fremmest offentlighedsloven. Ministrene kan derudover efter et frit skøn, dog med re-

⁴⁴ Hvis dette eksempel skal være relevant for undersøgelsen, kræver det selvfølgelig at man antager at brevskriveren virkelig er/var en juridisk embedsmand. Det lægges her til grund.

spekt af bestemmelser om tavshedspligt (jf. ndf), oversende dokumenter og oplysninger, som ikke er omfattet af retten til aktindsigt.

En række af offentlighedslovens bestemmelser regulerer i forskellige situationer adgangen til aktindsigt i dokumenter m.v. om embedsmænds rådgivning af (deres egne) ministre om retlige spørgsmål.

Blandt de relevante bestemmelser i OfI – udover § 4 om den almindelige ret til aktindsigt – er især en række undtagelsesbestemmelser, således

- OfI § 2 stk. 2, hvorefter sager om lovgivning, herunder bevillingslove, kun er omfattet af loven, såfremt lovforslag er fremsat for Folketinget;
- § 7, hvorefter retten til aktindsigt ikke omfatter dokumenter, der udarbejdes af en myndighed til eget brug

Om undtagelsesbestemmelserne i OfI § 10, nr. 2 samt nr. 5, se ndf. i 5.III.5, hhv. i 5.V.

Disse bestemmelser har et noget forskelligt sigte, og de forskellige ministeriers praksis overfor Folketinget og dets udvalg m.v. er næppe entydig. Men den overordnede tendens i ministrenes besvarelser er vistnok, at ministrene er tilbageholdende med at give Folketinget indsigt i interne beslutningsprocesser i bred forstand.⁴⁵ Det synes i hvert fald at gælde mht. ønsker om indsigt i hvad der må betegnes som interne arbejdsdokumenter.

Det undersøgte materiale indeholder ikke eksempler på at ministre har skullet tage stilling til Folketingets anmodninger om indsigt i den rådgivning, som ministrene har modtaget direkte fra embedsmændene i deres eget ressortministerium. Det kan selvfølgelig skyldes mangler i søgningen. Derimod stiller Folketinget med mellemrum spørgsmål om indsigt i den eksterne rådgivning af ministeren – f. eks. den lovkontrol, som et omstridt lovforslag har passeret i Justitsministeriets Lovafdeling, eller et notat fra Kammeradvokaten. Justitsministeriets og ressortministeriernes praksis mht. at meddele Folketinget indsigt i Lovafdelingens rådgivning af andre ministerier belyses ndf. i 5.III.5.2. Det bemærkes i den forbindelse, at en del af den interministerielle rådgivning kun foreligger dokumenteret i interne arbejdsdokumenter (telefonnotater). Om adgangen til indsigt i Kammeradvokatens rådgivning til ministrene, se enkelte bemærkninger ndf. i 5.V.3.3.

⁴⁵ Jf. således Vogter og Stausbøll (1990) p. 360-361, som omtaler ”oplysninger om regeringens beslutningsproces” som et område, hvor der udvises tilbageholdenhed med at meddele oplysninger til Folketinget.

Offentlighedslovens regler er ikke ganske enkle at anvende. Hertil kommer den løbende udvikling i retspraksis, ombudsmandspraksis etc., der til en vis grad går i retning af at udvide aktindsigten. Man kan derfor opleve den paradoksale effekt, at mens en minister affærdiger Folketingets ønsker om indsigt i sådant materiale, til dels ud fra mere overordnede hensyn til ministerens stilling overfor Folketinget, så kan ministeriet få dage efter blive stillet overfor en formel ansøgning om aktindsigt – f. eks. fra en journalist – og herved finde ud af, at der efter en stringent juridisk vurdering bør meddeles aktindsigt i materialet.⁴⁶

Der er ikke grund til i denne sammenhæng at underkaste spørgsmålet om ministrenes tavshedspligt overfor Folketinget nogen vidtgående behandling. En minister vil formentlig kun i undtagelsestilfælde være retligt afskåret fra at meddele Folketinget indsigt i de statsretlige vurderinger, som han eller hun har modtaget fra embedsmændene, selv om andre dele af de relevante dokumenter evt. kan være fortrolige.⁴⁷

Som eksempel på dette kan nævnes den adgang, som Folketinget fik til Rigsadvokatens redegørelse af 27. april 1998 til justitsministeren om mulighederne for at søge Hells Angels og Bandidos opløst v. dom. Først oversendte justitsministeren denne redegørelse til Retsudvalget i stærkt klausuleret form (et eks., som skulle sendes retur til ministeriet efter endt brug), med henvisning til at der var tale om oplysninger af personrelateret og efterforskningsmæssig karakter (REU 1997-98, 2. Samling (alm. del – bilag 300)). Dernæst ansøgte en juridisk professor om aktindsigt i redegørelsens statsretlige afsnit, hvilket han fik efter meroffentlighedsprincippet. Derpå blev det relevante afsnit af rapporten på ny oversendt til Retsudvalget i ikke-klausuleret form (REU 1997-98, 2. samling (alm. del – bilag 366))/ JM j.nr. 1998-7613-0043 [§ 78].

Selv om oplysningerne er af en karakter, der efter praksis ikke meddeles overfor Folketinget, eller de endog i et vist omfang er omfattet af tavshedspligt, vil ministeren kunne ifalde politisk kritik for at undlade at meddele oplysninger.

⁴⁶ Statsministeriet har i december 2002 indskærpet ministerierne, at betænkninger, udvalgsrapporter og andre publikationer fra ministerierne skal afleveres til Folketinget senest samtidigt med at de gøres tilgængelige for pressen; således iflg. omtale af denne indskærpelse i fødevarerministerens samrådstalepapir til FLF 2002-03 (alm. del – bilag 520).

⁴⁷ Se Vogter og Stausbøll (1990)

Se Spar Nord-beretningen,⁴⁸ hvor et flertal i Folketingets Særlige Undersøgelsesudvalg rejste kritik af tidl. skatteminister Ole Stavad for at have afgivet et ”bevidst ikkesvar” på et spørgsmål om den rådgivning, han modtog fra embedsmænd i Told og Skat, herunder om hvorvidt embedsmændene havde skiftet mening under påvirkning fra ministeren. Mindretallet bemærkede hertil, at spørgsmålet drejede sig om embedsmænds interne overvejelser i en sag, der var omfattet af tavshedspligt, og at det ikke er sædvane, at ministre oplyser overfor Folketinget, hvilke overvejelser m.v. embedsmændene har gjort sig i en beslutningsproces af denne karakter.

For så vidt angår embedsmænds overgivelse af dokumenter og oplysninger ad uformel vej er indtrykket, at embedsmænd vistnok kun i meget sjældne tilfælde benytter sig af muligheden for at videregive dokumenter udenom ministeren. Denne form for ”rådgivning” kan der under alle omstændigheder ikke siges noget om på basis af de her undersøgte data.⁴⁹

5.II.7. Særligt om lovforberedende udvalg m.v. som rådgivere.

Udvalg og arbejdsgrupper fungerer som bekendt kollegialt i møder, bistået af sekretærer. Medlemmerne er typisk dels embedsmænd, dels personer udpeget efter indstilling fra forskellige organisationer, hvortil kommer evt. særligt sagkyndige. Deres opgave er i reglen beskrevet i et kommissorium fra det ministerium, som udvalget sorterer under, i visse tilfælde et kommissorium udfærdiget af regeringen el. lign. De fleste udvalg nedsættes ad hoc, og ophører, når rapport eller betænkning er afgivet. Det mest almindelige i de sager, der undersøges her, er at udvalget har siddet i et års tid eller mere ved betænkningens afgivelse; der er næsten ingen tilfælde, hvor der går mindre end et halvt år fra udvalgets nedsættelse til afgivelse af rapport. Rapporten eller betænkningen afgives til ministeren, som derefter publicerer den og oversender den til bl.a. Folketinget.

Udvalg kan ikke generelt kaldes institutionelt uafhængige. Dels er mange kommissorier ganske detaljerede, dels kan mange medlemmer være ganske bundet af de ministerier og organisationer, der har udpeget eller indstillet dem. Men ministerier og organisationer

⁴⁸ Beretning B 4/ 1994-95: Det Særlige Undersøgelsesudvalgs beretning om ministres håndtering af sagen om Sparekassen Nordjyllands overtagelse af visse engagementer i Himmerlandsbanken, FT 1994-95 till. B p. 1092-1112. For de citerede standpunkter, se beretningens p. 1109 og 1112

⁴⁹ Jf. som eksempel UfR 2006.65 (Grevil), hvor sagen startede som en anonym læk af dokumenter til journalister

kan ikke entydigt lede diskussionerne i et udvalg, på samme måde som en minister kan lede sit ministerium. Ofte vil en af hensigterne med nedsættelse af brede udvalg da også være den at fremme en friere diskussion (internt i udvalget) om de foreliggende spørgsmål. Hvor et udvalg har en relativt stærk repræsentation af særligt sagkyndige eller lign. bliver udvalgets frihed endnu mere udtalt – og det er formentlig også meningen, jf. f. eks. sammensætningen af udvalget om revision af folketingsvalglovens regler om valgret under udlandsophold (3 juridiske professorer, 2 ministerielle embedsmænd, 1 repræsentant for kommunerne).⁵⁰

I og med at de fleste udvalg er individuelt nedsat, kan man ikke tale om overordnede ”rådgiverprincipper”. Man kunne måske forvente at udvalg – ud fra deres arbejdsmåde, tidshorizont, sammensætning, og relative frihed fra ministeriel detailstyring – ville arbejde mere ”problemorienteret” end embedsmænd, der skriver et udvalgssvar; og at udvalgsrådgivning derfor ud fra en gennemsnitsbetragtning ville blive relativt vidtgående (i den forstand, der er omtalt ovf. 4.III). Praksis tyder imidlertid ikke på at udvalg ud fra en gennemsnitsbetragtning vælger at komme med en mere vidtgående rådgivning end ministerierne i øvrigt. Det hænder dog at udvalgsmindretal fremkomme med særstandpunkter, der fremstår som mere begrænsende for de politiske beslutningstagere end flertallet, men det er sjældent.

I betænkning 1355/1998 om en lov om fuldbyrdelse af straf m.v. delte straffelovrådet sig i spørgsmålet om hvorvidt det var i overensstemmelse med grl § 77 at opretholde fængselsledelsens hidtidige adgang til at gennemlæse og forhåndscensurere indlæg blade mv. skrevet af de indsatte. Udvalgsflertallet fandt – i overensstemmelse med et ældre notat fra Lovafdelingen – at dette måtte være foreneligt med § 77; et mindretal (2 ud af 8 medlemmer) fandt grundlovsmedholdeligheden tvivlsom. Jf. herved lovforslag L 145/1999-2000 (f. t. l. om fuldbyrdelse af straf) som fremsat, alm bemærkninger pkt. 5.6.7.1-2 [§ 77]

Den – endnu mere sjældne – omvendte situation sås inden aflæggelsen af bet. 1432 (valgret under udlandsophold), hvor et udvalgsmindretal (et medlem) indtog et mere tilbageholdende standpunkt end flertallet. Medlemmet valgte den atypiske udvej at udtræde af udvalget inden betænkningsafgivelse som følge af uenigheden med flertallet.

⁵⁰ Jf. Betænkning 1432/2003 om valgret under udlandsophold; en betænkning, som i øvrigt blev afgivet meget hurtigt, nemlig ca. ½ år efter udvalgets nedsættelse.

Selv om en del betænkninger og rapporter indeholder kortere afsnit om grundloven el. lign., er det sjældent, at et lovforberedende udvalg finder det nødvendigt at foretage en grundigere udredning af et forfatningsretligt spørgsmål. I de tilfælde, hvor en lidt grundigere udredning er nødvendig, vælger udvalget ikke sjældent at bede om en udtalelse fra Lovafdelingen – som udvalget herefter i det store og hele henholder sig til. Det er især tilfældet for udvalg nedsat under Justitsministeriet. Lovafdelingens udtalelse optrykkes i disse tilfælde som bilag.

Hvor Justitsministeriet deltager i rene embedsmandsgrupper under andre ministerier, er der vistnok en tendens til, at Justitsministeriet alene bidrager med det juridiske (som ministeriet til gengæld til en vis grad monopoliserer).⁵¹

Selv om et lovforslag ikke bygger på en betænkning eller en tværministeriel rapport, kan der meget vel være behov for en grundigere afklaring af visse statsretlige tvivsspørgsmål inden fremsættelsen. I sådanne tilfælde vil Justitsministeriet typisk blive bedt om at udarbejde en redegørelse. Praksis for dette falder stort set i to tilfældegrupper: den ene er redegørelser om EU-traktaters forhold til grundloven, typisk afgivet ifm. forslag til ændring af Lov om Danmarks tiltrædelse af EU. Den anden gruppe angår visse lovforslag vedr. indgreb i ejendomsrettigheder.⁵²

5.II.8. Den ministerielle rådgivnings omfang og emner

Af de ca. 590 hovedregistreringer i den undersøgte periode vedrører ca. 470 (471) rådgivning afgivet af ministre – dvs. tæt ved 80 % (79,6 %). Dette tal omfatter dog også betænkninger og rapporter, som ikke nødvendigvis kan kaldes ministerens rådgivning af Folketinget.

Bedømt ud fra dette datamateriale er regeringen (dvs. de samlede ministerier) således den næsten altdominerende rådgiver overfor Folketinget i statsretlige spørgsmål.

Ministeriernes rådgivning af Folketinget er da også – med to undtagelser – jævnt fordelt på de emnekategorier, der er opstillet i kataloget til denne undersøgelse. For så

⁵¹ Således rapporten: Ejer, andelshaver eller lejer (maj 2003) afgivet af en embedsmandsgruppe ledet af Økonomi- og Erhvervsministeriet [§ 73]; her var de juridiske afsnit affattet af Justitsministeriet og Kammeradvokaten i forening. Se også rapporten: Fonde med offentlig interesse (1998), udarbejdet af en tværministeriel arbejdsgruppe under Finansministeriets forsæde, hvor Justitsministeriet ligeledes stod for de særskilt juridiske afsnit [§ 73].

⁵² Se således L 163/1999-2000 om Københavns Havn A/S, jf. Justitsministeriets notat om Københavns Havns retlige stilling, TRU 1999-2000 (alm. del – bilag 149)

vidt som der overhovedet er ydet rådgivning indenfor en given emnekategori (f. eks. vedrørende en grundlovsparagraf), kommer denne rådgivning i hovedsagen fra ministerierne. Undtagelsen er to emnekategorier, hvor ministerierne er svagt repræsenterede. Den ene er rådgivning vedr. grl § 41. Rådgivning rubriceret under dette §-nr angår stort set udelukkende ændringsforslags forenelighed med det foreliggende lovforslag (identitet), jf. ndf 6.III. Den anden emnekategori, hvor ministerierne kun er svagt repræsenteret, er den noget uklart afgrænsede kategori, der er betegnet som "Folketingets medlemmer og arbejdsmåder". I begge disse emnekategorier er Folketingets Lovsekretariat den dominerende rådgiver. En nærliggende forklaring kan være, at begge emnekategorier kan siges at vedrøre Folketingets "indre forhold". Det gælder også for spørgsmål om ændringsforslags identitet, som i praksis optræder som et rent processuelt problem ved Folketingets behandling af lovforslag: skal et foreliggende ændringsforslag henvises til at blive stillet som selvstændigt lovforslag?

Fordelingen af den ministerielle rådgivning på de enkelte ministerier viser – ikke overraskende –, at Justitsministeriet yder den væsentligste del af ministeriernes rådgivning til Folketinget. Justitsministeriets bidrag udgør over halvdelen af de samlede hovedregistreringer vedr. ministrenes rådgivning (ca. 260 (258) ud af ca. 470 (471)). Jf. herom nærmere ndf. i 5.III.6.

Af de øvrige ministerier er det især Statsministeriet, Udenrigsministeriet og Indenrigsministeriet som yder rådgivning til Folketinget. Rådgivningen herfra fordeler sig ikke jævnt, men er naturligt nok koncentreret om spørgsmål, som er de pågældende ministeriers ressorts; for Statsministeriet således rigsfællesskabet og forskellige spørgsmål vedr. kongehuset; for Udenrigsministeriet forskellige sager vedr. grl §§ 19 og 20; for Indenrigsministeriet bl.a. grl § 29 samt spørgsmål om valgloven. Andre ministerier spiller også en vis rolle på mere specielle felter; således Integrationsministeriet i spørgsmål om statsborgerskab og naturalisering, jf. grl § 44.

Ministeriernes rådgivning af Folketinget fremsættes i alle faser af det legislative forløb: under lovforberedelsen (dvs. i betænkninger m.v.), i bemærkninger til lovforslag, og selvfølgelig i Folketingsfasen. I alt ca. 110 registreringer vedrører rådgivning fremsat i betænkninger m.v., eller i bemærkninger til lovforslag (relevant rådgivning fremsat i bemærkningerne til beslutningsforslag er ikke fundet).

Heraf godt 40 (42) registreringer vedr. betænkninger m.v., (68) registreringer vedr. lovforslag. Det må dog huskes, at hovedregistreringerne omfatter et vist antal multipelregistreringer. Antallet af reelle sager er derfor lidt mindre, jf. ndf. 5.VII.1. Ved opgørelsen af antallet

af lovforslag med bemærkninger med statsretligt indhold er stort set kun medtaget lovforslag med bemærkninger, som indeholder et selvstændigt afsnit om dette spørgsmål, og hvor det altså alt andet lige må antages at have haft en vis betydning.

Af de i alt ca. 360 (361) registreringer vedr. ministres rådgivning i undersøgelsesperioden (1997-98 (2. Samling) – 2005-06), hvor rådgivningen er fremkommet på anden måde end i bemærkningerne til lovforslag, angår ca. 2/3, i alt ca. 245 (246) registreringer, udvalgssvar til Folketingets udvalg. Af disse er ca. 95 (97) registreret på udvalgenes almindelige del, mens resten (149) er registreret på udvalgenes forslagsdel.

Herudover er der to større grupper af rådgivningsdokumenter fra ministre. Den ene er besvarelser af § 20-spørgsmål, i alt ca. 70 (69). Den anden er ministres skrivelser til Folketingets udvalg, som ikke har karakter af udvalgssvar – primært materiale, som ministrene oversender på eget initiativ, i alt 45 registreringer. Ministerredegørelser samt ministres (i praksis kun justitsministerens) indlæg under forespørgselsdebatter m.v. udgør i alt kun 5 registreringer.⁵³

At de mundtlige rådgivningsformer indgår med så beskeden vægt i det samlede materiale synes nærliggende. Når en politiker i kød og blod står på Folketingets talerstol eller i et udvalgsmøde, får rådgivningen nemt en anden og mere politisk karakter, end hvis den samme minister havde skullet oversende et notat om spørgsmålet; uanset at politikerens i møde som udgangspunkt læser op af forberedte papirer. Omvendt: jo tydeligere den enkelte rådgivningsform tillader embedsmændenes medvirken at træde frem, jo bedre kan rådgivningen opfylde de ovf. opstillede krav om at fremstå sagkyndigt og politisk neutralt.⁵⁴

En anden, mere formel iagttagelse – at størstedelen af rådgivningsregistreringerne angår udvalgssvar, heraf især vedr. forslagsdelen – må formentlig ses i sammenhæng med at spørgsmål om de forfatningsretlige grænser for Folketingets virksomhed mest naturligt opstår i forbindelse med Folketingets lovgivningsvirksomhed.

⁵³ Tallene er ikke endeligt afstemte.

⁵⁴ Man kan selvfølgelig spørge, om ikke den iagttagne bias for rent skriftlig rådgivning blot afspejler de anlagte udvælgelseskriterier, især vedr. afskæring ovf. ”politisk” rådgivning. Men det lå ikke i udvælgelseskriterierne, at personlig fremlæggelse af rådgivningen i møde pr. definition skulle være mere politisk end anden rådgivning.

5.III. Særligt om Justitsministeriet som rådgiver af Folketinget

5.III.1. Ressortfordelingen i statsretlige sager.

Folketingsmedlemmer kan frit vælge, hvilken minister de søger rådgivning fra, herunder rådgivning i form af svar på § 20-spørgsmål, udvalgsspørgsmål eller forespørgsler.⁵⁵ Den faste praksis, hvorefter en minister besvarer Folketingets spørgsmål, gælder imidlertid som udgangspunkt kun spørgsmål indenfor ministerens eget ressort. Folketinget kan ikke generelt eller konkret ændre den ressortfordeling, der er fastlagt af statsministeren, jf. grl § 14. Selv om ressortfordelingen i princippet er et rent mellemministerielt anliggende, har den således betydning for Folketingets adgang til bistand fra ministerierne.

Statsretlige sager henhører imidlertid ikke som sådan under et eller flere bestemte ministerier. Statsretlige spørgsmål kan opstå under alle ministres ressorts som et aspekt af de sager, der behandles der.

Noget andet er at ressortansvaret for de love, som er af særlig statsretlig relevans, i praksis er fordelt på flere ministerier. Således er Statsministeriet ressortministerium for grundloven; for hjemmestyreløvene og andre love vedr. rigsfællesskabet, samt for tronfølge-loven, lov om civillisten og forskellige love om årpenge til medlemmer af det kgl. hus.⁵⁶ Spørgsmål om indgåelse og opfyldelse af traktater er Udenrigsministeriets ressort. Folketingsvalgloven sorterer under Indenrigsministeriet. Justitsministeriet har også visse statsretligt betydningsfulde love, herunder f. eks. ministeransvarlighedsloven samt lov om undersøgelseskommissioner og rigsretsloven.

Herefter er udgangspunktet, at kompetencen til at afklare statsretlige tvivlsspørgsmål – herunder f. eks. spørgsmål om lovforslags overensstemmelse med grundloven – som et ressortministeriums sager giver anledning til, ligger i ressortministeriet.

5.III.2. Justitsministeriets stilling som rådgiver overfor sideordnede myndigheder.

Formelle betragtninger om kompetencen giver kun et begrænset indtryk af den reelle arbejdsfordeling mellem ministerierne i statsretlige spørgsmål. Der er et betydeligt mellemministerielt samarbejde om disse sager, og her spiller Justitsministeriet som bekendt

⁵⁵ Håndbog i Folketingsarbejdet (2005) p. 99-100. Det nævnes her specielt, at udvalg kan stille spørgsmål til udvalgets fagminister, uanset at dette af fagministeren anses for u hensigtsmæssigt af ressortmæssige årsager. Baggrunden er at spørgeren kan have velovervejede politiske grunde til at fastholde fagministeren som den adspurgte.

⁵⁶ Ressortfordelingen mht gældende love fremgår bl.a. af de respektive ministeriers hjemmesider.

en central rolle. Det skal dog huskes, at mange statsretlige spørgsmål vedrører sager, der ligger indenfor Justitsministeriets eget ressort – dvs. sager uden noget mellemministerielt aspekt. Her skal i første omgang fokuseres på den mellemministerielle rådgivning.

Siden ca. 1960 har de øvrige ministerier efter praksis og efter mellemministerielle cirkulærer, udsendt af statsministeriet, skullet oversende udkast til lovforslag til lovteknisk gennemgang i Justitsministeriet (Lovafdelingen). Denne gennemgang har fra starten omfattet en kontrol af lovforslagets forhold til grundloven (og andre statsretlige regler), selv om grundloven altså ikke formelt lå under Justitsministeriets ressort.⁵⁷

I dag fremgår den almindelige regel om den lovtekniske kontrol af statsministeriets cir. 159 af 16. september 1998 (om bemærkninger til lovforslag og andre regeringsforslag, m.v.), § 24, hvorefter udkast til lovforslag så tidligt som muligt inden fremsættelsen bør forelægges for Justitsministeriet med henblik på lovteknisk gennemgang, med undtagelse af særligt hastende lovforslag, samt forslag til finanslove og tillægsbevillingslove.

Bestemmelsen suppleres af Lovafdelingens notat af 11. november 1998, som blev rundsendt til ministerierne med Statsministeriets cirkulæreskrivelse af 12. november 1998. Notatet præciserer, at den lovtekniske gennemgang bl.a. omfatter en kontrol af forholdet til grundloven, til almindelige retsprincipper m.v. Endvidere anmodes fagministerierne i dette notat om at mere vanskelige spørgsmål om bl.a. forholdet til grundloven forelægges for Justitsministeriet så tidligt, at sådanne spørgsmål kan være afklaret inden den lovtekniske gennemgang.⁵⁸

Med udgangspunkt i den lovtekniske gennemgang har Justitsministeriets Lovafdeling, i praksis Statsretskontoret, gennem årene udviklet en mere generel rådgivende funktion i statsretlige sager; *dels* overfor andre ministerier i andre tilfælde end ved gennemgang af udkast til lovforslag, f. eks. ved bistand til besvarelse af folketingsspørgsmål, men også ved deltagelse i udvalg nedsat af fagministerierne; *dels* direkte overfor Folketinget, herunder ved spørgsmål om statsretlige aspekter af sager indenfor andre ministeriers res-

⁵⁷ Se om etableringen af den lovtekniske kontrol – også til at angå lovudkastenes forhold til dele af retssystemet, der ikke umiddelbart hørte under Justitsministeriets ressort – Niels Madsen (1982) p. 13ff, særligt p. 14-16, samt Eilschou Holm (1998) p. 465ff., særligt p. 469-470.

⁵⁸ Justitsministeriets notat af 11. november 1998 (JM's dok.nr. CPO01748), udsendt til ministerierne som bilag til Statsministeriets cirkulæreskrivelse af 12. November 1998 om initiativer til forbedring af lov kvaliteten. Skrivelse og notat er optrykt som bilag (bilag 2) til Justitsministeriets vejledning om Lovkvalitet, p. 81ff.

sorts.⁵⁹ Statsretskontoret fungerer også som intern rådgiver, ikke mindst når lovforberedende udvalg under Justitsministeriet søger afklaring af et statsretligt spørgsmål. Den praktiske begrundelse for denne udvikling synes i høj grad at have været den, at statsadministrationen derved kunne samle de – trods alt ret få – sager om statsretlige spørgsmål i en specialiseret enhed.

Justitsministeriets rolle som rådgiver overfor ministerierne i den lovforberedende proces indebærer at væsentlige dele af den statsretlige rådgivning, som Justitsministeriet fremkommer med direkte eller indirekte overfor Folketinget, får karakter af en uddybende redegørelse for standpunkter, som Justitsministeriet har indtaget allerede under lovforberedelsen.

Selv om Justitsministeriet gennemgår en række almindelige retlige aspekter af regeringens lovforslag, er det dog ikke alle aspekter, der undersøges. Ressortministeriet forventes vistnok fortsat at tilse visse lovtekniske spørgsmål, herunder lovforslagets overensstemmelse med internationale specialkonventioner, samt med særlige retsprincipper på det pågældende område (f. eks. skatteretlige eller socialretlige principper).⁶⁰

Justitsministeriet fungerer som rådgiver for sideordnede myndigheder, ikke som prøvelsesmyndighed. Dette præger på flere måder Justitsministeriets responderende virksomhed. Det understreges, at den korte beskrivelse af Justitsministeriets arbejdsform i disse sager, som følger her, bygger på samtaler med medarbejdere, på det skriftlige materiale, samt på litteratur – ikke på egen erfaring.

Når Justitsministeriet skal tage stilling til en sag, der vedrører et fagministeriums ressort, er fremgangsmåden efter det oplyste den, at fagministeriet anmodes om at komme med en vurdering af, hvordan fagministeriet selv ser på sagen – hvis ikke en sådan vurdering allerede foreligger. Herefter når Justitsministeriet frem til en vurdering af sagen i dialog med fagministeriet. Hvor Justitsministeriets stillingtagen til et retsspørgsmål forudsætter at der f. eks. tages stilling til særlovgivningens indhold, så er det fagministeriet, der foretager denne vurdering.⁶¹

Justitsministeriets vurderinger afgives langt fra altid som notater, notitser el. lign. I en del tilfælde klares sagen f. eks. ved telefonsamtale. Når Folketinget modtager rådgivning fra ressortministrene, er det således ikke givet, at Justitsministeriets bidrag fremgår heraf.

⁵⁹ Se om denne udvikling Niels Madsen (1982), særligt p. 16-19. Med Niels Madsens ord har denne udvikling været ”helt naturlig”, smst. p. 18.

⁶⁰ Jf. ovennævnte notat af 11. november 1998.

⁶¹ Se f. eks. ndf. i 5.III.4.2 om REU 2004-05, 2. Samling (alm. del – svar på spm. 124)/ JM j.nr. 2005-792-0063..

Hvor Justitsministeriet afgiver bidrag til fagministeriernes besvarelse af spørgsmål fra Folketinget, afholder fagministerierne sig i praksis konsekvent fra at forholde sig til det aspekt af sagen, som Justitsministeriet har udtalt sig om. I fagministerens svar hedder det typisk: ”Jeg skal henholde mig til justitsministerens/Justitsministeriets udtalelse” eller lign. Fagministerens indhentelse af Justitsministerens bidrag fungerer med andre ord reelt som en henskydning, snarere end som indhentelse af forslag til brug for udarbejdelse af fagministeriernes egne svar – selv om det er dette eller lign. ordvalg, der anvendes af Justitsministeriet, når man afgiver bidrag til andre ministeriers rådgivning af Folketinget. Der er vist nok ikke nogle eksempler i perioden på at fagministeriet egentlig har modsagt Justitsministeriets vurdering.

Etableringen af den lovtekniske gennemgang har ikke indebåret overførsel af nogen formel afgørelseskompetence til Justitsministeriet, og det samme gælder naturligvis de øvrige rådgivende funktioner, som har udviklet sig i praksis. Hvis ressort- og justitsminister er uenig om hvordan en sag bør vurderes, må den evt. søges afklaret på ministerniveau. For så vidt er Justitsministeriets virksomhed overfor andre myndigheder i det hele rådgivende. I praksis er der dog ikke tvivl om at Justitsministeriet – især i kraft af faglig autoritet – har en faktisk gennemslagskraft i disse sager, som ikke fremgår af kompetencefordelingen.

Udgangspunktet er herefter, at ansvaret for et lovforslag er fagministerens, hvilket da også er hvad både Justits- og Statsministeriet har betonet i de nævnte skrivelser.⁶² Imidlertid må Justitsministeriet have et vist medansvar, i hvert fald for så vidt angår de elementer i lovforslag m.v., som er udformet i dialog med Justitsministeriet.

Det synes da også at have været Justitsministeriets egen vurdering i en konkret rådgivnings-sag, hvorom justitsministeren udtalte sig i samråd i Retsudvalget d. 17. september 1998; jf. ministerens talepapir, som efterfølgende blev oversendt til udvalget, REU 1997-98, 2. Samling, (alm. del – bil 622).

Samrådet angik bl.a. spørgsmålet om forholdet mellem fagministeriets og justitsministeriets gennemgang af et konkret lovforslags forhold til en international konvention. Et af talepapirets beredskabspunkter angik spørgsmålet: Er det ikke Lovafdelingen, der har ansvaret for, at regeringens lovforslag juridisk er i orden?

⁶² I Statsministeriets cirkulæreskr. af 12. November 1998, underskrevet af Statsministeriets departementschef, hedder det således, at ”[...] Jeg skal understrege, at Lovafdelingens funktioner som hidtil vil være af generel og rådgivende karakter.”

Svarudkastet lød: ”Nej. Så enkelt kan man ikke stille det op. Det er mere rigtigt at sige, at det er fagministeriet, der har ansvaret for den juridiske side af et lovforslag i samarbejde med Justitsministeriet. Lovafdelingen behandler de centrale områder, som jeg har nævnt tidligere [*forholdet til grundloven, almindelige EU-retsspørgsmål m.v., TEJ*]. Hermed får Justitsministeriet et medansvar for regeringens lovforslag, men ikke på alle punkter og derfor ikke for lovforslaget i sin helhed”.

Et andet beredskabspunkt i det samme bilag angik det spørgsmål, om Justitsministeriets Lovafdeling var ”[...]forpligtet til at efterse, at fagministeriets, [...] fortolkning er rigtig, hvis spørgsmålet har været omstridt, inden lovforslaget fremsættes, og hvis dets bemærkninger gør meget ud af spørgsmålet”, som hævdede af prof., dr. jur. Henrik Zahle i et interview til dagbladet Information d. 20. August 1998.

Svarudkastet lød: ”Nej. Det er ikke rigtigt. Professor Zahle har ikke belæg for at hævde, at der består en sådan pligt. Zahle har også efterfølgende ringet til Justitsministeriet (departementschefen) og givet udtryk for, at det ikke står nogen steder, at der er en sådan pligt.”

Disse (ret generelle) betragtninger må i vidt omfang kunne anvendes også på andre dele af Justitsministeriets rådgivningsvirksomhed end kontrollen af regeringens lovforslag.

5.III.3. Om Justitsministeriets kapacitet samt enkelte bemærkninger om forholdet mellem justitsminister og Lovafdelingen.

Samspillet mellem justitsminister og Lovafdelingen foregår indenfor de samme regler, som gælder for samspillet mellem minister og embedsmænd i de øvrige ministerier. Som ovenfor nævnt er disse regler praksisskabte og temmelig elastiske. Det indebærer bl.a., at samspillet i praksis kan fungere temmelig forskelligt i forskellige ministerier, og i øvrigt også til forskellig tid. I nogle ministerier yder embedsmænd en intensiv og omfattende bistand til ministerens policy-making.⁶³ I andre ministerier opretholder man en større adskillelse mellem embedsmænd og minister og mellem policy-making og saglige forvaltningsfunktioner.

Der foreligger ikke undersøgelser, der udtrykkeligt dokumenterer, hvor samspillet mellem justitsminister og Justitsministeriets departement befinder sig på denne skala. I praksis er der dog flere holdepunkter for en antagelse om at man i Justitsministeriet be-

⁶³ Det bedst studerede eksempel er samspillet mellem finansminister Mogens Lykketoft (finansminister 1993-2000) og Finansministeriets embedsværk i Lotte Jensen: Den store Koordinator (2003)

stræber sig på at opretholde en ganske vidtgående adskillelse, sammenlignet med andre ministerier. Man kan i den forbindelse pege på at de ansatte stort set udelukkende er jurister – og at jurauddannelsen ikke i særlig høj grad kvalificerer til policy-arbejde i bred forstand. Dertil kommer at de ansatte generelt er dygtige jurister, dvs. de har en højtudviklet faglighed. Det spiller også ind, at Justitsministeriet har nyere, og (for organisationen som sådan, og for enkelte embedsmænd) meget negative erfaringer med en ministerbetjening, der i konkrete sager gik over stregen for at imødekomme ministerens politiske ønsker.

Overfor Folketingets politikere fremstår Justitsministeriets embedsmænd også som mindre involverede i de politiske processer end andre ministeriers embedsmænd, bl.a. derved at lovforslag i det store og hele fremsættes uden at være bundet af allerede indgåede politiske forlig.⁶⁴ I øvrigt opretholdes vist nok også en ret skarp sproglig adskillelse mellem udtalelser, fremsat af ministeren som (rets-)politiker, og udtalelser fremsat af ministeriet.

Samlet kan man måske sige det sådan, at Justitsministeriet som følge af visse træk i organisationen og arbejdskulturen – men derimod ikke som følge af mere håndfaste regler – giver Folketinget en vis tryghed for at rådgivningen herfra fremtræder som præget af en (lidt) større grad af politisk neutralitet og uafhængighed i forhold til ministeren, sammenlignet med den rådgivning, der kommer fra andre ministerier. Det udelukker ikke, at justitsministeren med Justitsministeriet i ryggen overfor Folketinget klart optræder som en politisk aktør på regeringssiden.

I forbindelse med mediernes afdækning af Farum-sagen gav et flertal af partier udenom regeringen tidligt udtryk for at de ønskede nedsættelse af en undersøgelseskommission, jf. lov om undersøgelseskommissioner. Regering og Justitsministerium stillede sig imod, bl.a. med henvisning til, at der ikke kunne foretages en effektiv afgrænsning af kommissoriet for en sådan undersøgelseskommission overfor de undersøgelser, som politi og anklagemyndighed forestod (UFO 2001-02, 2. samling (B 84 – bilag 119)) [*Undersøgelseskommissioner...*]. Se også Lovsekretariatets vurdering af spørgsmålet, UFO 2001-02, 2. samling (B 84 – bilag 99) [*ibid.*]

Da et beslutningsforslag om nedsættelse af en undersøgelseskommission alligevel blev vedtaget af et flertal udenom regeringen, bistod Justitsministeriet derimod loyalt med udformning af kommissorium etc, således iflg. tidl. MF Aage Frandsen i dennes efterfølgende be-

⁶⁴ Jf. således Aage Frandsen (2008) p. 157-158, der også pointerer at lovforslagene selvfølgelig meget vel kan være politisk bestemt på anden måde.

skrivelse af forløbet (Aage Frandsen 2006 237ff, særligt p. 243-244). Aage Frandsen var blandt initiativtagerne til nedsættelse af undersøgelseskommissionen. Han har i den nævnte sammenhæng anført, at Justitsministeriet (af en politisk modstander) kunne opleves som en til tider chikanøs modspiller, vel at mærke indtil det stod klart at der var et flertal for nedsættelse af undersøgelseskommissionen.

Udtalelser om visse spørgsmål af mere ”storpolitisk” karakter kan være formet som et notat afgivet af regeringen som helhed, ikke af Justitsministeriet.⁶⁵ I nogle situationer kan det ses som et udtryk for, at man ikke ønsker at belaste Justitsministeriets relative politiske neutralitet for meget ved at lade ministeriet stå som regeringens våbendrager i en tilspidset strid. Der kan dog også tænkes andre grunde. Om sådanne ”regeringsnotater” rent faktisk er blevet til på særlig måde vides ikke.

5.III.4. Om rådgivningens indhold – oplysningspligt og rådgiverprincipper

5.III.4.1. Særlige regler om justitsministerens oplysningspligt?

Justitsministeren og Justitsministeriets embedsmænd er underlagt præcis de samme regler om embedsmænds faglighed og om ministres oplysningspligt m.v., som også gælder for andre embedsmænd og ministre. Som omtalt ovenfor er Justitsministeriet nok i et vist omfang (med-)ansvarlig for visse aspekter af lovforslag, der fremsættes af andre ministre. Men dette ansvar er ikke i sig selv strengere end andre ministres ansvar for de oplysninger m.v., som disse ministre meddeler Folketinget, jf. Mal § 5 stk. 2.

I praksis er der nok en vis forventning fra omverdenen om at netop Justitsministeriets embedsmænd udviser en særlig høj grad af faglighed, når de afgiver udtalelser m.v. Dette kan dog ikke tillægges nogen retlig betydning.

5.III.4.2. Generelt om Justitsministeriets rådgiverprincipper.

⁶⁵ Se f. eks. bilag 1 til Lovforslag L 169/2004-05, 2. samling (Notat om grænserne for overladelse af sager og sagsområder til de færøske myndigheder...), jf. [§ 1]. Se også UFO 2001-02, 2. Samling (B 84 – bilag 132), hvor et udvalgssvar fra justitsministeren indeholder den samlede regerings stillingtagen til det foreliggende spørgsmål (nedsættelse af en undersøgelseskommission til undersøgelse af Farumsagen, samtidigt med en verserende straffesag); samt bemærkningerne til L 1/2005-06 (f. t. l. om ændring af tronfølgeoven)

I det omfang, Justitsministeriet anlægger fortolkningsprincipper som omtalt ovf. kap. 4.IV, fremgår dette først og fremmest af udtalelserne. Der foreligger dog også enkelte artikler m.v. af centrale embedsmænd i Justitsministeriet om emnet.⁶⁶ Dertil kommer juridiske afhandlinger, som har foretaget systematiske analyser af afgrænsede dele af Justitsministeriets rådgivningspraksis.⁶⁷

Et egentligt studie af Justitsministeriets rådgiverprincipper, belyst ved rådgivningspraksis, ville kræve at man sammenholdt rådgivningen i et antal konkrete tilfælde med de øvrige retskilder, som var relevante på rådgivningstidspunktet. Det er den fremgangsmåde, som de netop nævnte analyser på afgrænsede områder har benyttet sig af.

I dette afsnit skal først fremsættes enkelte bemærkninger om Justitsministeriets rådgivningsstil, bedømt ud fra den nævnte litteratur. Derudover har jeg indskrænket mig til en umiddelbar gennemgang af en del af Justitsministeriets skriftligt dokumenterede rådgivning til Folketinget i den undersøgte periode – dvs. uden sammenligning med øvrige retskilder. Denne gennemgang har angået to spørgsmål: pdes. retskildecitering, pdas. visse aspekter af den retlige argumentation.

5.III.4.3. Nogle bemærkninger om Justitsministeriets retskildecitering.

”[...]Af hensyn til at tilvejebringe det bedst mulige grundlag for regeringens (og Folketingets) stillingtagen til den aktuelle problemstilling lægges der betydelig vægt på at give en udførlig dokumentation af det foreliggende kildemateriale; men i henseende til såvel valg som anvendelse af kilder er Justitsministeriets udtalelser præget af en i og for sig helt traditionel metode [...]” (Niels Madsen (1982))

Det er velkendt, at Justitsministeriet i sin rådgivningsvirksomhed lægger betydelig vægt på en omfattende og grundig opledning af retskilderne, dvs. det retlige materiale. Meget skematisk kan man sige, at der typisk vil være tale, *dels* om materiale vedrørende det konkrete lovforslag m.v., som skal vurderes – *dels* om materiale vedrørende de grundlovsbestemmelser eller andre forfatningsretlige regler som det konkrete forslag el. lign. skal vurderes i forhold til. På denne skematiske måde kan man altså sige, at de fleste spørgsmål har hhv. en statsretlig og en materielretlig regelse

⁶⁶ Niels Madsen (1982); Lunn (interview-artikel 1997); Lunn (2007)

⁶⁷ Især Michael Hansen Jensen (2006), men også f. eks. Hartig Danielsen (1999)

For så vidt angår materialet til belysning af den materielretlige regelside kan dette være mangeartet. Udover selve lovforslaget m.v. kan f.eks. også inddrages relevante forarbejder, ældre love etc. I nogle tilfælde indhentes også bidrag fra fagministeriet til belysning af spørgsmål i forbindelse med denne del af materialet, jf. også ovf. 5.III.2.

Her skal det undersøges hvilket materiale, der indhentes til belysning af den statsretlige regelside. Det er naturligvis også mangeartet. Men nogle retskilder er dog ud fra en gennemsnitsbetragtning mere fremtrædende i argumentationen end andre. Der kan her kun i meget begrænset grad tages stilling til, i hvilket omfang det skyldes metodiske valg mht. anvendelse af kilderne; hvad det er muligt at sige lidt mere om er kildetypernes relative hyppighed i det undersøgte materiale, dvs. et mere kvantitativt forhold.

(Grund)lovstekst. Der citeres naturligvis altid fra den retstekst – i reglen en grundlovsbestemmelse – som er relevant i forhold til det foreliggende spørgsmål. Imidlertid er udgangspunktet for at søge rådgivning i reglen, at grundlovsteksten er utilstrækkelig. Hvis grundlovsteksten klart for alle regulerer det foreliggende spørgsmål blot nogenlunde udtømmende, er der jo ikke noget behov for at søge juridisk rådgivning, jf. også ovf. i 3.IV.4.2.

En fortolkning af grundlovens (eller andre retsteksters) ordlyd synes kun i en mindre del af tilfældene at yde noget væsentligt bidrag til afklaring af det foreliggende spørgsmål. Som eksempel på et spørgsmål, der krævede en mere udstrakt fortolkning, kan nævnes spørgsmålet om hvorvidt visse aspekter af lovforslag L 168/2005-06 (Nævningereformen) var i overensstemmelse med nævningebegrebet i grl § 65 stk. 2. Når det kommer dertil, anvender Justitsministeriet sig så vidt ses af velkendte fortolkningsmetoder.

Af denne grund spiller grundlovens *forarbejder* vistnok også en ret begrænset rolle: hvis en ordfortolkning ikke giver noget videre bidrag til en besvarelse af det foreliggende spørgsmål, vil der kun i få tilfælde være grund til at inddrage forarbejderne. Nogle af de responsa m.v., som er optaget som bilag til grundlovskommissionens betænkning (1953) kan dog blive citeret som juridisk litteratur, snarere end som bidrag til forståelse af tekstens ordlyd. For så vidt angår forarbejderne til ældre grundlove, anses de vistnok alene for at have betydning som fortolkningsbidrag.

REU 2005-06 (168 – svar på spm. 2)/ JM j.nr. 2006-740-0150 (pkt. 7.4.2.1.) [§ 65]:

”[...]Det er fra forskellig side blevet gjort gældende, at forståelsen af nævningebegrebet i forarbejderne til 1849-grundlovens 79, stk. 2, der omhandler nævningers indførelse, har betydning ved fastlæggelsen af, hvilke forfatningsmæssige rammer der i dag gælder for lovgivningsmagtens adgang til nærmere at regulere nævningers medvirken i straffesager.

Herom bemærkes indledningsvis, at 1849-grundloven, herunder den omtalte bestemmelse i § 79, stk. 2, ikke længere er gældende.

Det er således efter Justitsministeriets opfattelse principielt væsentligt at fremhæve, at de forfatningsretlige grænser for lovgivningsmagtens kompetence, der gælder i dag, er dem, der følger af den gældende grundlov fra 1953, herunder bestemmelsen i grundlovens § 65, stk. 2, der er omtalt ovenfor i pkt. 7.4.1.

På denne baggrund kan spørgsmålet om betydningen af 1849-grundlovens § 79, stk. 2, efter Justitsministeriets opfattelse alene være, om bestemmelsen har fortolkningsmæssig betydning for forståelsen af den gældende bestemmelse i grundlovens § 65, stk. 2. [...]"

Det bemærkes at Justitsministeriets inddragelse af (og – andetsteds i notatet – detaljerede redegørelse for) forarbejderne fra 1849 ikke i dette tilfælde indgik i den ”oprindelige” statsretlige argumentation, dvs. i den argumentation, som blev fremlagt for Folketinget i det relevante lovforslags almindelige bemærkninger (eller i den bagvedliggende betænkning). Det citerede notat er et udvalgssvar i anledning af en privat redegørelse, indsendt af prof., dr. jur. Henrik Zahle til Retsudvalget.

Når bortses fra dette tilfælde er jeg ikke stødt på at forarbejder fra 1848-49 er blevet inddraget som materiale af (større) betydning for den retlige argumentation.

I det omfang *retspraksis* giver et bidrag til besvarelse af et konkret spørgsmål, behandles denne også udførligt. Men det er forholdsvis sjældent tilfældet at dansk retspraksis kan give sådanne betydningsfulde bidrag, når bortses fra spørgsmål vedr. – især – ejendomsrettens beskyttelse. Rådgivning vedr. spørgsmål om domstolenes organisation, procesform etc. inddrager dog i en række tilfælde også retspraksis.

Lovgivningspraksis – dvs. lovgivers beslutninger i tidligere sager, der vurderes at være indholdsmæssigt relevante i forhold til det foreliggende – anføres vistnok ikke så ofte.

FLF 1997-98 (2. Samling) (L 58 – bilag 27)/ JM j.nr. 1998-751-0076 [§ 73]:

Spørgsmålet var her, om et lovindgreb, hvorefter landbrugsvirksomheder blev forpligtet til at så efterafgrøder på 6 % af det areal, som dyrkes med nærmere bestemte 1-årige afgrøder, indebar ekspropriation, jf. grl § 73.

Justitsministeriet lagde – i forlængelse af juridisk litteratur, først og fremmest statsretlige lærebøger – til grund at afgørelsen af om dette var tilfældet beroede på flere faktorer, herunder lovgivningspraksis på det relevante område (notatets pkt. 3.2.1.). Herefter inddrog notatet en række tidligere tilfælde, hvor der ud fra miljøhensyn var grebet ind i landbrugsvirksomheders adgang til fortsat at udnytte bedriften til kommercielle formål (notatets pkt. 3.2.4.).

Baggrunden for at inddrage lovgivningspraksis var derfor ikke en almindelig praksis om så vidt muligt at inddrage materiale af denne art som retskilde ved vurderingen af statsretlige spørgsmål. Baggrunden var den specifikke, at juridisk litteratur pegede på at lovgivningspraksis på det pgl. reguleringsområde kunne være relevant for bedømmelsen af netop spørgsmål om indgreb i beskyttede ejendomsrettigheder.

Jf. tilsvarende det netop ndf. omtalte notat (EPU 1998-99 (L 234 – bilag 2)), pkt. 4.3.1 samt 4.3.2.2.

Udover på § 73-området ses henvisninger til lovgivningspraksis vist nok især ifm. sager indenfor Justitsministeriets eget ressort.⁶⁸ Der kan tænkes flere forklaringer på det begrænsede antal henvisninger til lovgivningspraksis udenfor de nævnte områder, uden at jeg har grundlag for at udtale mig om, hvilken der er mest rigtig. Det er muligt at Justitsministeriet generelt er varsom med at tillægge lovgivningspraksis betydning for den retlige vurdering (f. eks. fordi det vil kunne ses som et forsøg på at ”binde” den nuværende lovgiver ved tidligere lovgiveres beslutninger). Det kan også skyldes mere praktiske forhold, f. eks. at hverken Justitsministeriet eller fagministerierne typisk har noget udtømmende overblik over relevant lovgivningspraksis. Som omtalt i 5.III.1. kan statsretlige spørgsmål opstå under alle ministeriers ressorts som aspekt af de generelle og konkrete sager, der behandles der, og den lovgivningspraksis, som er relevant i den enkelte sag, er derfor nok ikke altid begrænset til en enkelt ministers ressort.

Justitsministeriets egne notater i relevante tidligere sager citeres, om end ikke ofte. Muligvis kan praksis udlægges sådan at ministeriet anlægger et temmeligt strengt relevanskriterium for citering af egne udtalelser – dvs. for at en tidligere udtalelse skal være så relevant, at den anføres som retligt materiale, skal den angå et spørgsmål, der i høj grad svarer til spørgsmålet i den foreliggende sag. Så kan citeringen til gengæld godt gå forholdsvis langt tilbage i tiden.

EPU 1998-99 (L 234 – bilag 2) [§ 73]. Justitsministeriet tog her stilling til, om visse elementer i lovforslag L 234/1998-99 om elforsyning indebar ekspropriation. I den forbindelse inddrog Justitsministeriet bl.a. egen udtalelse af 22. marts 1975 afgivet i forbindelse med forberedelsen af den tidligere elforsyningslov (1977). Se 1999-notatets pkt. 4.4.

Se også lovforslag L 232/1998-99 om ændring af straffeloven (grov momssvig, EU-svig etc.) [§ 19]

⁶⁸ Se f. eks. bet. 1401/2001, bilag 8/ JM j.nr. 2000-760-0143, pkt. 4.1., om særdomstole.

Lovforslaget (som ikke blev vedtaget i folketingsåret 1998-99) ville bl.a. have indebåret gennemførelse i dansk ret af en visse protokoller til mellemstatslige konventioner om bekæmpelse af EU-svig m.v. Efter disse protokoller skulle visse retsspørgsmål præjudicielt forelægges EF-domstolen til udtalelse, inden der blev truffet endelig afgørelse ved danske domstole

Ved overvejslen af om disse protokoller kunne gennemføres efter grl § 19, eller om der var tale om en kompetenceafgivelse, der krævede § 20-procedure, henviste Justitsministeriet bl.a. til egne overvejsler om det tilsvarende spørgsmål i forarbejderne til Lov nr. 415/10/6/1997 om Europol. Siden er der flere gange blevet henvist til forarbejderne til denne lov i spørgsmålet om tiltrædelse af protokoller om afgivelse af præjudiciel kompetence.

Hvis det er korrekt, at Justitsministeriet er tilbageholdende med at citere egne tidligere notater, kan dette evt. ses i sammenhæng med den linje, som ministeriet iflg. Michael Lunn (2007) har anlagt: at ministeriet, bl.a. ud fra et ønske om at respektere folketings og regerings rolle som fortolkere af grundloven,

”[ikke har anset] det for sin opgave at kunne blive selvstændig kilde til udvikling af nye muligheder for fortolkning af spørgsmål om fastlæggelsen af de forfatningsretlige grænser for lovgivningsmagten” (Lunn (2007) p. 323, med henvisninger til Niels Madsen (1982))

Noget andet er så at ”skjult” egencitering i form af genbrug (mere eller mindre) af afsnit fra ældre notater for enhver myndighed vil være et naturligt led i rationel arbejdstilrettelæggelse.

Juridisk litteratur er en gruppe af retligt materiale, der til gengæld altid inddrages. Meget ofte er det litteraturen, der udgør hovedparten af det retlige materiale, hvortil der henvises. En ganske almindelig argumentationsform ved kortere besvarelser af Folketingsspørgsmål m.v. er at starte med at anføre den relevante retsregel/de relevante retsregler (typisk grundlovsregler), og herefter gå direkte over til at anføre hvad litteraturen siger om det foreliggende spørgsmål.

Således f. eks. REU 2004-05 (2. samling) (alm. del – svar på spm. 51)/JM j.nr. 2005-792-0036 [§ 43]:

Her var udvalgets spørgsmål: ”Justitsministeren bedes udrede sammenhængen mellem det ubetingede delegationsforbud, hvad angår skat, jf. Grl § 43, og det faktum, at primær- og amtskommunerne udskriver skatter”, og svaret indledes således:

”Grundlovens § 43, 1. led, har følgende ordlyd [...]. Bestemmelsen i grl § 43 indeholder et delegationsforbud, således at den udelukker lovgivningsmagten fra at delegere sin myndighed til at pålægge, forandre eller ophæve skatter, jf. bl.a. Poul Andersen [...], og Alf Ross [...]”

Herefter går besvarelsen over til at citere, hvad den foreliggende litteratur siger om det specifikke spørgsmål. Endelig afsluttes med en ret kort opsummering og vurdering.

Juridisk litteratur forekommer således at være langt den mest anvendte retskilde i Justitsministeriets statsretlige rådgivning af Folketinget – måske bortset fra grundlovsteksten, som til gengæld i sig selv er langt mindre informativ.

Den litteratur, der citeres er først og fremmest systematiske fremstillinger: dels lærebøger, dels grundlovskommentarer. Speciallitteraturen inddrages også, men dog indenfor visse grænser. Særligt for så vidt angår udtalelser fra forfattere, som i forhold til det foreliggende spørgsmål udtaler sig som det, der ovf. (5.II.4.1.) er kaldt ”the odd man out”, er der måske en vis tilbageholdenhed med at gå ind i en nærmere diskussion af vedkommendes synspunkter. Rådgivningens formål er ikke at gå ind i en akademisk diskussion, men at bidrage til et beslutningsgrundlag.

I andre tilfælde undlader man videregående henvisninger til speciallitteraturen, vistnok fordi det ikke kan siges at være fagligt nødvendigt: hvis henvisninger til den almene litteratur giver et dækkende svar, så er der ikke grund til at henvise til den samlede speciallitteratur. Man behøver f. eks. ikke citere fra en lang række juridiske artikler for at dokumentere at grl § 43, 1. led, tillader kommunal skatteudskrivning.

I det omfang *friere overvejelser/ kulturtraditionen* har betydning, er det som led i den retlige vurdering. Friere overvejelser anføres ikke som retskilde i traditionel forstand. Spørgsmålet diskuteres i næste afsnit.

Uanset hvilket retligt materiale, Justitsministeriet anfører som udgangspunkt for argumentationen, er det naturligvis afgørende at udvælgelsen og gengivelsen af materialet er korrekt (hvilket formentlig i praksis må forstås således, at et bredt udsnit af fagfolk vil erklære sig enige i materialeudvælgelsen og –gengivelsen). Om dette er tilfældet i de undersøgte sager, kan denne undersøgelse ikke sige noget om.

Bla. forskere har i nogle tilfælde erklæret sig uenige i Justitsministeriets gengivelse og sammenfatninger af det foreliggende materiale, herunder nok især gengivelse af den juridiske litteratur. Her nævnes som eksempler to værker.

Således har Michael H. Jensen i det tidligere anførte værk (2006) gennemgået en halv snes justitsministerielle notater med juridisk tættekam, som led i gennemgangen af retligt rele-

vant materiale ifm hovedspørgsmålet i hans undersøgelse. Notaterne er fordelt over mere end 15 år. Han vurderer bl.a. at der kan stilles spørgsmålstejn ved om Justitsministeriet i sit 1989-notat om Københavns Havns retlige stilling på alle punkter var korrekt i gengivelsen af den (daværende) retlige teoris opfattelse af spørgsmålet om særlige forvaltningssubjekters beskyttelse mod ekspropriation (MHJ (2006), p. 94). Tilsvarende spørgsmålstejn stilles ved de juridiske afsnit i bet. 1190/1989 om Statsanstalten for Livsforsikring, som Justitsministeriet var medforfatter til, MHJ (2006) p. 109; samt ved notat om Københavns Væbnings Fond, JM j.nr. 1994-751-0010 (MHJ (2006) p. 118, hvor der i øvrigt også noteres en nuanceforskel mellem udlægningen i dette notat af dommen U 1994.29 H, og forfatterens egen udlægning). Se også vedr. 1999-notat om Københavns Havn, TRU 1999-2000 (alm. del – bilag 149)/ JM j.nr. 1999-750-0107, MHJ (2006) p. 135, hvor forfatterens bemærkning dog snarere har karakter af en uddybning.

I de øvrige af ham gennemgæede notater har den grundige gennemgang ikke givet anledning til bemærkninger om retskildeciteringen.

Jens Hartig Danielsen (1999) har også foretaget (del)analyser af forskellige ældre og nyere justitsministerielle notater, om end altså ikke af notaterne i deres helhed. Så vidt ses har han ikke noteret uoverensstemmelser mellem notaternes gengivelse af det retlige materiale, og selve materialet.

Om de kritiske forskeres læsninger af det retlige materiale – især litteraturen – er mere eller mindre rigtig end Justitsministeriets skal ikke her efterforskes. Eksemplerne understreger blot, at al gengivelse af retligt materiale – og måske især almindelig juridisk litteratur, der ofte befinder sig på et vist abstraktionsniveau – kræver betydelig omhu.⁶⁹

Endelig skal det bemærkes, at den her foretagne gennemgang af materialet ikke giver grundlag for at antage noget generelt om Justitsministeriets *vægtning* af de forskellige materialetyper ved den retlige argumentation.

5.III.4.4. Aspekter af den retlige argumentation.

Generelt. Hvad kan der herefter siges om den retlige argumentation i Justitsministeriets rådgivning af Folketinget – på samme generelle måde, dvs. ud fra gennemsnitsbetragtninger? Spørgsmålet må besvares med respekt for, at rådgivningen både kan være meget lakonisk og meget udførlig; og lakonisk rådgivning giver selvfølgelig ikke de samme holdepunkter for at udtale sig om den retlige argumentation som en mere udførlig

⁶⁹ Jeg venter at blive mindet om denne bemærkning, når evt. læsere påpeger misforståelser i min gengivelse af rådgivningsnotater m.v.

rådgivningsstil. Men nogle generelle tendenser kan – med alle nødvendige forbehold – iagttages.

Generelt kan man sige, at Justitsministeriets argumentationsform er stærkt analytisk. Dvs. forelagt et mere eller mindre præcist formuleret problem arbejder man i almindelighed ved at dele dette op i delspørgsmål, og tage stilling til disse. Større notater – ikke mindst sådanne som er udarbejdet i forbindelse med det lovforberedende arbejde – kan indeholde en stillingtagen til overordentlig mange enkeltspørgsmål.⁷⁰ De enkelte delspørgsmål diskuteres med udgangspunkt i det foreliggende retlige materiale – som altså tilstræbes at være meget omhyggeligt dokumenteret. Ofte peger det foreliggende materiale relativt entydigt i en bestemt retning ved vurderingen af et (del)spørgsmål, men i en mindre del af tilfældene er det nødvendigt at foretage en nærmere afvejning af de konkrete momenter i sagen. Det gælder bl.a. i en del sager om § 73.⁷¹

Dette er jo for så vidt blot almindelig juridisk metode. Som før nævnt giver tilrettelæggelsen af denne undersøgelse ikke mulighed for at sige noget om hvorvidt praksis er tilbageholdende eller det modsatte. Enkelte aspekter af rådgivningens indhold kan dog fremhæves. Rådgivningen synes således i forskellige sager præget af: *dels* nogen tilbageholdenhed overfor at inddrage friere overvejelser/ kulturtraditionen som retligt argument; *dels* et hensyn til at afklare spørgsmålet indenfor givne tids- og ressourcerammer (rådgivningsøkonomiske hensyn); *dels* tilbageholdenhed overfor at udtale sig på en måde, der kan tolkes som en stillingtagen til konkrete (forvaltnings-)sager; *dels* forsigtighed overfor at tage stilling til visse hypotetiske spørgsmål (især om ejendomsrettigheder); og *endelig* en generelt forsigtig sprogbrug.

Visse afskæringer følger også som konsekvens af ressortfordelingen. Det behandles nærmere ndf. 5.III.5.1.

Friere overvejelser (kulturtraditionen) indgår vist nok ikke i argumentationen, i hvert fald ikke i nogen udtrykkelig form. Det ville også stemme mindre vel med ministeriets erklærede intention om at dets praksis ikke bør blive en ”selvstændig kilde” til udvikling af forfatningsretten, jf. Michael Lunn (2007) som citeret tidligere i dette afsnit.

Tilbageholdenheden overfor friere overvejelser ses tydeligt i et enkelt tilfælde, hvor Justitsministeriet skulle tage stilling til et spørgsmål, som (vistnok) ikke sås belyst i øvrigt retligt materiale, og som i øvrigt var af temmelig spekulativ karakter.

⁷⁰ Se for eksempel bilag 4 til bet. 1466/2005/ JM j.nr. 2005-751-0001 [§ 73]

⁷¹ Se som eksempel bilag 8 til bet. 1401/2001/ JM j.nr. 2000-760-0143 pkt. 5.

I det pgl. notat (EPU 2003-04 (B 7 – bilag 20)/ JM j.nr. 2003-751-0075 (om forholdet mellem grundloven og en kompensationsbestemmelse i nordsøaftalen, jf. [§§ 3, 73]) behandlede bl.a. spørgsmålet om lovgivningsmagts mulighed for at binde fremtidige lovgiveres beslutninger.

Justitsministeriet tog her udgangspunkt i det almindeligt anerkendte forhold, at staten ved lov eller på anden måde kan skabe rettigheder – der fremover bliver beskyttede efter § 73 – for private, og dermed for så vidt skabe reelle bindinger på fremtidige lovgiveres virke. Justitsministeriet kom dog til sidst i notatet ind på det spørgsmål, ”[...]om regering og Folketing *i alle tilfælde* [min udh., TEJ] bør kunne etablere rettigheder for private, der reelt – dvs. i kraft af grl § 73 – vil indebære begrænsninger i kommende regerings og Folketings lovgivningskompetence[...]”. Justitsministeriet henviste ikke til noget relevant retligt materiale om dette spørgsmål, og anførte blot:

”[...] Selv om det måtte antages, at der gælder principper af den nævnte karakter, giver dette efter Justitsministeriets opfattelse ikke anledning til overvejelser i forhold til den omhandlede kompensationsbestemmelse [...]”

Justitsministeriet tog således – i en situation, hvor der ikke blev anført retligt materiale, som behandlede dette spørgsmål – ikke stilling til om der forelå sådanne almene grænser for Folketings og regerings muligheder for at afskære fremtidige lovgiveres beslutningsfrihed. Man nøjedes blot med at konstatere, at hvis det var tilfældet, så var det ud fra en konkret bedømmelse ikke relevant i den foreliggende situation.

I et opfølgende udvalgssvar (EPU 2003-04 (B 7 – bilag 90)) præciserede Justitsministeriet, at de citerede overvejelser ikke skulle forstås som en stillingtagen til det rejste spørgsmål. Ministeriet undlod endvidere, trods udtrykkelig opfordring fra udvalget, at uddybe overvejelserne.

I en række notater m.v. tager Justitsministeriet stilling til spørgsmål, hvorom der i dele af det retlige materiale – det vil i praksis sige litteraturen – foreligger synspunkter, der til dels hviler på friere overvejelser. I sådanne tilfælde er det almindelige resultat, at Justitsministeriet er meget tilbageholdende med at lægge de friere overvejelser til grund for ministeriets egne vurderinger af sagen.

Således FÆU 2000-01 (alm. del – bilag 74)/ JM j.nr. 2001-750-0087 (notat om fh. ml. grl og aftale af 22. december 1992 med Færøernes Landsstyre om råstoffer i undergrunden) [§ 7]. I dele af den foreliggende litteratur var det antaget at de potentielle råstofressourcer i den færøske undergrund kunne have en sådan (bl.a. økonomisk) betydning for riget som helhed, at selv en principielt genkaldelig overførsel af dette myndighedsområde med tilhø-

rende udgifter/indtægter til hjemmestyremyndighederne, måtte rejse tvivl ift. grundloven (se notatets pkt. 3.2-5.).

Justitsministeriet inddrog ikke myndighedsrådets potentielle økonomiske betydning i overvejelserne om hvorvidt dette var et rigsansliggende. Her nøjedes man med at konstatere, at der udelukkende var overført beføjelser vedr. undergrund i den afgrænsede del af riget, der kunne henføres til Færøerne, dvs. et umiddelbart geografisk kriterium – og at der derfor ikke var overladt beføjelser ud over hvad grundloven giver mulighed for.

Ministeriets argumentation kan muligvis forstås på flere måder. Det forekommer dog nærliggende at forstå den således, at ministeriet i denne sag afviste at fortolke begrebet: rigsheden på en måde, så begrebet hovedsagelig ud fra et mere ”frit” kriterium skulle indebære konkrete bindinger på de politiske myndigheder.

Se også REU 2004-05, 2. Samling (alm. del – svar på spm. 124)/ JM j.nr. 2005-792-0063 [§ 82]:

Retsudvalget anmodede her om en kommentar til en artikel i et juridisk fagtidsskrift om den kommunalreform, som på dette tidspunkt var under behandling i Folketinget. Artiklens forfatter hævdede bl.a., at det fulgte af ordlyden af grl § 82, samt af bestemmelsens begrebshistoriske forudsætninger, at lovgivningsmagten ikke stod frit ved bestemmelsen af, hvad en kommune er. Videre anførte forfatteren, at de nye regioner, som var på vej til at blive oprettet ved kommunalreformen måtte opfattes som kommuner efter grl § 82, og at de måtte have den samme ret til kommunalt selvstyre som primærkommunerne. Det medførte bl.a. at lovgivningsmagten efter forfatterens mening efter grundloven var nødt til at tillægge regionerne beskatningsret.⁷²

Justitsministeriet fandt på baggrund af den almindelige og specielle forfatningsretlige litteratur, at det måtte antages at § 82 indebærer, at lovgiver ikke kan afskaffe det kommunale selvstyre. På baggrund af en udtalelse fra fagministeriet (Indenrigsministeriet) vurderede Justitsministeriet så, at det foreliggende lovforslag om omdannelse af den kommunale struktur ikke indebar en afskaffelse af det kommunale selvstyre.

Herefter var spørgsmålet så, om det måtte antages at grl § 82 var til hinder for oprettelse af andre offentlige myndigheder, der – selv om de måtte have visse ligheder med egentlige kommuner – ikke skulle anses for omfattet af grl § 82. Justitsministeriet fandt at noget sådant ikke kunne udledes hverken af ordlyden af grl § 82, eller af de almindelige synspunkter i den statsretlige litteratur.

De ”begrebshistoriske forudsætninger” sås ikke tillagt vægt i den citerede litteratur, og blev således ikke tillagt betydning ved Justitsministeriets vurdering.

⁷² Beskrivelsen af den pgl. artikels indhold er hentet fra det omtalte notat, ikke direkte fra artiklen.

Rådgivningsøkonomiske hensyn. Som omtalt ovenfor (5.II.6.2.) sætter de formelle regler om rådgivningen en vis ”forventningsramme” om dens omfang. Disse regler er dog ikke kun fastsat af hensyn til ministerielle rådgivere, men også af hensyn til Folketinget, og til rådgivningens effektivitet overordnet set.

I praksis synes en stor del af Justitsministeriets folketings svar m.v. da også at holde sig under 10 sider. Kun de allerfærreste er på over 25 sider. Disse tal siger selvfølgelig intet om, at rådgivningen ikke skulle være udtømmende i forhold til de foreliggende spørgsmål. Men de indikerer at Justitsministeriets rådgivning på det helt generelle plan også ydes med respekt for ”rådgivningsøkonomiske” hensyn. Der skrives ikke længere afhandlinger til Folketinget, hvis det ikke efterspørges.

Det ses dog meget sjældent, at ressourcehensyn synes at begrunde en konkret beskæring eller afvisning af et spørgsmål. Kun i et enkelt undersøgt tilfælde har Justitsministeriet helt afvist at besvare et spørgsmål med henvisning til at det ville kræve omfattende undersøgelser af faktiske forhold.⁷³ Tilsvarende ser man – efter mit indtryk – meget sjældent en udtrykkelig beskæring af besvarelsen i forhold til det stillede spørgsmål, som alene eller primært forekommer ressourcebegrundet.⁷⁴

I visse tilfælde, hvor Folketinget anmoder Justitsministeriet om en udtalelse om et foreliggende lovforslags forhold til grundloven, nøjes Justitsministeriet med at henvise til at forslaget har passeret den lovtekniske kontrol uden bemærkninger. Denne praksis kan naturligvis også ses som et udtryk for rådgivningsøkonomi.⁷⁵

⁷³ IFU 1999-2000 (alm. del – bilag 62). Udvalgsspørgsmålet var dette: om danske folketingsmedlemmer eller ministre inden for de seneste 30 år havde haft dobbelt statsborgerskab – og i givet fald i hvilke stater. Justitsministeriet svarede hertil, at ministeriet ikke umiddelbart var i besiddelse af oplysninger til besvarelse af det stillede spørgsmål, og at selv en ressourcekrævende – og i vid udstrækning manuel – gennemgang af Indfødsretskontorets arkiver ikke ville gøre det muligt at finde alle de ønskede oplysninger. Justitsministeriet havde derfor ikke mulighed for at besvare spørgsmålet fyldestgørende.

Det bemærkes i øvrigt at sådanne besvarelser ikke indgår i undersøgelsens nettomateriale (jf. ovf. afsnit 3.IV), men er trukket ud som en besvarelse, der i øvrigt faldt i øjnene ved gennemgang af bruttomaterialet (jf. ovf. 3.III). Der kan altså meget vel være flere, som blot blev overset.

⁷⁴ Justitsministeriets svarbidrag til udvalgssvar fra statsministeriet, i GRL 2003-04 (alm. del – bilag 30) [*andre spørgsmål*], er så vidt ses et eksempel på dette. Udvalgsspørgsmålet var, hvilke forfatningsretlige sædvaner, der kunne anses at foreligge i dansk ret, med henvisning til en række konkrete eksempler. Justitsministeriet gav en omfattende redegørelse for den juridiske teoris synspunkter på forfatningsretlige sædvaners tilblivelse, og for de nævnte eksempler, men gjorde opmærksom på at man ikke undersøgte andre sædvaner end de i spørgsmålet udtrykkeligt omtalte.

⁷⁵ Se således AMU 2002-03 (L 151 – bilag 27)

At rådgivningen sjældent bliver meget omfattende kan der dog være flere grunde til, herunder ikke mindst (med tidl. departementschef Niels Madsens ord),

”[at der] kun sjældent er tale om problemstillinger, som man tidligere ville have overvejet at forelægge for de juridiske fakulteter eller for enkelte universitetslærere til afgivelse af responsa[...]”;

dvs. at en del af spørgsmålene er ret enkle at besvare.

Der tages ikke stilling til konkrete (forvaltnings-)sager. Der kan ses en fast praksis for at Justitsministeriet ikke udtaler sig om konkrete sager, slet ikke indenfor andre ministeriers ressorts,⁷⁶ men heller ikke indenfor ministerens eget ressort.⁷⁷ Sagsbegrebet må i denne sammenhæng forstås ret vidt.

I sådanne tilfælde besvares spørgsmålet blot i generel form, f. eks. med en generel henvisning til den relevante grundlovsbestemmelse, og den relevante litteratur.

Afvisning af at besvare hypotetiske spørgsmål om (især) ejendomsrettigheder. I flere tilfælde har Justitsministeriet afvist at vurdere, om et hypotetisk indgreb vil have ekspropriativ karakter, under henvisning til at der er tale om en konkret vurdering, som først kan foretages når der foreligger et konkret forslag, f. eks. således:

BOU 2003-04 (L 78 – bilag 48):

Spørgsmål nr. 9: ”Kan ministeren bekræfte, at der ikke er nogen konflikt i forhold til grundlovens ekspropriationsbestemmelser, såfremt man ændrer lejelovens bestemmelser om huslejeafståelse, heller ikke hvis dette sker til ugunst for udlejer, så længe det ikke gælder for allerede annoncerede eller gennemførte huslejeændringer?”

Spørgsmål nr. 10: ”Kan ministeren bekræfte, at der således ikke er tale om ekspropriation, såfremt Folketinget valgte (a) at indføre en grænse for huslejestigninger begrundet i boligreguleringslovens § 9, stk. 2, på 5 kr. pr. år pr. m² eller (b) at udbygge bestemmelserne i boligreguleringslovens § 9, stk. 2, om passende afkast med ibrugtagningssår efter 1973 og tilsvarende forrentningsprocenter?”

Svar: Som nævnt i min foreløbige besvarelse af 1. december 2003 har jeg forelagt spørgsmålene for Justitsministeriet, der har oplyst, at det ikke er muligt at udtale sig generelt om, i

⁷⁶ Se som eksempel ministersvar på § 20-spørgsmål S 2496/1998-99, eller justitsministerens talepapir til samråd i Forsvarsudvalget, omdelt som FOU 2005-06 (alm. del – svar på spm. 5)/ JM j.nr. 2005-151-0053.

⁷⁷ Se som eksempel ministersvar på § 20-spørgsmål S 2010/1998-99 (vedr. sager indenfor Forbrugerombudsmandens område)

hvilket omfang fremtidige mere eller mindre indgribende ændringer af lejelovens regler om huslejefastsættelse vil være at betragte som ekspropriative eller ej. Vurderingen af, om et konkret indgreb er ekspropriativt, må foretages på baggrund af det konkrete forslags nærmere udformning og indhold, herunder af indgrebets nærmere økonomiske virkning for de berørte udlejere [...].

I andre lignende tilfælde har ministeriet svaret tilsvarende, men dog med en vis oplysning om, hvordan sagen måtte bedømmes ud fra det foreliggende, jf. f. eks. MPU 2005-06 (L 64 – svar på spm. 1)

Der er ikke overblik over, i hvilket omfang Justitsministeriet afviser at forholde sig til ”hypotetiske spørgsmål” udenfor § 73-området.

Sprogbrugen. Justitsministeriet udtrykker sig med omhu. Sætningsbygningen er ikke nødvendigvis tung, men formuleringerne er vejet på en guldvægt. Til tider gør formuleringerne det utvivlsomt svært for læge læsere at fange alle nuancer.

SAU 2000-01 (L 39 – bilag 3):

Her oplyste Skatteministeriet, at Justitsministeriet havde bistået med udformningen af det afsnit i bemærkningerne til et lovforslag (om implementering af Napoli II-konventionen), som angik lovforslagets forhold til grundloven.

Udvalget spurgte herefter (spm. 2), hvad den ”forsigtige formulering” i det relevante afsnit skyldtes, og fik dette svar fra skatteministeren:

”Jeg kan afvise, at der skulle være tale om særlig forsigtighed fra regeringens side med hensyn til vurderingen af forholdet til grundloven.

Det er således regeringens opfattelse, at der med konventionen ikke overlades beføjelser til andre landes myndigheder, som efter grundlovens § 20 kun kan overlades til mellemfolkelige myndigheder.

Den ”forsigtige formulering”, som der henvises til i spørgsmålet, har alene karakter af sædvanlig juridisk sprogbrug.”⁷⁸

⁷⁸ Et lignende spørgsmål blev iflg. et avisreferat stillet til Folketingets Ombudsmand ved åbent samråd i Retsudvalget d. 28. maj 2007 i anledning af offentliggørelsen af FO’s beretning for 2006. Ombudsmanden blev her spurgt, hvorfor han f. eks. skrev, at han var ”tilbøjelig til at mene, at...”, og han skal ved den lejlighed have anført: “[...]Det er sådan en slags juridisk slang, og mesteren i den slags er såmænd lovafdelingen i Justitsministeriet, hvor man mest er tilbøjelig til at mene, at to plus to er fire”, således dagbladet Information d. 29. maj 2007. Citatet er ikke verificeret.

5.III.5. Folketingets acces til justitsministerens vurdering af statsretlige spørgsmål vedr. sager indenfor andre ministeriers ressorts.

5.III.5.1. Indbentelse af ny rådgivning.

Det er selvfølgelig et praktisk interessant spørgsmål, i hvilket omfang Folketinget kan indhente Justitsministeriets udtalelser om statsretlige spørgsmål, der vedrører sager indenfor andre ministeriers ressorts. En væsentlig del af den statsretlige rådgivning, som Justitsministeriet fremkommer med overfor Folketinget, vedrører dog sager indenfor Justitsministeriets eget ressort, jf. ndf. i 5.III.6.

Som omtalt ovenfor er der praksis for at Justitsministeren besvarer spørgsmål om statsretlige aspekter af sager indenfor andre ministres ressorts. Det gælder uanset at de pågældende aspekter må antages at være blevet afklaret mellemministerielt under den almindelige lovtekniske kontrol, eller på andet tidspunkt.⁷⁹

Folketinget kan i disse sager indhente justitsministerens bedømmelse ad to veje: enten ved at stille spørgsmål til ressortministeren om at indhente justitsministerens vurdering; eller ved at spørge justitsministeren direkte. I praksis synes det ikke at have nogen særlig betydning, hvilken vej der vælges. I meget få tilfælde afviser ressortministeren at spørge justitsministeren, eller justitsministeren at tage stilling til spørgsmålet. I disse tilfælde begrundes afvisningen med, at spørgsmålet reelt angår speciallovgivningen, og ikke almindelige statsretlige emner, dvs. med ressortmæssige begrundelser.

Se f. eks. (udenfor undersøgelsesperioden) UFO 2008-09 (alm. del – svar på spm. 1)/ LA j.nr. 2009-792-0842. UFO bad her Justitsministeriet tage stilling til, om Skatteministeriet havde handlet i strid med grundloven, da ministeriet håndhævede et lovforslag inden det var vedtaget, stadfæstet og kundgjort. Justitsministeriet fandt – ikke overraskende – at grundloven ikke gav mulighed for at det konkrete lovforslag kunne håndhæves inden vedtagelsen m.v..

Justitsministeriet undlod dog – hvilket er det i denne sammenhæng interessante – at tage stilling til, om skattemyndighederne på andet grundlag kunne anses at have haft hjemmel til at disponere som det var sket, idet dette måtte være et spørgsmål, der måtte rettes til Skatteministeriet.

Dette spørgsmål blev i øvrigt stillet efter at Skatteministeriet i et udvalgssvar til Skatteudvalget havde afvist at indhente en udtalelse fra Justitsministeriet om den fulgte fremgangsmåde, med henvisning til at Justitsministeriet havde haft lovforslaget til sædvanlig gennem-

⁷⁹ Jf. herom UFO 2008-09 (alm. del – svar på spm. 2)/ L.A. J.nr. 2009-792-0843. Jf. også Niels Madsen (1982).

gang, uden at der var fremkommet bemærkninger. Denne besvarelse viste sig senere at bero på en misforståelse fra Skatteministeriets side.

Endvidere henholder Justitsministeriet sig i en række tilfælde til fagministeriets vurdering af forhold, der hører under fagministeriets ressort, også når disse forhold forudsætningsvis har betydning for de vurderinger af retlige spørgsmål, som Justitsministeriet skal afgive, jf. ovf. 5.III.2.⁸⁰

Disse modifikationer er i praksis af beskeden betydning. I det store og hele har Folketinget en vid adgang til at indhente Justitsministeriets vurderinger af statsretlige spørgsmål indenfor andre ministres ressorts.

Om Justitsministeriet også overfor Folketinget vil udtale sig om andre ministres respekt for anvisninger om lovteknik, god lov kvalitet etc., det er mere tvivlsomt.⁸¹

(FIU 2005-06 (L 2 § 16 – svar på spm. 1)/ JM. j.nr. 2005-792-0153) [§ 46]:

Finansministeren fremsatte i november 2005 ændringsforslag til finansloven for 2006, herunder om indsættelse af to tekstanmærkninger, der gav mulighed for en eventuel nedsættelse af bloktilskuddene til amter og kommuner efter visse kriterier.

I et udvalgsspørgsmål af 29. november 2005 fra Finansudvalget blev justitsministeren anmodet om en kommentar til om en hjemmel af denne art kunne gives ved tekstanmærkning. Spørgerne betegnede de foreslåede tekstanmærkninger som ”meget vidtgående”, og pegede på at regulering af bloktilskud i tekstanmærkninger, fremsat som ændringsforslag til finansloven, bl.a. ikke gav mulighed for høring af parterne, for modtagelse af deputationer om sagen, etc.

I udvalgssvar af 2. december 2005 skrev justitsministeren bl.a.:

” [...] I udvalgets spørgsmål nr. 1 betegnes de fremsatte ændringsforslag som ”meget vidtgående”.

⁸⁰ Således vistnok GRL 2005-06 (L 1 – sv på spm. 5): Udvalget anmodede justitsministeren om en kommentar til et privat ændringsforslag til tronfølge loven. Justitsministeriet konstaterede at ændringsforslaget ville indebære en materiel ændring af tronfølge loven, og nøjedes herefter med at gengive en udtalelse indhentet fra ressortministeriet (Statsministeriet) om sagen

⁸¹ Se også AMU 2002-03 (L 151 – bilag 27). Udvalget anmodede om Justitsministeriets stillingtagen til et lovforslag stillet af beskæftigelsesministeren; herunder til om lovforslaget levede op til ”gældende normer for proportionalitetsprincippet i dansk lovgivning”; samt om Justitsministeriets holdning til om visse dele af lovforslaget var ”rimeligt”. Justitsministeriet henholdt sig blot til, at lovforslaget havde gennemgået sædvanlig lovteknisk kontrol inden fremsættelse, herunder kontrol af forholdet til grundloven m.v., og at dette ikke havde givet anledning til bemærkninger.

I den forbindelse har Finansministeriet over for Justitsministeriet oplyst, at en udnyttelse af de bemyndigelser, der følger af de omhandlede ændringsforslag, efter omstændighederne vil kunne indebære væsentlige ændringer i størrelsen af de tilskud til kommuner og amtskommuner, der er fastsat af finansministeren og nu optaget på forslaget til finanslov for 2006, jf. pkt. 1 ovenfor.

Finansministeriet har samtidig tilkendegivet, at man bl.a. på denne baggrund har været meget opmærksom på behovet for – såvel i selve tekstanmærkningen som i de ledsagende anmærkninger – så vidt muligt at præcisere de rammer, der gælder for bemyndigelsens omfang, og at man i lyset af de omhandlede spørgsmåls karakter ikke finder, at yderligere præciseringer er mulige.

Justitsministeriet har ikke bemærkninger til dette.”

Ressortministerens evt. undladelse af på forespørgsel at indhente justitsministerens vurdering, eller justitsministerens evt. undladelse af at tage stilling til et spørgsmål, kan naturligvis udsættes for politisk kritik. Derimod kan det ikke kritiseres retligt, allerede fordi ministrene ikke er underlagt nogen retlig svarforpligtelse.

Fagministeren kan naturligvis også vælge på egen hånd at indhente Justitsministerens vurdering.

Justitsministeriets bidrag til besvarelsen fremkommer normalt i form af en skrivelse (betegnet: notat, notits el. lign.), som vedlægges ministerens svar i form af en selvstændig tekst. Som omtalt ovf. vælger fagministrene stort set uden undtagelse at henholde sig til Justitsministeriets besvarelse. I nogle få tilfælde udformer fagministeriet selv svaret, men oplyser, at det er udformet efter konsultation med Justitsministeriet.

Endvidere må det formentlig lægges til grund, at Justitsministeriet er blevet konsulteret også i en del sager, hvor dette ikke fremgår af den rådgivning, som Folketinget modtager. Undersøgelsen giver dog ikke nogen dokumentation for denne antagelse.

5.III.5.2. Adgangen til at indhente allerede foreliggende dokumenter og oplysninger vedr. den mellemministerielle rådgivning.

Som omtalt ovenfor i 5.II.2.2.2 er ministrene generelt tilbageholdende med at give Folketinget dokumenter og oplysninger, der vedrører rådgivningen fra embedsmænd til ministre.

I betragtning af hvor stor praktisk betydning Justitsministeriets mellemministerielle rådgivning har, er det naturligvis væsentligt at se nærmere på i hvilket omfang Folketinget efter praksis har adgang til netop denne del af rådgivningen til ministrene.

Den skriftlige mellemministerielle rådgivning (notater m.v.) vil typisk vil være brevveksling om lovgivning og dermed omfattet af undtagelsesbestemmelsen i ofl § 10, nr. 2. Den mundtlige mellemministerielle rådgivning vil typisk nok være dokumenteret i telefonnotater, der – som udgangspunkt – har karakter af interne arbejdsdokumenter, jf. ofl § 7.

Ministeriernes praksis mht meddelelse til Folketinget af dokumenter og oplysninger om den mellemministerielle rådgivning er dog nok ikke direkte bestemt af offentlighedslovens regler, jf. ovf. (5.II.4.4.2.)

Ved forespørgsel om indsigt i egentlige notater og notitser om grundlovsspørgsmål m.v., som er udveklset mellemministerielt, sker det i hvert fald i nogle tilfælde, at ministerierne indvilger.

Ved materiale, der ikke har denne færdige karakter, er praksis noget mere tilbageholdende, om end ikke fuldstændig afvisende. I de fleste tilfælde vælger ministerierne vistnok at give Folketinget en vis konkret orientering.

Se f. eks. udvalgsvar fra økonomi- og erhvervsministeren til Boligudvalget, BOU 2002-03 (alm. del – bilag 232), om afslag på udvalgets ønske om at modtage notater fra Justitsministerium og Kammeradvokat som var indgået som led i et igangværende udvalgsarbejde i Økonomi- og Erhvervsministeriet, og som var blevet omtalt i en avis. Ministeren præciserede, at der ikke forelå noget konkret notat fra Justitsministeriet.

Se også AMU 2002-03 (L 151 – bilag 12), hvor udvalget anmodede om at modtage den udtalelse, som Justitsministeriet (evt.) var fremkommet med ifm. den lovtekniske gennemgang af udkastet til det pgl. lovforslag. Justitsministeriet gav i den forbindelse en kort, generel beskrivelse af den lovtekniske gennemgang som sådan; og meddelte endvidere, at det pgl. lovudkast udelukkende havde givet anledning til ”tekniske” bemærkninger. Noget notat eller lign. blev ikke oversendt.

Justitsministeriets praksis for så vidt angår telefonnotater om den mellemministerielle rådgivning er for nylig blevet belyst i UFO 2008-09 (alm. del – svar på spm. 5)/ L.A. j.nr. 2009-792-0877.

Sagen angik et lovforslag fremsat af skatteministeren, som var blevet håndhævet af myndighederne forinden forslagens vedtagelse, stadfæstelse og kundgørelse.

Ved et samråd i UFO oplyste justitsministeren, at Justitsministeriets medarbejdere i f. m. den lovtekniske gennemgang telefonisk havde gjort medarbejdere fra Skatteministeriet opmærksom på at det var i strid med grundloven – et budskab som Skatteministeriet imidler-

tid ikke havde annammet. UFO bad herefter om at måtte se Justitsministeriets telefonnotat om samtalen.

Justitsministeriet bekræftede i besvarelsen, at der forelå en ”kortfattet, håndskrevet” notits om en telefonsamtale vedr. håndhævelsesspørgsmålet. Ministeriet afslog imidlertid at udlevere notitsen, eller gengive dens indhold – uanset at et bredt flertal i UFO fandt forløbet helt usædvanligt (hvilket Justitsministeriet erklærede sig enig i), og uanset at ministeriet anerkendte at ønsket om at se notitsen skyldtes et ønske om at udvalget kunne opnå et dækkende billede af forløbet; dvs. at ministeriet anerkendte betydningen af at Folketinget måtte have praktisk mulighed for at udøve kontrolfunktioner i en sag af denne karakter (hvor der allerede på spørgetidspunktet var lagt op til en tværpolitisk kritik af skatteministeren).

Ministeriet anførte i den forbindelse bl.a. at en udlevering måtte afslås, da det kunne bidrage til at skabe praksis. En sådan praksis kunne i længden føre til at embedsmændene i højere grad udformede interne notitser m.v. med henblik på at beskytte sig selv overfor Folketinget – og i øvrigt udformede færre interne notitser – begge dele til skade for sagsbehandlings kvaliteten m.v.

Udvalget for Forretningsordenen har senere afgivet beretning med en enstemmig kritik af skatteministerens dispositioner.

Om tilbageholdenheden mht at meddele telefonnotitsens indhold alene skyldtes en principiel tilbageholdenhed med at orientere om indholdet af netop denne type materiale, eller om der også var mere konkrete politiske elementer med i afvejningen, det lader sig ikke vurdere.

Tilbageholdenheden mht oversendelse af (især) telefonnotater. har praktisk betydning, bl.a. fordi telefonisk rådgivning mellem ministerierne om lovspørgsmål er ganske almindelig – ikke mindst når rådgivningen sker under tidspres. I den forbindelse kan man bemærke, at en del af de sager, der har givet Folketinget anledning til efterfølgende at stille kritiske spørgsmål til rådgivningen, har vist sig at angå rådgivning afgivet under betydeligt tidspres. Ministeriernes tilbageholdenhed særligt på dette punkt er således ikke uvæsentlig for Folketingets muligheder for at kontrollere regeringens lovforberedelse.

5.III.6 Rådgivningens omfang og emner – herunder om Justitsministeriets rådgivning som en del af ministeriernes samlede rådgivning af Folketinget.

Som omtalt viser fordelingen af den ministerielle rådgivning på de enkelte ministerier at Justitsministeriet yder den væsentligste del af ministeriernes rådgivning til Folketinget – ca. 260 (258) ud af ca. 470 (471) hovedregistreringer. Af disse synes dog i hvert fald

halvdelen at vedrøre spørgsmål indenfor Justitsministeriets eget ressort (f. eks. domstolenes forhold, nedsættelse af undersøgelseskommissioner, politiets virksomhed, etc.).⁸²

De resterende sager omfatter både tilfælde, hvor Justitsministeriet rådgiver Folketinget direkte om forhold på andre ministres ressorts, og tilfælde hvor Justitsministeriets bidrag er indarbejdet som et selvstændigt element i den rådgivning, som andre ministerier yder til Folketinget. Justitsministeriets betydning for ministeriernes samlede rådgivning af Folketinget om statsretlige spørgsmål er dog større, end hvad man ser af en gennemgang af sager, hvor Justitsministeriet har ydet et formelt selvstændigt bidrag.

For det første må en væsentlig del af den rådgivning, der kommer fra andre ministerier, antages at have været til gennemsyn i Justitsministeriet inden rådgivningens afgivelse. Det gælder naturligvis for al rådgivning som fremgår af bemærkningerne til lovforslag fremsat af fagministrene, som følge af den lovtekniske kontrol. Og i hvert fald i større og mere juridisk tunge "sager" (se en oversigt over større sager ndf. i kap. 6.II) må det endvidere antages, at der er en tæt løbende koordination. Ved egentlig grundlovsfortolkning i snæver forstand vil Justitsministeriet vistnok altid blive bedt om en udtalelse.

For det andet: hvis man – blot tentativt - fordeler de undersøgte registreringer på en kvalitetsskala, så ligger Justitsministeriets bidrag klart i den højkvalitative ende af skalaen.

Fordelingen på emner synes ikke at udvise mønstre, man ikke kunne vente sig. Justitsministeriet står selv for rådgivningen, eller bidrager til andre ministres rådgivning, indenfor stort set alle de områder, hvor ministrene rådgiver Folketinget, jf. herom ovf. 5.II.6.

5.III.7. Afrunding: fungerer Justitsministeriet rent faktisk som kontrolinstans overfor andre ministerier?

På den ene side er Justitsministeriet "rådgivernes rådgiver" overfor de øvrige ministerier, jf. 5.III.2. På den anden side er Justitsministeriet den instans, som Folketinget hyppigst vender sig til i statsretlige spørgsmål, jf. 5.III.6. Pligten til at yde saglig rådgivning skaber dilemmaer for alle ministre og ministerier, jf. ovf. 5.II.2.-3., men man kan sige at dilemmaet er tilspidset netop for Justitsministeriet som rådgiver for Folketinget om spørgsmål indenfor andre ministeriers ressorts.

⁸² Efter en meget grov opgørelse er det ca. 130 af de af Justitsministeriet afgivne notater, betænkninger etc, der vedrører ministeriets eget område. Hertil kommer så en række notater mv., som ikke klart kan henføres til andre ministeriers ressort.

Det er derfor ikke unaturligt, at der til forskellig tid har været kritik af netop Justitsministeriets rådgivning af Folketinget, specifikt og/eller generelt. Spørgsmålet har været om det overhovedet er realistisk at forvente en reel kontrol af regeringens forslag og dispositioner fra Justitsministeriets side – vel at mærke i en situation, hvor langt det meste af Folketingets arbejde vedrører regeringens forslag og dispositioner.⁸³

De foregående afsnit rummer vel en del bidrag til bedømmelse heraf. Her skal til slut kun fremhæves tre forhold.

For det første: denne undersøgelse inddrager stort set ikke data, der kan belyse den afklaring af grundlovsspørgsmål m.v., der sker i den lovforberedende fase. Men efter mit – godt nok løst begrundede – indtryk er det ikke så få forslag, der bliver frasorteret inden lovudkastene oversendes til Folketinget. Det forhold at mange lovforslag først fremsættes efter indgåelse af politisk forlig indebærer at Justitsministeriets indsigelser også i denne fase får betydning som reel juridisk kontrol overfor regering og Folketingets flertal.

Jf. således MPU 2002-03 (L 103 – bilag 37), hvor miljøministeren anfører, at et element i det pgl. lovforslag (som der var betydelig politisk interesse for) var taget ud inden fremsættelsen på baggrund af Lovafdelingens vurdering af at forslaget ville volde problemer i f. t. grl. 43 [§ 43]

For det andet: spørgsmålet om hvorvidt Justitsministeriet *nogensinde* fungerer som stopklods for andre ministeriers forslag, også under Folketingets behandling, kan for så vidt besvares meget enkelt. Svaret er ja. Der er dog kun observeret et utvetydigt eksempel.

FIU 2002-03 (§ 28 – bilag 36) (aktstykke 88)/ JM j.nr. 2003-792-0736 [§ 46]: Trafikministeren havde ved det nævnte aktstykke bedt Finansudvalget om samtykke til bl.a. at fravige gældende lov (kommunalfuldmagtsreglerne). Dette fandt Justitsministeriet var i strid med gældende forfatningsret. Trafikministeren bad derefter Finansudvalget om at se bort fra de kritiserede dele af aktstykket.

Det bemærkes, at Justitsministeriet normalt ikke er involveret i forberedelsen af bevillingslovgivning, herunder aktstykker.

⁸³ For den nævnte kritik, se f.eks. Rønsholdt (1991), jf. nærmere ovf. 5.III.4, vedr. et konkret notat; lidt mere generelt Ole Espersen (interview) (1990); uspecifikt Boye Koch (2002). Michael Lunn har kort og generelt imødegået kritikken i Lunn (2007) p. 320-21.

I FLF 1997-98, 2. samling (L 58 – bilag 27) [§ 3] tiltrådte Justitsministeriet vel overfor Folketinget de retlige vurderinger, der lå til grund for fagministeriets lovforslag, men dog med visse forbehold.

For det tredje kan man bemærke, at der ikke siden U.1999.841 H har været eksempler på at en vedtaget lov er blevet underkendt ved domstolene. I og med at næsten alle lovforslag er regeringsforslag, og at stort set alle disse har passeret Justitsministeriet, siger det vel også noget om rådgivningens pålidelighed.

Det bemærkes at disse forhold hverken i sig selv eller tilsammen er valide indikatorer for, at kontrollen er reel i den ovenfor anførte forstand. Mit indtryk af den mellemministerielle kontrol er meget teoretisk, og for de andre forhold kan der tænkes andre forklaringer. Men indikatorerne peger dog i samme retning.

5.IV. Regler og praksis vedr. rådgivning fra Folketingets Lovsekretariat.

5.IV.1. Lovsekretariatets organisation: kapacitet, institutionel uafhængighed, politisk neutralitet.

Ministerierne og ministrene er langt de væsentligste rådgivere for Folketinget vedr. retlige spørgsmål. Men der er andre.

Folketinget kan således indhente juridisk rådgivning fra Folketingets Lovsekretariat, der er et juridisk bureau af begrænset størrelse, ledet af en lovchef. Lovsekretariatet er en del af Folketingets administration.⁸⁴ Lovsekretariatets medarbejdere er – som medarbejderne i Folketingets Administration i øvrigt – politisk neutrale.⁸⁵

Lovsekretariatets rådgivningsfunktion er ikke udtrykkeligt reguleret i Folketingets forretningsorden el. lign.,⁸⁶ men er vokset frem efterhånden. Der findes dog visse politiske tilkendegivelser om Lovsekretariatets virke. Udvalget for Forretningsordenen understregede i 1999 den betydning, som Lovsekretariatets bistand til udvalg og medlemmer kunne have for en forbedring af lovgivningens kvalitet. I den forbindelse tilkendegav UFO, at Lov- og Parlamentssekretariatet skal kunne yde en dybtgående bistand til alle udvalg indenfor statsretlige og andre parlamentarisk-juridiske fagområder, vedrørende

⁸⁴ Den organisatoriske struktur har ændret sig med årene. Fra og med 2002 blev det nuværende Lovsekretariat udskilt af det tidligere Lov- og Parlamentssekretariat.

⁸⁵ Dette fremhæves udtrykkeligt i pjecen: Folketingets faglige informationstilbud (2008), p. 3

⁸⁶ Jf. dog Ffo § 44 stk. 1, hvorefter Folketingets Præsidium kan fastsætte regler om adgang til Folketingets/ Folketingets administrations skriftlige materiale, samt om adgang til folketingsudvalgenes skriftlige materiale

menneskerettigheder og offentligretlige problemer samt vedr. lovteknik.⁸⁷ Samtidigt forudså man, at Lovsekretariatet – som supplement til ekstern ekspertise – skulle imødekomme et forventet større behov for forfatningsretlig rådgivning, herunder om sager vedr. lovforslags forhold til grundloven.⁸⁸

Rådgivningsfunktionen er i dag lidt nærmere beskrevet i pjecen ”Folketingets faglige informationstilbud”, som Folketingets administration i oktober 2008 har udsendt til folketingsmedlemmerne efter en drøftelse i Folketingets præsidium.

Lovsekretariatet arbejder umiddelbart for hele Folketinget – både for de medlemmer, der støtter regeringens holdning i en given sag, og for de, der gør det modsatte. Medarbejderne er direkte eller indirekte ansat af et politisk valgt organ, nemlig Folketingets formand, eller den, til hvem formanden har delegeret ansættelsesmyndigheden, Ffo § 45 stk. 1. Ansættelsen sker i øvrigt i vidt omfang på samme vilkår som ansættelsen af tjenestemænd og overenskomstansatte i staten, jf. Ffo §§ 46-47. Formanden fungerer dog i praksis ikke som politisk chef for Folketingets embedsmænd i nær samme omfang som en minister gør overfor ministeriets embedsmænd.

Alligevel er det nærliggende at antage at der – på samme måde som i forholdet ml. minister og embedsmænd – gælder nogle uskrevne regler om begrænsninger i ansættelsesmyndighedens beføjelser overfor Lovsekretariatets embedsmænd i saglige spørgsmål. Retligt set må Lovsekretariatets medarbejdere antages at være beskyttet mod usaglige indgreb i arbejdet fra formanden, og (bag denne) fra Folketingets flertal, på samme måde som, og i mindst samme omfang som ministerielle embedsmænd er retligt beskyttet mod ministerens pålæg om at udføre usagligt arbejde.

Samtidigt må medarbejdernes faktiske beskyttelse mod sådanne usaglige indgreb antages at være betydelig bedre end de ministerielle embedsmænds; dels fordi Folketingets formand i praksis næsten altid tilstræber at optræde politisk neutralt; dels fordi et politisk flertal, der forsøgte på usaglig påvirkning af Folketingets embedsmænd, altid vil blive udfordret af mindretallet. Der foreligger da heller ikke oplysninger om sager, hvor et politisk flertal eller en formand har søgt at presse Lovsekretariatets holdning i bestemte retninger.

Lovsekretariatets daglige hovedopgave er at bistå Folketinget med lovgivningsarbejdet, især de formelle dele heraf. Derudover tilbyder Lovsekretariatet at belyse juridiske spørgsmål i sager, der er under behandling i Folketinget. I den forbindelse angiver Lov-

⁸⁷ Således iflg. betænkning og indstilling over ændring af forretningsorden for Folketinget (forbedret lov kvalitet samt revision af spørgetimen), afgivet af UFO d. 7. Maj 1999, FT 1998-99 till. B p. 928-929.

⁸⁸ Smst., p. 930-931.

sekretariatet at have særlig kompetence og erfaring indenfor bl.a. forfatningsret samt parlamentarisk praksis og lovgivningsarbejdet.

Lovsekretariatet er af beskeden størrelse, især sammenlignet med den ganske anderledes kapacitet som ministerierne kan sætte ind med kort varsel. Bl.a. derfor er det nok i praksis sådan, at Lovsekretariatet især rådgiver om spørgsmål vedr. det, der kan betegnes som Folketings-institutionelle forhold, jf. kataloget til denne undersøgelse.

5.IV.2. Om rådgivningens indhold.

5.IV.2.1. Forpligtelsen til at udtale sig i overensstemmelse med bedste sagkyndige skøn.

Lovsekretariatets personale er som omtalt ansat på vilkår, der i høj grad ligner vilkårene for almindelige tjenestemænd og overenskomstansatte i staten, jf. herved Ffo §§ 46 og 47. De almindelige regler om embedsmænds pligt til at respektere faglige normer, herunder ved afgivelse af udtalelser om faglige spørgsmål, må i kraft heraf også gælde dem.

På samme måde som for embedsmænd i ministerierne gælder det dog nok, at den faktor som reelt ansporer Lovsekretariatets embedsmænd til at udtale sig så korrekt og retvisende som muligt, næppe er de udtrykkeligt nedskrevne regler, eller frygten for sanktioner. Det er snarere en almindelig embedsmandskultur som tilsiger at man gør sit arbejde så godt som overhovedet muligt, også på den lidt specielle arbejdsplads, som Folketinget er.

5.IV.2.2. Rådgiverstrategier for Lovsekretariatets rådgivning

Lovsekretariatet lægger stor vægt på dokumentationen af parlamentarisk praksis, i hvilken sekretariatet har en unik indsigt. Mange af de notater, der er angivet i kataloget, giver således meget værdifulde oplysninger om folketingspraksis.

Gennemgange af foreliggende litteratur er vel ikke mindre omfattende, men i alt fald mindre direkte citerende end Justitsministeriets.

Sprogstilen er alt andet lige (lidt) mere direkte og dagligsprogsagtig end Justitsministeriets.

Det er værd at nævne, at det sjældent synes nødvendigt at foretage egentlige fortolkninger af Folketingets forretningsorden. Derimod henvises altså til praksis.

Der foreligger som omtalt ikke egentlige regler om principperne for den retlige rådgivning, som Lovsekretariatet yder, herunder om rådgivningen skal være særligt tilbage-

holdende ovf. de politiske beslutningstagere, eller lign.. Der er dog enkelte politiske tilkendegivelser herom.

Iflg. administrationens pjece til medlemmerne om Folketingets faglige informations-tilbud (2008), afstår Lovsekretariatet som hovedregel fra at tage stilling, dvs. konkludere om det pgl. spørgsmål.

”Notater, der belyser et juridisk spørgsmål for et medlem eller et udvalg, vil typisk bestå i en beskrivelse af regler og praksis, mens Lovsekretariatet ikke tager stilling til den konkrete sag, eller giver anbefalinger.”⁸⁹.

Den linie, der hermed gives til kende svarer til det standpunkt, som Folketingets daværende formand (Erling Olsen (S)) gav til kende i nogle nu lidt ældre sager, således skr. af 10. maj 1996 til MF Aage Frandsen (SF), med begrundelsen:

”[...] Tilkendegav formanden eller Folketingets jurister deres standpunkt i en sådan sag [*om fremsatte lovforslags grundlovsmedholdelighed, TEJ*], ville de kunne blive beskyldt for at have misbragt deres embede partipolitisk [...]”.

Jf. en mere fuldstændig gengivelse af skrivelsen ndf. i 6.II.2

At Lovsekretariatet som udgangspunkt bør afstå fra at tage stilling rimer måske ikke helt vel med den rolle, som Udvalget for Forretningsordenen i 1999 tiltænkte Lovsekretariatet i f. m. arbejdet med lov kvalitet, nemlig at Lovsekretariatet skulle kunne yde en ”dybtgående” bistand til udvalg m.v. indenfor forfatningsretlige spørgsmål m.v. (jf. ovf. 5.IV.1). Den – kan det synes – lidt vaklende politiske holdning til Lovsekretariatets position som rådgivere afspejler muligvis en vis uenighed om hvorvidt Lovsekretariatet i mangel af et egentligt lovråd skal kunne udfylde nogle af et lovråds funktioner.

Praksis i den undersøgte periode bærer ikke præg af at Folketingets jurister normalt undlader at tage stilling til de retlige spørgsmål, som udredes. Lovsekretariatet giver udtryk for en konklusion, også i de politisk mest følsomme sager – spørgsmål om allerede fremsatte lovforslags forhold til grundloven. Der er dog på den anden side ikke mange tilfælde, hvor Lovsekretariatet er blevet bedt om en udtalelse herom.

Det mest oplagte eksempel på at Lovsekretariatet er fremkommet med udtalelser (i formel form) om fremsatte lovforslags overensstemmelse med forfatningen er et notat om æn-

⁸⁹ Jf. således Pjece om Folketingets faglige informationstilbud (2008), afsnit 1. Jura.

dringsforslag til finansloven for 2006.⁹⁰ Her udtalte Lovsekretariatet, at to ændringsforslag (i form af tekstanmærkninger) til ffl 2006 ikke kunne anses at være i strid med grundloven eller andre forfatningsretlige regler. Det bør nævnes, at der ved denne redegørelses afgivelse allerede forelå et udvalgssvar fra justitsministeren, der i et vist omfang tog stilling til de samme spørgsmål.⁹¹

Det følger i øvrigt af Lovsekretariatets position som embedsmænd direkte under Folketinget, at rådgivningens vurderinger i nogle tilfælde fremkommer i form af indstillinger til formanden, eller evt. til Folketinget som sådan. Det gælder f. eks. rådgivning om de ganske få love, som Folketinget har et særligt (med-)ansvar for.⁹²

5.IV.3. Folketingets acces til rådgivningen

Lovsekretariatets skriftlige rådgivning til Folketinget har form af notater (typisk med overskriften: notat om [...]), rapporter etc. Lovsekretariatets udtalelser afgives med Lovsekretariatet som afsender, uden signatur fra politiske chefer, og i reglen uden signatur fra medarbejdere eller chefer i Lovsekretariatet.

Lovsekretariatet yder så vidt ses ikke rådgivning i form af selvstændigt udformede bemærkninger til private lov- eller beslutningsforslag – herunder sådanne forslag, der fremsættes af et tværpolitisk flertal i Folketinget. Den rådgivning, som Lovsekretariatet yder i den forbindelse, har karakter af affattelse af udkast, og fremgår ikke overfor omverdenen. Denne form for rådgivning er dog utvivlsomt både reel og omfattende.

Alle medlemmer og øvrige folketingsorganer (udvalg m.v.) har umiddelbar adgang til at søge rådgivning i denne form.⁹³ Der er således ikke krav om at anmodninger om råd-

⁹⁰ Notat (af 5. december 2005) om ændringsforslag til forslaget om finansloven for 2006 i form af tekstanmærkning nr. 120 til § 16.91.01 og tekstanmærkning nr. 121 til § 16.91.11 og forholdet til grundloven, Finansudvalgets praksis m.v; Folketingets j.nr. 05-000757-1. [§ 46]

⁹¹ Se FIU 2005-06 (L 2 § 16 – svar på spm. 1, 3)/ LA j.nr. 2005-792-0153. [§ 46]

⁹² Se således Notat (af 5. April 2004) om eventuel ændring af revisionsbestemmelsen i lov om undersøgelseskommissioner (uden j.nr.) [*undersøgelseskommissioner...*], hvor Lovsekretariatet indstiller til Præsidiets medlemmer at fremsætte forslag om at revision af loven udskydes.

⁹³ Jf. (pjece om) Folketingets faglige informationstilbud (oktober 2008), afsnit 1. Jura. Der tales her om, at medlemmerne kan søge ”faglig information” i Lovsekretariatet. Muligvis henviser udtrykket til at administrationen angiveligt kun i begrænset grad tager stilling til retlige (og andre faglige) tvivlsspørgsmål. Uanset hvad der skal lægges i udtrykket, er en sådan mere begrænset oplysningsvirksomhed også omfattet af det begreb om rådgivning, som er anlagt i denne undersøgelse, jf. ovf. i 3.IV.4.5.

givning skal gå gennem formanden eller andre særlige folketingsorganer. Der har vistnok gennem tiden været en vis usikkerhed om folketingsmedlemmernes ret til umiddelbart at indhente Lovsekretariatets rådgivning, bl.a. i kraft af skiftende Folketingsformænds individuelle holdning til dette spørgsmål. Dette spørgsmål må altså nu anses for afklaret indtil videre.

Lovsekretariatet kan i et vist omfang også yde rådgivning på eget initiativ.

Anmodninger om rådgivning fra Lovsekretariatet foregår i vidt omfang uden formaliteter. Medlemmerne behøver ikke anvende formelle spørgeformer overfor Lovsekretariatet, og det er således kun en mindre del af de Lovsekretariats-notater m.v., som er inddraget i denne undersøgelse, der foreligger som formelle udvalgssvar eller lign.⁹⁴

Den umiddelbare kontakt mellem Folketing og Lovsekretariat indebærer også, at væsentlige dele af Lovsekretariatets samlede rådgivning sker under former, der kun delvis lader sig dokumentere, nemlig som mundtlig rådgivning eller som bistand med affattelse af udkast til folketingsdokumenter. Denne – væsentlige – del af den samlede rådgivning er ikke omfattet af denne undersøgelse, jf. ovf. i 3.IV.3.1.

5.IV.4. Rådgivningens omfang og emner.

I alt 76 registreringer fra perioden 1998-2006 vedrører rådgivning fra lovsekretariatet – ca. 2/3 af registreringerne vedr. rådgivning fra ikke-ministerielle rådgivere. Opgørelsen er som før omtalt foretaget på baggrund af Folketingets dokumenter såvel som Lovsekretariatets interne arkiv. Derved adskiller denne opgørelse sig fra f. eks. opgørelsen af ministeriernes rådgivning, der i det store og hele er opgjort alene ud fra registreringer i Folketingets dokumenter. Tallene er således ikke fuldt sammenlignelige.

Emnemæssigt er det karakteristisk for Lovsekretariatets rådgivning, at den – med enkelte undtagelser – kun dækker nogle få af emnekategorierne i kataloget. Halvdelen af registreringerne findes i emnekategorien med den diffuse overskrift: Folketingets medlemmer og arbejdsprocesser. Herudover henvises især til § 41 (vedr. lovforslags identitet), samt til emnekategorien: om undersøgelseskommissioner m.v.

Størstedelen af Lovsekretariatets arbejde (i hvert fald den undersøgte del af det) ligger altså indenfor, hvad man kunne kalde det Folketings-institutionelle område. Dette område er til gengæld også ret bredt.

⁹⁴ Det er også årsagen til at en del notater, der ikke optræder i Folketingets webarkiv, er taget med i kataloget: i praksis er der ikke tvivl om at notaterne er udarbejdet som rådgivning til Folketinget eller et af Tingets organer.

Som eksempler på rådgivning om andre spørgsmål end de Folketings-institutionelle kan f. eks. nævnes flg. notater fra Lovsekretariatet:

Eks. 1: redegørelse: domstolenes adgang til at prøve loves grundlovmæssighed, UFO 1998-99 (alm. del – bilag 44) [§ 3]. Dette notat havde karakter af en oversigt over gældende litteratur og praksis.

Eks. 2: Notat om kommuners og embedslægers adgang til plejehjem med eller uden retskendelse m.v., SOU 2002-03 (alm. del – bilag 31) Dette notat vedrørte dog samtidigt delvis Folketings-institutionelle spørgsmål, herunder især § 71-tilsynets forhold.

Eks. 3: Notat om ændringsforslaget til forslaget til finansloven for 2006 (...) [§ 46], jf. herom ovf. i 5.IV.2.2 m. henvisninger. Også fsv. angik dette notat angik rådgivningen til dels mere interne spørgsmål, her Finansudvalgets praksis.

Lovsekretariatets rådgivning af Folketinget fremstår således i vidt omfang som komplementær i forhold til ministerierne: den dækker områder, som ministerierne stort set ikke kommer ind på – mens Lovsekretariatet omvendt sjældent tager stilling til almindelige forfatningsretlige spørgsmål.

5.V. Kammeradvokaten

5.V.1. Generelt om Kammeradvokatens forhold til Folketinget, samt om hans kapacitet, institutionelle uafhængighed, og politiske neutralitet.

Kammeradvokaten er en privatpraktiserende advokat, der ved kgl. resolution er udnævnt til Kammeradvokat. Kammeradvokaten fungerer som advokat og som juridisk rådgiver for statslige myndigheder, dvs. for regering og forvaltning.

Kammeradvokaten rådgiver kun Folketinget gennem ministrene. Og det er kun en meget lille del af hans virke, der angår forfatningsretlige spørgsmål i snævrere forstand. Alligevel har Kammeradvokaten også en plads i billedet af den samlede rådgivning til Folketinget om statsretlige spørgsmål. Til belysning af hans virke som rådgiver for Folketinget er det imidlertid nødvendigt også at kigge på den rådgivningsvirksomhed, som angår andre spørgsmål end de egentligt statsretlige.

Kammeradvokaten fungerer på grundlag af aftale indgået med staten (Finansministeriet).⁹⁵ Aftalen, som fornyes med udnævnelsen af hver ny Kammeradvokat, angiver vilkårene for Kammeradvokatens virke. Derudover er Kammeradvokaten som advokat underlagt den almindelige regulering af erhvervet – herunder rpl's bestemmelser samt de advokatetiske regler. Endelig er reglerne for statsinstitutionernes brug af kammeradvokatens ydelser præciseret i Økonomistyrelsens vejledning om Kammeradvokataftalen (senest september 2008).⁹⁶

Kammeradvokaten har altså – i modsætning til Lovsekretariatets og ministeriernes embedsmænd – et personligt mandat til at fremkomme med rådgivning. Det præger til en vis grad formuleringstilen i de offentliggjorte notater, der er (lidt) mere personlig end f. eks. Lovafdelingens, jf. ndf.

Kammeradvokaten er personligt udnævnt, men er samtidig partner i et større advokatfirma (pt. Advokatfirmaet Poul Schmidt). Partnere og ansatte advokater i dette firma bistår med løsningen af Kammeradvokatens opgaver, og undertegner også notater m.v. i Kammeradvokatens navn (således: Kammeradvokaten v/ advokat ...). Kammeradvokaten råder således over en større stab af meget kompetente jurister, hvilket han da også er forpligtet til, jf. aftalen.

Kammeradvokatens kernefunktion er at varetage retssager og andre advokatopgaver for samtlige statsinstitutioner, jf. aftalens pkt. 2. Efter aftalen gælder visse mindre undtagelser fra denne brede beskrivelse; bl.a. kan Kammeradvokaten ikke påtage sig at foretage advokatundersøgelser af forhold i den offentlige forvaltning. Kammeradvokaten yder imidlertid også bistand med lovfortolkning og lovforberedende opgaver m.v., naturligvis især på områder, der ”tenderer mod retssager”.⁹⁷

Kammeradvokatens opgaver for staten vedrører mange forskellige retsområder. Til en så bred beskrivelse som denne er det vist ikke helt forkert at henvise til, at generel og speciel EU-ret, udbudsret, samt forvaltningsretlige specialområder, er blandt de almindeligste arbejdsfelter. Statsret i snævrere forstand hører derimod til de sjældnere arbejdsfel-

⁹⁵ Aftalen findes på

http://www.oes.dk/graphics/Filbibliotek_OES/OFFENTLIG/Kammeradvokaten/Kammeradvokataftalen.pdf

⁹⁶ Vejledningen findes på

http://www.oes.dk/graphics/Filbibliotek_OES/OFFENTLIG/Kammeradvokaten/Vejledning%20om%20kammeradvokatorordningen.pdf

⁹⁷ Jf. for denne formulering Morten Westrup i artiklen: Kammeradvokaten, kammerretten og generalprokurøren

ter – bl.a. fordi myndighedernes anvendelse af statsretlige regler sjældent giver anledning til overvejelser om retssager, med undtagelse af ekspropriationsretlige spørgsmål, jf. ndf.

5.V.2. Materielle regler . Forpligtelsen til at udtale sig efter bedste sagkyndige skøn, samt rådgiverstrategi.

Kammeradvokatens rådgivningspligt er relativt nøje beskrevet i kammeradvokataftalens pkt. 4:

”[...] I sådanne udtalelser [*udtalelser eller responsa til myndighedernes interne brug*] belyses alle aspekter i den foreliggende sag, ligesom eventuelle usikkerheder om den bevismæssige eller retlige bedømmelse vil blive omtalt. Hensigten er at myndigheden opnår det bedst mulige grundlag for dens beslutninger om, hvorledes sagen skal håndteres.

De spørgsmål, som forelægges Kammeradvokaten, kan så godt som alle blive genstand for en retssag, og formålet med udtalelserne er da også at opnå en prognose for, hvilket resultat, domstolene vil nå frem til. [...]”

Dette princip for rådgivningen må alt andet lige også gælde for de kammeradvokatu-
dtalelser, som er udarbejdet med henblik på at tilgå Folketinget eller en bredere kreds;
eller hvor den konkrete sandsynlighed for en retssag er beskedent.

Kammeradvokatens rådgivningsstil kan således ikke forventes at være særskilt tilbageholdende i sig selv. Tværtimod er kravet, at Kammeradvokaten så tydeligt som muligt meddeler myndighederne, hvordan en sag må bedømmes rent retligt, dvs. ud fra et evt. prøvelsessynspunkt.

I den undersøgte periode har Kammeradvokaten dog udvist konkret tilbageholdenhed af en mere speciel grund: hvor Kammeradvokaten har bistået forvaltningen med udformningen af et lovforslag, har han i mindst et tilfælde afslået efterfølgende at vurdere lovforslagets grundlovmæssighed overfor Folketinget. (EPU 1998-99 (L 234 - bilag 2). I Økonomistyrelsens vejledning til Kammeradvokataftalen er det nu understreget, at det forhold, at Kammeradvokaten har bistået ved udarbejdelsen af et lovforslag, ikke afskærer Kammeradvokaten fra at udarbejde en udtalelse til forelæggelse for Folketinget.⁹⁸ Der bør dog oplyses om denne dobbeltrolle overfor Folketinget.

⁹⁸ Vejledningens p. 6

5.V.3. Folketingets acces til rådgivningen.

5.V.3.1. Rådgivningens former.

Den rådgivning fra Kammeradvokaten, som når Folketinget (og som er registreret i denne undersøgelse), er stort set altid ydet i form af notater, undertegnet af Kammeradvokaten eller hans medarbejdere, og fremsendt af den relevante minister.

Det er dog i enkelte tilfælde sket, at Kammeradvokaten har ydet rådgivning direkte overfor Folketinget i form af et mundtligt oplæg ved udvalgshøring (sameksistens)

Det skal også nævnes, at Kammeradvokaten i en række tilfælde optræder som høringspart ved skriftlige høringer over nye lovforslag. I og med at høringssvarene (i reglen) oversendes til Folketinget samtidigt med lovforslagenes fremsendelse, fungerer de herved som rådgivning for Folketinget. Rådgivning i denne form spiller dog en meget beskeden rolle i f. m. rådgivningen om statsretlige spørgsmål.

5.V.3.2. Folketingets acces til ny rådgivning fra Kammeradvokaten.

Det må anses for udelukket, at Kammeradvokaten ved aftale kan påtage sig retlige rådgivningsopgaver direkte overfor Folketingets partier, udvalg eller enkeltmedlemmer. Selv om Kammeradvokataftalen vel ikke udtrykkeligt tager stilling til dette spørgsmål,⁹⁹ vil det ikke være praktisk foreneligt med Kammeradvokatens samarbejde med regering og forvaltning, dersom han også kunne påtage sig ad hoc-opgaver for Folketinget.

Folketingets partigrupper, udvalg og enkeltmedlemmer kan herefter kun gennem en minister modtage Kammeradvokatens vurdering af et retsspørgsmål. Det udelukker ikke, at Kammeradvokatens rådgivning har praktisk betydning, også for Folketinget.

For det første er det ret almindeligt, at ministrene på eget initiativ indhenter og oversender notater fra Kammeradvokaten om et retsspørgsmål, dvs. uden at Folketinget formelt har anmodet om det (der kan dog være tale om en uformel forståelse eller tilsagn om at indhente et sådant notat).¹⁰⁰

For det andet indvilger ministrene i nogle tilfælde – men selvfølgelig ikke alle – i at indhente og oversende et kammeradvokatnotat til Folketinget, når Tinget beder om det.

Under alle omstændigheder skal Folketinget dog ikke regne med i almindelighed at kunne benytte Kammeradvokaten som kontrol af ministeriernes juridiske rådgivning.

⁹⁹ Jf. dog Kammeradvokataftalen, hvoraf det fremgår at Kammeradvokaten ikke kan repræsentere statens modparter; samt at Kammeradvokaten ikke kan forestå advokatundersøgelser.

¹⁰⁰ Jf. som eksempel på et notat oversendt efter samråd Kammeradvokatens notat oversendt med økonomi- og erhvervsministerens skr til EPU 2003-04 (alm. del – bilag 228).

Det fremgår udtrykkeligt af vejledningen til kammeradvokataftalen, at ”[...]Principielt bør vurderinger af retlige spørgsmål i forbindelse med lovgivningsarbejdet i Folketinget foretages af det relevante ministerium og ikke af Kammeradvokaten[...]”, og at indhentelse af notater fra Kammeradvokaten i sådan sammenhæng kun bør finde sted ”undtagelsesvis”.¹⁰¹

Som omtalt ndf. er Kammeradvokatens rådgivning til ministrene som udgangspunkt fortrolig. Hvis en myndighed derimod på forhånd tilkendegiver, at man ønsker en bedømmelse med henblik på offentliggørelse eller udlevering til andre, vil Kammeradvokaten tage højde herfor under udarbejdelsen. Sådanne bedømmelser udformes i reglen som notater.¹⁰²

5.V.3.3. Folketingets adgang til indsigt i allerede foreliggende rådgivningsnotater.

Det er lige så almindeligt at Folketinget beder om indsigt i allerede foreliggende rådgivning (notater mv.), som at Folketinget beder om at måtte modtage ny rådgivning fra kammeradvokaten. Folketingets kendskab til materialet stammer typisk fra ministerens, eller evt. fra pressens omtale af det.

En myndigheds anmodning til Kammeradvokaten om en ”udtalelse” eller et ”responsum”, vil efter fast praksis blive opfattet som en anmodning om en bedømmelse til myndighedens interne brug, jf. aftalens pkt. 4.

Kammeradvokaten kan naturligvis ikke videregive sådanne udtalelser og responsa til andre.

Myndighedernes adgang til at videregive notater til omverdenen generelt er som udgangspunkt bl.a. reguleret af bestemmelserne i den almindelige forvaltningslovgivning. Efter Ofl § 10, nr. 5, omfatter borgernes almindelige ret til aktindsigt ikke brevveksling med sagkyndige om retssager eller om, hvorvidt retssag bør føres; tilsvarende gælder i forhold til en forvaltningssags parter, jf. således fvl § 14 stk. 1, nr. 3. Ved kammeradvokataftalen har Finansministeriet på statens vegne aftalt med Kammeradvokaten, at Finansministeriet henstiller til myndighederne, at disse ikke offentliggør Kammeradvokatens udtalelser eller udleverer dem til udenforstående uden at have drøftet det med Fi-

¹⁰¹ Jf. f. eks. BOU 2005-06 (L 70 – sv. spm. 32), hvor socialministeren afviste at indhente kammeradvokatens vurdering af et lovforslags indhold, under henvisning til at Justitsministeriet havde påset dette (i forbindelse med den almindelige lovtekniske kontrol), og at der derfor ikke var behov for en yderligere juridisk vurdering.

¹⁰² Jf. således kammeradvokataftalens pkt. 4 in fine.

nansministeriet; en regel herom er nu fastsat i vejledning til kammeradvokataftalen.¹⁰³ Overfor Folketinget kan dog også andre aspekter end de rent forvaltningsretlige komme i betragtning, herunder bredere politiske hensigtsmæssighedsbetragtninger.

Praksis er ikke entydig. Sikkert er det dog at rådgivning vedr. endnu ikke afgjorte retssager o. l., hvor staten optræder el. kan optræde som part, ikke udleveres – eller højst i beskåret form. Hvis der er betydelig offentlig interesse om sagen, udarbejdes evt. et særskilt notat til offentliggørelse.¹⁰⁴ Praksis i andre sager, herunder afgjorte sager, er mere svingende.¹⁰⁵ I et vist omfang benytter man sig af muligheden for at udlevere notaterne som fortroligt materiale.

5.V.4. Rådgivningens omfang og emner.

Kun 10 hovedregistreringer i den undersøgte periode vedrører rådgivning ydet af Kammeradvokaten. Der må naturligvis tages forbehold for, hvad der kan udledes af et så begrænset materiale.

Med dette væsentlige forbehold er det værd at gøre opmærksom på, at 8 af de 10 registreringer vedrører lovforslag om indgreb i ejendom, jf. grl § 73. Det hænger formentlig sammen med at sådanne lovforslag ikke sjældent må forventes at føre til retssager mod staten.

5.VI. Individuelle rådgivere m.v.

5.VI.1. Rådgivernes kapacitet, uafhængighed og neutralitet.

I en række tilfælde modtager Folketinget rådgivning om statsretlige spørgsmål fra individuelle eksperter: forskere, advokater m. v.. Rådgivningen sker typisk enten på rådgi-

¹⁰³ Efter vejledning til kammeradvokataftalen, p. 4, skal der rettes henvendelse til Økonomistyrelsen. Vejledningens ord gælder specielt rådgivning i sager, der kan udvikle sig til retssager, men kan næppe forstås indskrænkende.

¹⁰⁴ Jf. således Kammeradvokatens notat af 10. december 2003 om Christiania, christianiternes retsstilling m.v. (vedlagt som bilag til forsvarsministerens svar på § 20-spørgsmål S 1282/2003-04, bilag ikke indlagt på www.ft.dk). Dette notat blev udarbejdet bl.a. som følge af at et tidligere notat af 7. november 2003 kun delvis kunne offentliggøres, eftersom det indeholdt overvejelser til brug for en evt. retssag, jf. FOU 2003-04 (L 205 – bilag 45).

¹⁰⁵ Justitsministeriet har givet generelt udformede besvarelser om spørgsmålet, bl.a. i bidrag til skatteministerens udvalgssvar SAU 2002-03 (B 87 – bilag 12), samt i udvalgssvar til UFO, UFO 2003-04 (alm. del – bilag 50). Se også udvalgssvar fra skatteministeren på SAU 2002-03 (B 87 – bilag 6)

vernes eget initiativ, eller efter overenskomst i det enkelte tilfælde. Der findes ingen samlet, overordnet regulering af denne del af rådgivningen.

Juridiske forskere er de hyppigste individuelle rådgivere. Deres rådgivning ydes i en del tilfælde på grundlag af formløs overenskomst mellem pdes. forskeren, pda. folketin- get, et ministerium, eller evt. en privat opdragsgiver, om den konkrete rådgivningssag – f. eks. ved at en universitetsprofessor indvilger i at holde oplæg om et forfatningsretligt spørgsmål ved en udvalgshøring. I andre tilfælde ydes rådgivningen på forskerens eget initiativ.

Juridiske forskere er normalt tilknyttet en forskningsinstitution, i praksis enten et universitet (København, Aarhus, Aalborg, eller Syddansk), eller evt. Institut for Menne- skerettigheder. Deres rådgivning fremstår dog altid som soloarbejder. Det fremgår såle- des ikke i de undersøgte sager, at rådgivningen bygger på assistenters eller kollegers bi- stand i den konkrete sag. Forskernes vurderinger repræsenterer heller ikke institutionens synspunkter, men kun deres egne; jf. dog ndf. om forskere tilknyttet Institut for Menne- skerettigheder.

I og med at forskerne arbejder på egen hånd, er deres kapacitet kvantitativt begræn- set, selv for de flittigste. Forskernes styrke som rådgivere ligger i deres kvalitative kapaci- tet, dvs. i den indsigt i emnet, som den enkelte – bedømt ud fra sine akademiske kvalifi- kationer – må forventes at besidde.

Juridiske forskere ansat ved en forskningsinstitution kan ud fra et generelt synspunkt siges at være institutionelt uafhængige af politiske interesser, det være sig opposition, re- gering eller private interesser. Noget andet er at forskeren i det konkrete tilfælde kan indgå aftale om at rådgive bestemte interesser (typisk ved udfærdigelse af et responsum), og at denne aftale efter sit indhold evt. kan anses at skabe en vis afhængighed for forske- ren som rådgiver. Når en forsker påtager sig at skrive responsum for en politisk interesse (eller en part i en retssag), kan det være svært ikke til en vis grad at optræde som advo- kat.¹⁰⁶

At forskerne som udgangspunkt er organisatorisk uafhængige, indebærer ikke nød- vendigvis at de også er politisk neutrale. Man kan i hvert fald konstatere, at flere juridiske forskere sætter spørgsmålstejn ved muligheden for at bedrive ”værdifri”, herunder poli- tisk objektiv forskning.¹⁰⁷ Det udelukker dog ikke, at også disse forskere anstrenger sig

¹⁰⁶ Jf. mere almindelige overvejelser herom Henrik Zahle (2006)

¹⁰⁷ Se f. eks. Henrik Palmer Olsen (2005) med en grundig redegørelse for dette standpunkt (som an- vendt i den afhandling, den indgår i), p. 27-43. Det skal dog siges, at andre forskere betragter politisk

for at udtale sig politisk neutralt, når de bliver bedt om at rådgive Folketinget om et givet spørgsmål. Men forskernes rådgivning er netop individuel, og der kan være forskelle mellem hvad den enkelte forsker betragter som ”politisk neutral” rådgivning i konkrete situationer.

I praksis modtager Folketinget ofte rådgivning fra flere forskellige forskere samtidigt, f. eks. ved en udvalgshøring. Herved modvirkes den bias i rådgivningen, der kunne risikeres, hvis man kun hørte en enkelt. Forskerne får mulighed for tilsammen at give et facetteret billede af spørgsmålet.

Advokater er en anden, i denne sammenhæng mindre, gruppe af individuelle rådgivere. Når advokaters rådgivning fremsendes til Folketinget, sker det stort set undtagelsesfrit efter konkret aftale med klienter, der har en interesse i den pågældende politiske sag.¹⁰⁸ Advokatens virksomhed i den konkrete sag er reguleret af flere forskellige regelsæt. Udover aftalen med klienterne, samt dansk og EU-retlig regulering af advokatvirksomheden er det især generelle advokatetiske regler, det pgl. advokatfirmas evt. egne etiske regler, etc.

Arbejdet fremstår som soloarbejder, men kan være resultat af et større inddragelse af firmaets medarbejdere og partnere. Advokaten repræsenterer sig selv, men er også del af et firma. Firmaet kan meget vel være en mere samarbejdende enhed end et retsvidenskabeligt institut.

Den ”kvantitative” kapacitet er dermed ganske betydelig. Det er den kvalitative kapacitet også, i kraft af især de større advokatfirmaers generelt høje krav til deres medarbejdere; og det er i det store og hele kun større advokatfirmaer, der har leveret de advokatresponsa, der indgår i undersøgelsen. Det må dog bemærkes, at statsret ofte er temmelig fremmed land for advokater – statsret er jo netop ikke noget område, der kaster (rets-)sager af sig.

Advokaters rådgivning kan i sagens natur ikke kaldes uafhængig eller politisk neutral i den forstand, hvori disse betegnelser i øvrigt anvendes i denne undersøgelse. Efter de (vejledende) advokatetiske regler skal advokater - indenfor loven og de advokatetiske

objektiv eller værdifri retsvidenskab (i en mere traditionel betydning af ordet) som både ønskelig og mulig.

¹⁰⁸ Den isolerede undtagelse i det undersøgte materiale er ”Foreløbigt notat om forholdet mellem grl § 20 og grl § 26 i relation til Lov om Danmarks deltagelse i den fælles valuta”, fremsendt til EU-udvalget den 20. September 2000 af advokat Olav Willadsen, så vidt ses på dennes eget initiativ (EUU 1999-2000, (alm. del – bilag 1542)). [§§ 20, 26]

reglers rammer – hævde og forsvare deres klienters rettigheder og friheder.¹⁰⁹ Det må også gælde for argumentation, der er rettet mod et politisk forum. Derved adskiller advokater, som på vegne af klienter henvender sig til Folketinget med retlige argumenter, sig fra alle de rådgivere, der i øvrigt er undersøgt. Det må dog huskes, at de regler, som regulerer advokatvirksomheden, sætter grænser for advokatens mulighed for at repræsentere klienten. Det understreges således, at advokaten under udøvelse af advokatvirksomhed altid skal bevare fuldstændig uafhængighed, hvilket her forstås således at advokaten hverken bør lade sig påvirke af egne eller tredjemand's interesser.

5.VI.2. Materielle spørgsmål. Forpligtelsen til at udtale sig efter bedste sagkyndige skøn, og rådgivningsstrategier.

Kravet til individuelle rådgivere om at rådgive efter bedste sagkyndige skøn, hviler på lidt forskelligt grundlag, alt efter hvem rådgiverne er.

For den rådgivning, der kommer fra advokater, må henvises til kravet om at udvise god advokatskik, jf. rpl § 126 stk. 1. Det indebærer efter de advokatetiske regler bl.a., at advokatens bistand til klienten skal ske indenfor lovens rammer, og at advokaten ikke må gå på akkord med den professionelle standard og etik for at gøre klienten, retten eller tredjemand tilpas.

For forskere er der ikke nogen udtrykkelig regulering af sandhedspligten, det være sig af bindende eller vejledende art. Her gælder selvdisciplinen, og ønsket om at undgå den sanktion det er at miste kollegial respekt. Denne sanktion er reel nok.

Eller med de ord, som en forsker anvendte om en forskerkollega, hvis rådgivning overfor Folketinget i en konkret sag mødte kollegial kritik: ”Han tager i mine øjne fejl, og det har allerede kostet dyrt på renomméet. Når man ikke har politisk magt, har man kun sin argumentative kapital. Den er svær at optjene og nem at miste” (Jonas Christoffersen (interview) 2008).¹¹⁰

Det er naturligvis umuligt at tale generelt om rådgiverstrategier for en gruppe af individuelle rådgivere, der ikke er forenet af så meget andet end netop det at være individuelle.

¹⁰⁹ Advokatsamfundets advokatetiske regler, pkt. 1.1.

¹¹⁰ Således Jonas Christoffersen i interviewartiklen: ”Menneskerettighederne har det bedre end nogensinde før”, Weekendavisen d. 31. December 2008 p. 6.

At advokatresponsa som noget helt naturligt – og indenfor rammerne af loven og gældende ret – vil understrege argumenter, der taler til deres klients fordel, er ikke udtryk for nogen ”rådgiverstrategi” overfor Folketinget, men en følge af at advokaten arbejder for klienten, ikke for Folketinget. Det bør dog nævnes, at Advokatsamfundet og dets ledelse, Advokatrådet, ved forskellige lejligheder har givet udtryk for mere generelle rets-politiske synspunkter overfor Folketinget, herunder om kvalitet i lovgivningen, om individers retssikkerhed m.v.. Af de advokatetiske regler fremgår det således, at advokaten ikke kun har juridiske og moralske forpligtelser overfor klienten, men bl.a. også overfor ”[...]offentligheden, for hvilken eksistensen af en fri og uafhængig advokatstand, hvis integritet også bygger på regler opstillet af standen selv, er en væsentlig forudsætning til værn for menneskerettighederne overfor statsmagten.[...]”

I princippet kunne man forvente at responsa til private udarbejdet af forskere giver udtryk for mere nuancerede og frie vurderinger. Det ville i hvert fald svare til den anbefaling, som en reflekteret og anset forsker har givet sine kolleger om denne situation.¹¹¹ Af de 4 forskerresponsa som er udarbejdet til private, og som indgår i denne undersøgelses materiale, fungerer 3 dog som ret udprægede partsindlæg.¹¹² Det fjerde er vel mere nuanceret, men heller ikke dette kan siges at nå frem til nogen konklusion, der må formodes at have mishaget bestilleren.¹¹³

Det er dog næppe udtryk for at alle forskeres responsa til private bestillere antager denne karakter. Det er snarere udtryk for en udvælgelseeffekt: de forskerresponsa, som bestillerne finder det ulejligheden værd at oversende til Folketinget, er naturligt nok de, som støtter bestillernes sag.

Forskere indlæg direkte overfor Folketinget er naturligt nok heller ikke præget af nogen fælles rådgiverstrategi. Men der synes dog, meget overordnet, at være to fællestendenser: 1): forskerne formulerer sig betydeligt friere og mere personligt end embedsmænd i f. eks. Justitsministeriet eller Folketingets Lovsekretariat. Og 2): i en del tilfælde holder de sig heller ikke tilbage fra at tilkendegive i hvert fald retspolitiske (hvis ikke me-

¹¹¹ Henrik Zahle understreger i essay’et ”Anvendt Ekspertise” (genoptrykt i Zahle 2007), at forskeren (ud fra de etiske standarder for den juridiske forsker, sådan som Zahle beskriver dem) ikke har den samme frihed som en advokat til at argumentere ensidigt for det resultat, som bestilleren ønsker. Se Zahle (2007) p. 90-98, særligt p. 94-95.

¹¹² UDU 1998-99 (L 145 – bilag 3); TRU 1998-99 (L 163 – bilag 76); TRU 1998-99 (L 163 – bilag 124). De to sidstnævnte responsa hænger sammen, idet det sidste af dem har karakter af en replik.

¹¹³ REU 2002-03 (B 72 – bilag 3)

re direkte politiske) meninger om det spørgsmål, der foreligger. De to friheder er et langt stykke hen ad vejen to sider af samme sag.

Eksempel 1: prof. dr. jur. Jens Peter Christensen i et notat fra maj 1998 (baseret på et indlæg ved udvalghøring) om hvorvidt Domstolsstyrelsens uafhængighed kunne udgøre et problem i forhold til evt. kritik fra de offentlige revisionsorganer:

”[...]Med til det samlede billede hører, at justitsministeren vil have kompetence til at tilkendegive sin (og Folketingets) opfattelse over for Domstolsstyrelsen, jf. pkt. d ovenfor. Og hvis Domstolsstyrelsen trods alt dette ikke vil høre, har ministeren og Folketinget til syvende og sidst fat i den lange ende, i kraft af lovgivningsinitiativet og bevillingskompetencen.

Hertil kommer endelig realiteten i sagen, nemlig at det lige præcis for dommerne ikke vil se godt ud, hvis man af Rigsrevisionen kritiseres for at bryde bevillingsreglerne og nægter at rette sig efter kritikken. Ud fra en samlet vurdering må det skitserede ansvarsproblem derfor forekomme noget virkelighedsfjernt.”¹¹⁴

Eksempel 2: prof. Claus Haagen Jensen i indlæg under udvalghøring om et lovforslag om omdannelse af Københavns Havn under udtræk af betydeligt stifterindskud. Lovforslaget blev fremsat i forbindelse med indgåelse af finanslovsforlig. Spørgsmålet var om det indbar ekspropriation af havnens værdier:

” [...] Man kan lave om på dens [*den selvejende institution Københavns Havns*] formål, som man gjorde det i 1992 og til en vis grad også gør nu [...], men ligefrem at tage pengene i kassen, fordi man siger, at der er for mange penge i kassen! Hvis det nu viser sig ikke at holde stik, hvad så? kunne man spørge. Jeg tvivler på, at det er foreneligt med grundlovens § 73. Jeg er tilbøjelig til at mene, at for så vidt angår indgreb af den type her, nyder Københavns Havn en beskyttelse i kraft af grundlovens § 73.

[...]

Jeg vil slutte af med for det første at erkende, at den konklusion, jeg har draget her, er tvivlsom - det er den modsatte konklusion nu altså også - men jeg har det også lidt blandet med den, fordi jeg ikke på nogen måde er blind for, at der ligger nogle fornuftige argumenter bag det, man gør.

Men en gang imellem, når man har med retsregler at gøre, er man altså nødt til at sige, at det er ikke alt, der i en given situation kan fremstå som økonomisk eller i øvrigt fornuftigt, som man bare skal lade ske, når man nu har retsregler, som synes at sætte et skel mellem

¹¹⁴ Notat af 4. Maj 1998 (på baggrund af indlæg ved en udvalghøring afholdt d. 16. Februar 1998), REU 1997-98 (2. samling) (L 31/L 32 – bilag 16)

forskellige kategorier. Og jeg er bange for et skred, hvis man ikke accepterer en grænse i et tilfælde som dette.”¹¹⁵

Eksempel 3: prof., dr. jur. Peter Germer i notat fra september 2001 om grundlovmæssigheden af en evt. udvidelse af udlandsdanskernes valgret, jf. grl § 29 stk. 1:

”Man kan foretage et tankeeksperiment. Hvis man havde fortalt grundlovgiverne i 1915, at der engang i en fjern fremtid ville være bro over Øresund, at næsten alle ville have TV, og at man ville kunne se danske TV-udsendelser i Sverige, at der ville være internet, der gav udlandsdanskere gode muligheder for at følge udviklingen i Danmark [...], ville de så have sagt, at lovgivningsmagten selv under sådanne omstændigheder ville være grundlovmæssigt afskåret fra at bestemme, at danske statsborgere, der boede i Malmø og arbejdede i København, kunne anses for at have fast bopæl i riget i relation til valgret til Folketinget? [...]”¹¹⁶

Eksempel 4: prof., lic. jur. Gorm Toftegaard Nielsen i indlæg ved udvalgshøring om anklagemyndighedens uafhængighed (af Justitsministeriet):

”Så vil jeg sige [...], at jeg mener, at en forkromet, uafhængig anklagemyndighed bygget op ligesom Domstolsstyrelsen vil være en katastrofe i den forstand, at hvis man gør det, så er man nødt til at skille politi og anklagemyndighed. Det skal man lige gøre sig klart. [...] i de lande, der har den adskillelse mellem politi og anklagemyndighed, er der efter min mening ingenting, der tyder på, at de har en mere sober retspleje, end vi har. Derfor vil jeg sige, at det, man efter min mening skal gøre, er det, som både Peter Garde og Henning Fode også har plæderet for at man skal sige, nemlig at det er retsplejelovens § 98, stk. 3, den er gal med. Det er der, der står, at justitsministeren kan give konkrete påbud. Jeg synes nu ikke, man skal ophæve den. Jeg synes, man skal sætte et »ikke« ind, så retsdelen er soleklar, sådan at der står, at justitsministeren ikke kan give påbud. Det har en lidt bedre signalværdi end bare at ophæve den, og så ryger stk. 4 om klageretten.”¹¹⁷

Jf. også de ovf. i kap. 3.III.4.4. citerede afsnit af Folketingets Ombudsmand, Hans Gammeltoft-Hansens oplæg om Folkekirkens regelgrundlag ved udvalgshøring i april 2003

¹¹⁵ Oplæg til udvalgshøring i Trafikudvalget d. 3. April 2000, citeret efter referatet i TRU 1999-2000 (L 163 – bilag 65). Jf. om selve spørgsmålet U 2004.2661 H, jf. Michael Hansen Jensen (2006) p. 149-150.

¹¹⁶ Således iflg. notat af 6. september 2001 til Kommunaludvalget, KOU 2000-01 (B 144 – bilag 43). Notatet er også optrykt i bet. 1432 om udlandsdanskernes valgret.

¹¹⁷ Oplæg til udvalgshøring i Retsudvalget d. 23. September 2003, refereret i REU 2003-04 (alm. del bilag 8), p. 21-22 (PDF-udgaven).

De udvalgte citater er alle eksempler på, at de individuelle rådgivere ikke er bange for at forholde sig tydeligt til det spørgsmål, der diskuteres. Videre illustrerer citaterne, at også sprogstil er individuel. Det skal dog siges, at stilmæssige forskelligheder bliver noget mere udprægede, når rådgivningen ydes mundtligt, end når den ydes skriftligt.

Der er selvfølgelig også en del eksempler på, at juridiske forskere både udtrykker sig forsigtigt, og at de undlader at give udtryk for retspolitiske vurderinger. Men som helhed er det mit indtryk, at forskerne benytter sig af den frihed, som deres organisatoriske uafhængighed, og deres stilling som individuelle eksperter giver.

5.VI.3. Rådgivningens former og Folketingets acces til rådgivningen

5.VI.3.1. Rådgivningens former.

Folketinget modtager individuelle eksperters rådgivning i både mundtlig og skriftlig form.

Den rent skriftlige rådgivning fremkommer i form af notater og responsa. Den rådgivning, der fremkommer fra advokater, fremsættes næsten altid i sådan form.¹¹⁸ I nogle tilfælde fremkommer rådgivningen i form af skriftlige høringssvar til lovudkast; det ses (for) sjældent at individuelle forskere på dette område tager initiativ til at fremsende høringssvar.¹¹⁹ Høringssvarene oversendes til Folketinget (mere eller mindre) samtidigt med fremsættelsen af lovforslaget i Tinget.

Den del af de individuelle rådgiveres mundtlige rådgivning, som det er muligt at tage i betragtning her, fremkommer stort set kun i form af indlæg ved udvalgshøringer., jf. Ffo § 8 stk. 9, pkt. c. Efter denne bestemmelse kan udvalget anmode personer om ved en høring at redegøre for et emne og fremlægge synspunkter. Udvalgshøringer er den eneste formelt regulerede adgang for Folketingets udvalg til at bede om rådgivning fra andre end ministre.¹²⁰ Høringsformen har i praksis vist sig velegnet til bl.a. rådgivning

¹¹⁸ Jf. dog – som en isoleret undtagelse – REU 2003-04 (alm. del – bilag 8), med gengivelse af advokat Sys Roving Kochs oplæg ved Retsudvalgets høring d. 23. september 2003 om en evt. udskillelse af anklagemyndigheden fra Justitsministeriet.

¹¹⁹ Se dog f. eks. bidrag fra lektor Jonas Christoffersen i REU 2005-06 (L 217 – bilag 8), jf. dokumentets pkt. 5. Prof. dr. jur. Henrik Zahle henvendte sig i flere tilfælde med mere udførlige redegørelser, således især vedr. nævningereformen.

¹²⁰ Folketinget kan efter praksis i almindelighed ikke f. eks. sende lovforslag eller ændringsforslag i skriftlig høring, heller ikke når ministeren har undladt dette. Jf. herom betænkning og indstilling over forslag til ændring af Folketingets forretningsorden (forbedret lov kvalitet m.v.), FT 1998-99 till. B., p.

om forfatningsretlige spørgsmål, og meget af rådgivningen fra forskere ydes i denne form. I praksis er høringsformen karakteriseret ved (typisk flere) indledende ekspertoplæg, efterfulgt af spørgsmål/debatindlæg fra de folketingsmedlemmer og evt. andre, der deltager som tilhørere. Folketingets medlemmer får altså ved høringer mulighed for umiddelbar opfølgning og for dialog med rådgiverne i et omfang som ikke kendes for f. eks. spørgsmål til ministrene.

Det må understreges, at også individuelle eksperter i vidt omfang yder mundtlig rådgivning ad uformel vej.

5.VI.3.2. Accessspørgsmål vedr. responsa og notater.

Responsa og notater fremsendes i et mindre antal tilfælde til Folketinget på rådgivers eget initiativ, eller evt. på initiativ af bestillerne. Der er i praksis ikke nogle hindringer for, hvad der kan tilflyde Folketinget på denne måde.

Folketingets adgang til på eget initiativ at indkalde responsa er alene reguleret af markedet. Folketinget, dets udvalg, enkeltmedlemmer eller partigrupper m.v. kan tage initiativ til så megen rådgivning det skal være – bare man betaler. Spørgsmålet er så i hvilket omfang dette grundvilkår sætter reelle begrænsninger for Folketingets access til rådgivning.

Advokater vil formentligt ofte kræve (mere eller mindre) fuld tarif for at skrive responsa til Folketinget, hvilket formentlig forekommer de potentielle kunder at være en relativt høj pris. Hertil kommer, at advokater kun sjældent vil have specialkompetence indenfor statsretlige spørgsmål. Der er ikke i det undersøgte materiale eksempler på, at advokater har skrevet responsa på foranledning af Folketinget, eller et af Folketingets partier/ udvalg.

Forskere kræver i en del tilfælde også et honorar for at udarbejde et responsum, men det er uklart og nok temmelig individuelt, hvor stort et sådant honorar er. Det er ikke nødvendigvis prohibitivt højt, set fra den enkelte partigruppens standpunkt. I et konkret tilfælde, hvor et udvalg bad en prof., dr. jur. om et responsum, blev denne tilbudt indtil 5000 kr for et første, kortere notat. Der var dog afsat væsentlig større beløb til uddybende undersøgelser.¹²¹

921. Betænkningen nævner også, at det kan være naturligt at afholde udvalgshøring om lovforslag, som (undtagelsesvis) ikke har været i skriftlig høring, p. 917.

¹²¹ Jf. KOU 2000-01 (B 144 – bilag 39)

En del af formålet med den øgede partistøtte, der indførtes i 1995, var at partierne skulle have flere penge, bl.a. til indhentelse af juridisk rådgivning, herunder responsa (jf. ovf. i ...). Praksis er så enkel som vel muligt – jeg er ikke stødt på eksempler på at partier i den undersøgte periode har brugt deres egne penge til dette formål. Det kan dog skyldes huller i det undersøgte materiale. Der kendes vistnok kun et eksempel (som ligger udenfor undersøgelsesperioden) på et responsum indhentet og offentliggjort af et parti, nemlig det af SF i 1996 indhentede responsum fra prof. Claus Haagen Jensen om lovforslag L 268/1995-96 (optrykt som bilag til tillægsbetænkning, UDU 1995-96 (L 268 – bilag 228)).

Derimod ses det ikke så sjældent at medlemmer eller partigrupper søger at påvirke et Folketingsudvalg til at bestille responsa.¹²² Nogle gange stilles også spørgsmål til regeringen herom, men det er i praksis en demonstration, da regeringen normalt afviser at indhente universitetseksperter eller andre individuelle rådgiveres vurdering af en sag, netop med henvisning til at partierne selv har mulighed for det.¹²³ Også Folketingets formand er i de fleste tilfælde afvisende. I nogle tilfælde lykkes det dog at få Folketingets organer til at betale for indhentelse af responsa, som partierne ellers selv havde skullet bekoste, således især KOU 2000-01 (B 144 – bilag 37, 43) [§ 29]

Man kan se dette som udtryk for, at prisen for responsa er for høj, eller partistøttemidlerne for små. Det vil dog nok være mest realistisk hvis man også ser det beskedne antal af privatindkøbte responsa som udtryk for at sådanne indkøb sjældent vurderes at være pengene værd, rent politisk. Der er ikke noget ved at bruge 10.000 kr. eller mere på at indhente et notat, der bekræfter den rådgivning, man allerede har fået fra f. eks. Justitsministeriet. At antallet af indkøbte (offentliggjorte) responsa er så beskedent har utvivlsomt flere årsager – men blandt årsagerne er formentlig også Folketingets tillid til (især) Lovafdelingens rådgivning.

5.VI.3.3. Accesspørgsmål vedr. udvalgsbøringer.

Et folketingsudvalg – der jo efter sin sammensætning typisk repræsenterer Folketinget som helhed – kan til enhver tid iværksætte en høring. Det praktisk væsentlige acces-

¹²² Jf. som et ud af adskillige eksempler FÆU 2000-01 (alm. del – bilag 131) med et udvalgsmedlems skr. til udvalget om at indhente eksternt responsum vedr. rådigheden over undergrunden ved Færøerne.

¹²³ Således f. eks. Udenrigsministeriet m. fl. ministerier i notits af 10. december 2000, optrykt som bilag til høringsnotat vedr. lovforslag L 20/2000-01 (sv. på udvalgsspørgsmål 4 ad L 20).

spørgsmål er, i hvilket omfang et mindretal i Folketinget og dermed typisk et mindretal i udvalget kan få iværksat en høring.

I praksis er udgangspunktet vistnok, at udvalgsflertal relativt ofte går med til at iværksætte høring, også selv om et ønske herom kun er fremsat af et mindretal i udvalget. Det siger dog sig selv, at mindretals ønsker må stå stærkere, jo større mindretallet er. Der er imidlertid tilfælde, hvor mindretals ønsker om høringer er blevet nægtet.

I Lovsekretariatets notat af 31. Marts 2004 er opregnet 3 sager fra perioden 2002-04, hvor der var uenighed mellem udvalgsflertal og –mindretal om afholdelse af høringer.¹²⁴

Under Kulturudvalgets behandling af lovforslag L 40/2002-03 ønskede et mindretal at der blev afholdt høring om forslaget. Et flertal i udvalget stemte imod, hvorefter et medlem af mindretallet klagede til præsidiet. Da Folketingets formand herefter bad Kulturudvalgets formand om bemærkninger til sagen, tog udvalget spørgsmålet op igen og besluttede at imødekomme mindretallets ønske.

Da Det Energipolitiske Udvalg i november 2003 drøftede afholdelse af en høring om regeringens aftale med bevillingshaverne i henhold til eneretsbevilling af 8. Juli 1962 om forlængelse af Nordsøkoncessionen, ønskede et mindretal i udvalget, at høringen også skulle dreje sig om de økonomiske aspekter af aftalen. Udvalget gennemførte en høring, der alene vedrørte de statsretlige (og energiretlige) aspekter af aftalen.¹²⁵

I skr af 22. august 2003 til formanden for Det Udenrigspolitiske Nævn anmodede et medlem om at Nævnet afholdt høring om grundlaget for den danske deltagelse i Irakkrigen. Et flertal i udvalget var imod dette. Repræsentanter for et betydeligt mindretal i Folketinget og i Nævnet henvendte sig herefter til Folketingets præsidium om sagen. Folketingets formand afviste – med henvisning til manglende kompetence – at tage stilling til udvalgsflertallets afgørelse. Nævnet iværksatte herefter en høring om Irak-krigen. Denne høring behandlede dog ikke, som oprindeligt ønsket af det pgl. medlem, de danske beslutningsprocesser op til deltagelsen i krigen under behandling. Derimod blev bl.a. spørgsmålet om krigens folkeretlige grundlag behandlet.

Selv om der utvivlsomt er flere eksempler, forekommer det på denne baggrund ikke at være hovedreglen at mindretals ønsker om iværksættelse af høringer nægtes. Men selvfølgelig er det umuligt at sige noget om antallet af ønsker om høringer, som alene afslås uformelt, fordi de pågældende udvalgsmindretal godt ved at det ikke har nogen gang på jorden.

¹²⁴ Notat (af 31. marts 2004) om mindretalsgarantier i udvalgsarbejdet, herunder høringer

¹²⁵ Jf. referat i EPU 2003-04 (alm. del – bilag 592)

Det er i øvrigt værd at lægge mærke til, at flertallet kun i et af de nævnte tilfælde har modsat sig en udvalgshøring om et retligt spørgsmål. Modstanden mod iværksættelse af høringer har typisk angået høringer om mere faktiske forhold. Særligt viste sagen om høringen vedr. Irak-krigen en modstand fra flertallet mod mere undersøgelseslignende høringer.

5.VI.4. Særligt om rådgivning fra medarbejdere ved Institut for Menneskerettigheder

I forbindelse med omtalen af de individuelle rådgivere er der grund til særligt at berøre den rådgivning, som fremsættes af medarbejdere ved Institut for Menneskerettigheder (tidl. Det Danske Center for Menneskerettigheder) vedr. grundlovens frihedsrettigheder og andre statsretlige spørgsmål – selv om denne del af den statsretlige rådgivning er ganske marginal i det samlede billede.

Institut for Menneskerettigheder, som er en selvstændig enhed under Dansk Center for Internationale Studier og Menneskerettigheder, skal efter den lovgivning, der styrer instituttet, tage udgangspunkt i såvel internationale menneskerettigheder som grundlovens frihedsrettigheder.¹²⁶ Instituttet har en række opgaver, herunder at rådgive Folketing og regering om menneskerettighederne m.v.¹²⁷

I modsætning til hvad der gælder for universiteter, afgiver Instituttet en del skriftlige udtalelser, hvori forskerne udtaler sig på vegne af Instituttet, om end normalt signeret af den enkelte forsker. Det gælder særligt høringssvar. Der er ikke noget klart billede af, i hvilket omfang udtalelser afgivet på vegne af Instituttet afspejler en reel intern koordineringsproces.

Instituttet har en meget omfattende kapacitet indenfor menneskeretsforskning. Forskning i grundlovens frihedsrettigheder – og i grundlovsrelaterede rettighedsspørgsmål mere generelt – synes i nogen grad at være et nicheområde; hvilket ikke er unaturligt, eftersom de internationale menneskerettigheder i betydeligt omfang har overtaget de grundlovssikrede frihedsrettigheders funktion. Konkret har Instituttets medarbejdere udtalt sig på Instituttets vegne om bl.a. statsborgerskabslovgivningen – men derimod ikke om f. eks. ekspropriationsretlige spørgsmål.

Instituttet er med en egen bestyrelse m.v. i vidt omfang organisatorisk uafhængigt af Folketing og regering, undtagen for så vidt som man modtager bevillinger til arbejdet.

¹²⁶ Jf. L 411/6/6/2002 om et Dansk Center for Internationale Studier og Menneskerettigheder, § 1, stk. 2, nr. 2, samt § 2 stk. 2.

¹²⁷ Jf. samme lovs § 2 stk. 2, nr. 2.

Instituttets medarbejdere kan – ud fra en bred betragtning – også siges at optræde politisk neutralt; dog med undtagelse af de sager, hvor den politiske strid står om overholdelse af (eller om en større eller mindre grad af opfyldelse af) menneskerettighederne i den konkrete situation. I så fald er Instituttet som følge af sin formålsbestemmelse ”på menneskerettighedernes side” – hvilket dog ikke nødvendigvis er det samme som at alliere sig med en af stridens politiske parter.

Instituttet – eller enkelte medarbejdere – bliver i praksis kun i ganske beskeden grad bedt om at rådgive Folketinget om spørgsmål vedr. grundlovens rettighedsbestemmelser. En del af rådgivningen til Folketinget på dette område fremkommer i stedet i skriftlige høringssvar.

I og med at rådgivning fra Instituttet i vidt omfang ydes af den enkelte forsker på Instituttets vegne, er det nok vanskeligt at tale om en egentligt fælles fortolkningsstil. Men der er visse fællestræk som følge af den fælles institutionelle baggrund. Dels er det selvfølgelig, at medarbejderne giver indgående henvisninger til den internationale menneskeretlige regulering af det spørgsmål, der behandles, uanset at spørgsmålet som udgangspunkt angår dansk statsret. Dels indebærer Instituttets almindelige forpligtelse til at styrke menneskerettighederne muligvis også en vis tendens til at lægge et højt beskyttelsesniveau.

5.VI.5. Rådgivningens omfang og emner

34 hovedregistreringer i undersøgelsesperioden vedrører rådgivning afgivet af det, der her betegnes som individuelle rådgivere – heraf de 7 af advokater (i reglen) på vegne af en klient, de 6 af forskere m.v. på vegne af Institut for Menneskerettigheder, 4 er afgivet af universitetsforskere som responsa til en privat klient, mens de resterende 17 repræsenterer indlæg fra forskere eller andre jurister; 10 af disse er gengivelser af indlæg ved udvalghøringer. En del af disse registreringer dækker indlæg el. notater fra mere end en individuel rådgiver (typisk f. eks. registreringer vedr. høringsindlæg)

Også dette er naturligvis et spinkelt materiale at lægge til grund for generelle udtalelser. Det er nok det sikreste at gå ud fra at det også er ukomplet, dvs. at der foreligger relevant materiale (i skriftlig form) fra de pgl. rådgivere, som pga. mangelfuld søgning ikke er registreret.

Den registrerede rådgivning er fordelt på i alt 25 rådgivere + Institut for menneskerettigheder. Ingen kan siges at rage meget frem ud fra en rent numerisk opgørelse. 5 registreringer angår notater, høringsindlæg m.v. fra prof., dr. jur., nu Højesteretsdommer

Jens Peter Christensen, som hermed fremstår som den umiddelbart mest benyttede rådgiver i statsretlige spørgsmål i den undersøgte periode. 4 hovedregistreringer angår responsa m.v. af prof., dr. jur. Peter Germer; men 3 af disse er afgivet som responsa til private parter. Mere påfaldende er det måske i og for sig, at visse universitetsforskere, som det ellers – efter deres stilling og akademiske meritter – havde været nærliggende at indkalde som rådgivere, øjensynligt kun meget sjældent har bidraget. Dette indtryk kan dog skyldes mangelfuld materialesøgning.

Rådgiverne er en broget gruppe, og emnerne for deres rådgivning er derfor – samlet set – lige så bredt fordelt som ministeriernes rådgivning; men der er dog nogle samlede tendenser at iagttage. For det første har spørgsmål om indgreb i ejendomsretten en vis overvægt; det er i høj grad sådanne emner, der udløser responsa og advokatindlæg, og ikke sjældent også udvalghøringer (således f. eks. om L 163/1999-2000 (Københavns Havn), jf. TRU 1999-2000 (L 163 – bilag 65); eller om Nordsøaftalen, EPU 2003-04 (alm. del – bilag 592)). For det andet at forskere m.v. som udtaler sig på vegne af Center for Menneskerettigheder, typisk udtaler sig om sager vedrørende – ja – individuelle rettigheder. Empirisk forskning fører ikke altid til overraskende resultater.

5.VII. En mere kvalitativ opgørelse: rådgivningssager.

5.VII.1. Hvad menes med rådgivningssager?

Ovenfor i 5.I. er rådgivningens omfang opgjort ud fra antallet af registreringer i kataloget. I 5.II-VI er gennemgået regler og praksis for de enkelte rådgiveres bidrag til rådgivningen af Folketinget.

De opgørelser, der er anført i denne forbindelse, er baseret på simple optællinger af enkeltregistreringer. Der kan dog også foretages en anden, og mere bearbejdet opgørelse medudgangspunkt i det, som kan kaldes ”rådgivningssager”

Nu er sager ikke noget meget veldefineret begreb, i hvert fald ikke for så vidt angår Folketingets arbejde. Men det er i hvert fald klart, at rådgivningen om et bestemt retsspørgsmål kan bestå af enten et eller flere notater m.v, og dermed give sig udslag i en eller flere (hoved-)registreringer i undersøgelseskataloget. Det afgørende kriterium for afgrænsningen af en ”rådgivningssag” bestående af flere registreringer er her at de registreringer som indgår, har en sådan umiddelbar indholdsmæssig og tidsmæssig sammenhæng at de i praksis må regnes som en samlet sag. Omvendt må en registrering, der ikke står i en sådan sammenhæng med nogle andre registreringer, regnes som en ”rådgivningssag” for sig.

Der må igen mindes om at de emnefordelte registreringer ikke altid angår et og kun et dokument i Folketingets arkiver. I denne sammenhæng har det den konsekvens, at f. eks. et konkret lovforslag meget vel kan give anledning til flere forskellige ”sager”, fordelt på forskellige §-nr.

Eks.: L 163/1999-2000 om Forslag til lov om Københavns Havn A/S gav anledning til rådgivning fra forskellige sider om i hovedsagen to forskellige problemstillinger. Den ene var, om lovforslaget, der bl.a. gik ud på nedlæggelse af den eksisterende enhed Københavns Havn og samtidig oprettelse af et statsligt domineret aktieselskab Københavns Havn A/S under udtræk af et betydeligt stifterindskud, indebar ekspropriation af værdierne i den eksisterende enhed Københavns Havn. Det andet var om lovens ikrafttræden burde afvente afgørelsen i en verserende retssag, anlagt af Københavns Havn mod staten, om ekspropriationsspørgsmålet.

Rådgivning vedr. ekspropriationsspørgsmålet fremgår bl.a. af

- TRU 1999-2000 (alm. del – bilag 149) (notat fra justitsministeren),
 - alm. bemærkninger til lovforslag L 163 fremsat d. 16. December 1999,
 - TRU 1999-2000 (L 163 – bilag 65) (båndudskrift af udvalgshøring),
 - TRU 1999-2000 (L 163 – bilag 80) (justitsministerens kommentarer til synspunkter fremsat under udvalgshøringen), samt
 - TRU 1999-2000 (L 163 – bilag 83) (trafikministerens kommentarer i samme anledning).
- jf. kataloget under [§ 73].

Rådgivning vedr. spørgsmålet om udskudt ikrafttræden fremgår bl.a. af

- TRU 1999-2000 (L 163 – bilag 39) (udvalgssvar fra trafikministeren),
 - TRU 1999-2000 (L 163 – bilag 65, 80, 83) (udvalgshøring samt kommentarer hertil, jf. ovf.), samt af
 - TRU 1999-2000 (L 163 – bilag 85) (notat fra Kammeradvokaten),
- jf. kataloget under emnet: [*Forfatningskontrol*].

Det samlede antal rådgivningssager er – med udgangspunkt i registreringerne - opgjort til ca. 450. Af disse sager vedrører ca. 60 (59) sager, hvor der forekommer flere registreringer i sammenhæng som defineret ovf.

Tallet er fremkommet således: en gennemgang af de ca. 550 (553) hovedregistreringer viser at ca. 160 (165) af disse kan siges at være umiddelbart relateret til andre registreringer i et sådant omfang, at registreringerne tilsammen kan betegnes som en sag i den ovennævnte forstand. I alt er de ca. 160 (165) dokumenter fordelt på 59 sådanne sager. De resterende ca. 390 (388) hovedregistreringer betragtes herefter som selvstændige rådgivningssager.

Grupperingen af registreringer i forskellige sager er selvfølgelig min egen. I det begrænsede omfang, det har været muligt at sammenligne med den gruppering af spørgsmål m.v. i sager, som ligger til grund for Justitsministeriets journalisering, har der ikke altid været sammenfald.

Flere forskellige rådgivningsforløb kan føre til, at der optræder flere registreringer i en sag. Dels kan den oprindelige rådgiver – typisk en minister – blive bedt om uddybende svar. Dels kan det p.gld. folketingsudvalg etc. have bedt om en vurdering af spørgsmålet fra en anden rådgiver, enten en anden minister, eller en eller flere eksterne. Dels kan det relevante folketingsudvalg etc. modtage alternativ rådgivning fremsendt på rådgivers eget initiativ.

Efter denne opgørelse er det altså kun en ret beskedent del af rådgivningssagerne (omkring 15 %, eller godt 1/7), som giver anledning til indhentelse (eller fremsendelse) af supplerende rådgivning.

Det begreb om ”rådgivningssag”, der lægges til grund for denne opgørelse, er dog ret snævert; i praksis bliver der stort set kun tale om sager, hvor rådgivningen sker i samme anledning, i samme forum (dvs. samme folketingsudvalg etc.) og indenfor samme folketingsår. Folketingets arbejde er i realiteten mere sammenhængende end som så. Et bestemt lovforslag eller retsspørgsmål kan meget vel afføde samtidige og indholdsmæssigt beslægtede spørgsmål i forskellige fora. Og hvad der i praksis er nok så vigtigt: det samme spørgsmål kan blive taget op i lidt forskellige fora i forskellige år.

L 174/1998-99 om ændring af lov om arbejdsløshedsforsikring m. fl. love (fleksibel efterløn). Rådgivningssagen i den ovennævnte forstand om dette lovforslag omfatter umiddelbart to registreringer,

- AMU 1998-99 (L 174 – bilag 10) (”Notits om grundlovsbeskyttelsen af frivilligt indbetalte efterlønsbidrag”, fra justitsministeren), samt
- AMU 1998-99 (L 174 – bilag 28) (Justitsministeriets uddybende bemærkninger til notitsen).

Imidlertid kan justitsministerens skriftlige besvarelse af 2 § 20-spørgsmål, S 1152/1998-99 (”Om Justitsministeriets notat om efterlønsgarantien kan bruges på andre lignende områder”) og S 1153/1998-99 (”Om en garanti, som ligner efterlønsgarantien, tidligere er bragt i anvendelse”) også naturligt ses som registreringer, der – set fra Folketingets side - hører til i samme ”rådgivningssag”, i hvert fald i videre forstand. Rådgivningen er samtidig, og har været tilgængelig også for medlemmerne af Arbejdsmarkedsudvalget. (jf. for disse henvisninger kataloget under § 73)

Tvinddommen U 1999.841 H gav anledning til samtidig rådgivning i flere selvstændige, men tematisk beslægtede spørgsmål. Således:

- almindelige bemærkninger til L 198/1998-99 om ændring af lov om folkehøjskoler m. fl. love (vedr. ophævelse af §§ 6-10 i lov nr. 506 af 12. Juni 1996 efter HR's dom om at lovens § 7 måtte anses for ugyldig);
- UDU (alm. del – bilag 355) (undervisningsministerens talepapir vedr. samråd i Uddannelsesudvalget om administrative og lovgivningsmæssige konsekvenser af U 1999.841 H)
- REU 1998-99 (alm. del – bilag 715) (Om grl § 3, 3. pkt. og lov nr. 189 af 12. marts 1997 ("NESA-loven") set i lyset af HR's dom U 1999.841); samt
- UFO 1998-99 (alm. del – bilag 44) (Redegørelse fra Folketingets Lovsekretariat om domstolenes adgang til prøvelse af loves grundlovmæssighed)

Her er temaerne altså ikke helt så sammenhængende (undtagen fsv. angår de to første registreringer), men anledningen til den retlige rådgivning er fælles.

Som eksempel på at forskellige sager kan have en indbyrdes sammenhæng over tid, kan henvises til følgende registreringer om mulighed for opløsning af visse foreninger ved lov eller dom:

- REU 1997-98, 2. saml. (alm. del – bilag 179, 180) (Rigsadvokatens redegørelse om mulighederne for at søge rockerklubberne Hells Angels og Bandidos opløst ved dom (bilag 180) – samt notat om redegørelsen til offentliggørelse (bilag 179))
- Besvarelse af § 20-spørgsmål S 270/2000-01 ("Om opløsning af pædofilforeninger")
- Justitsministerens tale til Folketinget ved 1. Behandlingen af beslutningsforslag B 103/2001-02, 2. Samling (om et evt. pålæg til regeringen om at søge Hizb-ut-Tahrir opløst ved dom)
- Forespørgsel F 59/2003-04 til justitsministeren om Hizb-ut-Tahrir, foretaget d. 25. Maj 2004
- REU 2003-04 (alm. del – bilag 962) ("Notat om bestemmelsen i grundlovens § 78 om foreningsfrihed", fra Justitsministeriet).

I hvilket omfang denne rådgivning fra forskellige sider og i forskellige "sager" nu danner en reel helhed for Folketingets medlemmer, det er selvfølgelig svært at sige. Men Folketingets medlemmer har generelt særdeles gode muligheder for at blive orienterede om, hvad der sker i andre udvalg, andre fora etc. end dem som de selv medvirker i.

5.VII.2. Om sager med flere rådgivere, og om hvorfor der ikke er flere større sager

Man kan også illustrere rådgivningsniveauet ved en betydeligt snævrere liste over sager: nemlig over rådgivningssager, hvor mere end en rådgiver har været involveret. Disse rådgivningssager er her angivet med populariseret henvisning til det lovforslag eller lign., som de angår, eller evt. blot som ”sagen om...”. Samtidigt angives i skarpe parenteser den emnekategori i kataloget, som sagsdokumenterne er registreret under.

L 31 + 32 /1997-98, 2. Samling (F. t. l. om Domstolsstyrelsen m.v.) [§ 3]

L 145/1998-99 (Om grl § 78 og visse reguleringer af selvejende uddannelsesinstitutioner) [§ 78]

L 162/1998-99 (Lov om Havne, beskyttelse af visse rettigheder) [§ 73]

L 234/1998-99 (f. t.l. om elforsyning, ejerstrukturen) [§ 73]

L 163/1999-2000 (f. t.l. om Københavns Havn). [§ 73, *forfatningskontrol*]

L 20/2000-01 (f. t. l. om statuten for Den Internationale straffedomstol) [§ 20]

L 152/2000-01 (f.t.l om museer) [*andre spørgsmål*]

L 234/2000-01 (f.t.l. om forbud mod besøg i visse lokaler) [§ 79]

B 144/2000-01 (om valgret for udlandsdanskere og begrebet ”fast bopæl i riget”) [§ 29]

L 35/2001-02, 2. Samling (om lovgivning om terrorbekæmpelse, herunder om modstandsret m.v.) [*andre spørgsmål*]

KUU 2001-02, 2. Samling, (alm. del – bilag 327, 427) (sagen om biblioteksafgifter) [§§ 22, 73]

SOU 2001-02, 2. Samling (alm. del – bilag 31, 85) (vedr. kommuners og embedslægers adgang til plejehjem m.v.) [§ 72]

SAU 2002-03 (L 175 – bilag 10, 22, 26) (sagen om Landsskatterettens uafhængighed af ministeren i visse sager) [§ 3]

BOU 2002-03 (alm. del – bilag 271 m. fl.) (om lejerens overtagelse af almennyttige boliger som ejer- eller andelsboliger) [73]

L 138/2003-04 (f.t.l. om ændring af indfødsretsloven) [§ 44]

B 7/2003-04 (sagen om aftale om beskatning af Nordsøolien) [§§ 3, 73]

B 46/2003-04 (F. t. Folketingsbeslutning om anklagemyndighedens uafhængighed) [§ 3]

L 77/2004-05, 2. Samling (F. t. l. om ændr. af udlændingeloven (tilknytning til Eurodac- og Dublinforordningen på mellemstatsligt grundlag) [§ 20]

REU 2004-05, 2. Samling (alm. del – sv. spm. 124; bilag 250) (om nedlæggelse af amterne) [§ 82]

L 89/2005-06 (om 300-timers-reglen og grl § 75) [§ 75]

L 168/2005-06 (vedr. nævningereform m.v.) [§ 65]

Den stikordsagtigt opstillede liste peger på, at selv i de rådgivningssager, hvor der rent faktisk ydes rådgivning fra flere sider, er dette langt fra altid udtryk for at sagen er konkret politisk væsentlig. Det er heller ikke nødvendigvis udtryk for, at der foreligger en reel uenighed mellem rådgiverne om retsspørgsmålet.

Uanset om man gør registreringerne op som rådgivningssager i den ovenfor omtalte forstand, og uanset at de reelle sammenhænge mellem de enkelte registreringer nok også rækker herudover, så synes opgørelsen dog at pege på, at rådgivningen i over halvdelen af de registrerede tilfælde ikke bliver fulgt op, dvs. at der ikke stilles yderligere spørgsmål i anledning af den først modtagne rådgivning. Det er værd at stoppe op og undre sig over hvorfor.

En kvantitativ opgørelse kan selvfølgelig ikke sige noget om hvorfor trangen til yderligere uddybning ikke melder sig. Baggrunden for at sige noget om det er derfor mit generelle indtryk af de gennemlæste sager m.v.

I den – i praksis langt mest almindelige – rådgivningssituation, hvor den enlige registrering i sagen er en ministers rådgivning om et lovforslag fremsat af regeringen, og hvori det konkluderes, at forslaget ikke rejser statsretlige problemer, synes især nedenstående faktorer at være på spil.

For det første: grundlæggende er den almindelige forudsætning om interessemod-sætning mellem regering og opposition ikke altid aktuel i konkrete sager; en række lovforslag vedtages stadig med brede flertal, og uden mere vidtrækkende politiske uenigheder. I sådanne sager vil den juridiske rådgivning i højere grad end ellers nok blive taget for pålydende.

Det gælder måske ikke mindst rådgivning i lovbemærkninger, som hviler på kommissionsbetænkninger el. lign. Se f. eks. L 159/2003-04 om politiets virksomhed, som bl.a. indførte en hjemmelsregulering af politiets frihedsberøvelse udenfor strafferetsplejen, samt normerede politiets adgang til at regulere forsamlinger og opløb; jf. herved betænkning 1410/2002

For det andet: selv om der er tale om et forslag, som oppositionspartierne faktisk ønsker at bremse, kan de meget vel finde, at der ikke er grundlag for at anfægte den retlige rådgivning. Dels kan der meget vel foreligge en reel, tværpolitisk tillid også til den ministerielle rådgiver. Dels kan oppositionspartierne have mulighed for at støtte sig til uformel (f. eks. mundtlig) rådgivning fra anden side, som bekræfter den ministerielle rådgivning.

Endelig kan det også forekomme, at oppositionspartierne blot ikke ser nogen mulighed for at gå videre med spørgsmålet.

Et eksempel på dette ræsonnement kan findes udenfor undersøgelsesperioden, i beretning fra Kommissionsdomstolen vedr. Landbrugsfondene (1991), hvori MF Ole Stavad, som havde forfulgt sagen politisk fra oppositionsbænken gav udtryk for, at når man som MF fik noget, der nærmede sig en ”blåstempling” af et omstridt forhold fra Justitsministeriet, så var der ikke så meget mere man kunne gøre (gengivet efter referatet hos Jens Peter Christensen (1997) p. 257). Om datidens forhold også gælder i dag, det er så en anden sag.

5.VIII. Rådgivningens emner.

5.VIII.1. Fordeling af registreringer på emnekategorier (grundlovsparagraffer m.v.)

Et grundlæggende spørgsmål til den statsretlige rådgivning må selvfølgelig være, hvilke emner der rådgives om. Udgangspunktet for besvarelsen af det spørgsmål må selvfølgelig i første omgang være grundlovsbestemmelserne og de øvrige emner, som er brugt som emnekategorier i kataloget. Her er det relevant at kigge på såvel registreringerne som på ”rådgivningssagerne”.

Når der – som i afsnit 5.I. – skal opstilles en oversigt over rådgivningens omfang, er det naturligt at se bort fra dobbeltregistreringer. Anderledes, når man skal undersøge emnefordelingen. Her er det relevant at komme ind på både hoved- og biregistreringer, jf. herom i indledningen.

Registreringerne er i hovedtræk således fordelt på emnekategorierne (med alle forbehold for kategoriseringens rigtighed, jf. herved i Indledning til kataloget):

75 hovedregistreringer og 3 biregistreringer (herefter anført som 67 + 3, etc.) angår grl § 73

47 + 6 registreringer angår Folketingets medlemmer og arbejdsråder.

38 + 2 registreringer angår grl § 20

30 + 5 registreringer angår grl § 3

22 + 2 registreringer angår grl § 1

Mellem 10 og 20 registreringer (incl. biregistreringer) angår hver af følgende emnekategorier: grl §§ 13, 19, 22, 29, 41, 43, 44, 77-79, Undersøgelseskommissioner m.v., samt Andre spørgsmål; i alt ca. 195 (198) registreringer.

Resten af registreringerne – i alt (ca.) 240 hoved- og biregistreringer – er fordelt på 42 andre grundlovsparagraffer og 6 øvrige emnekategorier.

Man kan også sige det omvendt: 33 grundlovsbestemmelser synes slet ikke at have givet anledning til nogen registreret rådgivning overhovedet over en undersøgelsesperiode på 8 ½ folketingsår – og en del af de andre kun til (registreret) rådgivning i nogle ganske få situationer.

5.VIII.2. Fordeling af (større) rådgivningssager

Ser man herefter på fordelingen af ”rådgivningssager” som beskrevet i 5.I.2, er det interessante især hvordan sager med mere end en registrering er fordelt. Denne fordeling ser i store træk sådan ud:

Under § 73 findes 13 sager

Under § 3 findes 5 sager

Under §§ 20 og 78 findes 3 sager på hver §-nr

Under §§ 22, 29 og 41 findes 2 sager på hver §-nr

De øvrige 32 sager er fordelt på et tilsvarende antal §-nr.

Sagsbegrebet må som tidligere anført anvendes med betydelig varsomhed. Som anført ovf. 5.VII.1 kan tidsmæssigt og på anden måde separate sager udmærket have en betydelig tematisk sammenhæng, som i den konkrete situation klart er fremgået for Folketinget. Den slags sammenhænge er blot svære at gøre nogenlunde præcist op. Man må nøjes med at tage i betragtning, at opgørelsen af sager undervurderer de reelle sammenhænge.

5.VIII.3 Hvad kan der siges om baggrunden for denne fordeling?

Hvorfor nogle områder udløser mange ”sager”, og andre få eller ingen, det giver det undersøgte materiale ikke noget klart svar på.

Overordnet kan man dog pege på at nogle retsområders aktualitet kan synes at være bundet til nogle spørgsmål, der har været specielle for den undersøgte periode. At grl § 29 udløser 2 større rådgivningssager synes at have baggrund i, at der netop i slutningen af 90’erne blev rejst politisk krav om udvidelse af valgretten til at gælde en større gruppe af udlandsdanskere. At § 3 har givet anledning til adskillige ”sager” må nok især ses på baggrund af Tvinddommen og de ændringer af domstolenes stilling, som blev gennemført i slutningen af 1990’erne, og som gav den til da måske lidt negligerede bestemmelse ny betydning, også for lovgiver – og dermed betydning i rådgivningen. Endvidere kan man måske også være i tvivl om hvorvidt § 78 i enhver anden undersøgelsesperiode har givet – eller vil give – anledning til lige så mange ”sager” som i den undersøgte periode.

Omvendt er det klart, at nogle retsområder altid i et vist omfang vil være aktuelle. Det gælder vel først og fremmest for § 73: bestemmelsen beskytter et bredt felt af ejendomsrettigheder, og i et intensivt reguleret samfund som det danske er der jævnligt anledning til at tage stilling til, om lovgiver befinder sig ved eller over grænsen til et ekspropriativt indgreb. Man kan notere sig, at behovet for afklaring af ekspropriations-spørgsmål ikke er klinget ud efter regeringsskiftet i 2001, selvom de borgerlige partier traditionelt har stærke følelser om ekspropriation.

Mere konkret kan man pege på at når der er mange sager med flere rådgivningsdokumenter vedr. beskyttelsen af ejendomsretten, kan det til dels skyldes at indehavere af ejendomsretten ofte har ressourcerne til at få professionelle jurister til at tale deres sag.

Det vil føre for vidt at gå ind i en vurdering af baggrunden for, hvilke grundlovsparagraffer, lovforslagene er registreret under. Det skal blot nævnes, at lovforslagene er meget ujævnt fordelt på grundlovsbestemmelser. Men enkelte opdelinger af mere generel – og kvalitativ – art er værd at nævne. Under alle omstændigheder er der relativt sjældent tale om et grundlovsfortolkningsspørgsmål; de fleste spørgsmål angår forholdet til grundloven i en bredere forstand.

Det statsretlige spørgsmål i lovbemærkningerne vedrører i en væsentlig del af tilfældene hvad man kunne kalde anvendelse af grundlovens procesbestemmelser, herunder de skærpede hjemmelskrav. Det retsspørgsmål, der behandles i de nævnte afsnit bliver herefter, efter hvilken proces den pågældende disposition skal gennemføres. Således er der over perioden registreret 12 lovforslag vedr. hjemmel til dispositioner efter § 19 og/eller § 20.

I en del andre tilfælde er der så tale om at overveje lovforslagets forhold til grundlovens eller forfatningens materielle grænser. Således en del af lovforslagene vedr. grl's rettighedsbestemmelser. Et lidt atypisk (men interessant) eksempel er lovforslag L 89/2002-03 om ændring af lov om aktiv socialpolitik og integrationsloven, hvor sagen var at disse love på et enkelt punkt havde fået et indhold, der stred mod grl § 75 stk. 2. Udenfor de egentlige rettighedsbestemmelser kan nævnes L 168/2005-06 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love (nævningereform m.v.), hvor rådgivningen i bemærkningerne naturligvis også angik forholdet til grl § 65.

Disse eksempler kan give indtryk af, at rådgivning i bemærkningerne om lovforslagets forhold til grundlovens materielle bestemmelser i reglen skyldes at regeringen ønsker at udnytte lovgivningsmagtens spillerum indenfor grundloven så vidt som muligt i en eller anden retning. Det er da også nok en ret almindelig situation. Men det modsatte findes faktisk også: at rådgivningen i bemærkningerne angår en situation, hvor regerin-

gen med lovforslaget ønsker at realisere grundlovens og forfatningens intentioner bedre, end det hidtil er sket. Lovforslag L 31 & 32/1997-98 (2. samling) om Domstolsstyrelsen m.v. [§§ 3, 13], L 96/2003-04 om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter [§ 72], og L 159/2003-04 om politiets virksomhed (bl. a. om indførelse af hjemmel for politiets frihedsberøvelse udenfor strafferetsplejen) [§ 71], kan f. eks. ses i den retning. Og naturligvis kan det samme lovforslag indeholde elementer, der går i begge disse retninger på en gang (jf. f. eks. diskussionen om hvorvidt det var heldigt at etableringen af en også i øvrigt uafhængig Domstolsstyrelse tillod bestyrelsen for denne styrelse at træffe endelig afgørelse om, hvordan styrelsen burde forholde sig til visse revisionsbemærkninger, se henvisninger under [§§ 13, 47]).

På tværs af disse opdelinger går en anden, og nok så interessant opdeling af de registrerede lovforslag. I størsteparten af sagerne kan det statsretlige spørgsmål siges at angå retsudvikling indenfor grundlovens og forfatningens rammer. Men en mindre del af lovforslagene må efter deres indhold snarere bedømmes som en retsudvikling på forfatningsniveau (om end der kun i et tilfælde i perioden, L 1/2005-06 om ændring af tronfølgeoven, er sket en lovændring efter kravene for grundlovsændring). Et kriterium for hvornår et lovforslag kan siges at indebære en sådan forfatningsudvikling er, om loven skaber en ordning, som – uanset at den formelt kan ændres ved efterfølgende lov – af reelle grunde må anses for irreversibel eller vanskeligt reversibel. Et oplagt eksempel er f. eks. L 169/2004-05 (2. samling) om de færøske myndigheders overtagelse af sager og sagsområder. Lovforslag med lidt videregående forfatningsretlige konsekvenser fremsættes i øvrigt ofte af repræsentanter for samtlige Folketingets partier, eller af ministeren på basis af en forberedende proces, der i videre omfang end ellers har inddraget partierne.¹²⁸

Dette har i og for sig mindre med den retlige rådgivning at gøre. Det kan dog noteres, at rådgivningen i lovforslagsbemærkningerne i alle de undersøgte tilfælde koncentrerer sig om de rent retlige spørgsmål om forholdet til grundloven og forfatningen her og nu. Der gøres ikke, eller kun sjældent forsøg på at perspektivere rådgivningen i bemærkningerne med, hvad man kunne kalde forfatningspolitiske betragtninger.

¹²⁸ Se Notat: Folketingets rolle i forbindelse med tidligere revisioner af folketingsvalgloven m.v.; Notat af 30. September 2004 fra Folketingets Lovsekretariat til Folketingets Præsidium (Folketingets j.nr. 17-009), for en oversigt over lovforslag af denne art fremsat af medlemmer af Folketinget.

Kapitel 6. Den interne rådgivning af Folketinget om statsretlige spørgsmål

6.I. Generelt.

Udredningen i de foregående kapitler gælder som omtalt i indledningen forholdet mellem Folketinget og eksterne rådgivere, dvs. rådgivere som ikke selv er medlemmer af Folketinget. Dette omfatter også Folketingets Lovsekretariat og andre institutioner under Folketinget.

Folketingets medlemmer modtager imidlertid også intern rådgivning som grundlag for tingets afgørelser om visse helt eller delvis regelbundne spørgsmål. Den interne rådgivning ydes i form af indstillinger fra organer valgt af og blandt Folketingets medlemmer, herunder fra Folketingets Udvalg for Forretningsordenen, samt fra Folketingets formand.

Den interne rådgivning er ikke omfattet af denne undersøgelse. Alligevel har den interesse som bidrag til forståelsen af den eksterne rådgivnings betydning. Særligt har det interesse i hvilket omfang den interne rådgivning støtter sig til eksterne rådgivere.

6.II. Folketingets formand som rådgiver efter Ffo § 16 stk. 3.

6.II.1. Regel og praksis.

Efter Ffo § 16 stk. 3 skal lovforslag eller ændringsforslag, der strider mod grundloven, afvises. Det er formandens opgave – efter forhandling med Udvalget for Forretningsordenen – at vurdere, om en sådan modstrid foreligger, og hvis det er tilfældet, herefter at indstille til Tinget, at forslaget afvises. Afgørelse om afvisning træffes af Tinget uden forhandling.

På trods af at bestemmelsen har en betydelig alder, foreligger der kun en meget begrænset praksis og litteratur. Praksis synes ikke i alle henseender at være helt sikker, og giver kun grundlag for ret få konklusioner.

I Lov- og Parlamentssekretariatets notat af 17. Marts 1999 om Folketingets behandling af spørgsmålet om fremsatte forslags forhold til grundloven (UFO 1998-99 (alm. del – bilag 46)) er opgjort 12 forslag stillet i perioden 1939-1996, som på forskellig måde har rejst

spørgsmål om forslagens afvisning. Denne opgørelse omfatter dog ikke sager vedrørende lovforslag med ekspropriativt indhold, eller sager om lovforslags identitet.

Formanden har kun foretaget afvisning, eller indstillet til afvisning i 2 af de 12 sager.

(1) I folketingsåret 1939-40 afviste formanden, efter konsultation med næstformændene, et beslutningsforslag stillet af Bondepartiet, vedr. overdragelse af en vidtgående beslutningsmyndighed til kongen personligt. Beslutning om afvisning blev truffet inden forslagens nummerering og omdeling. Formanden meddelte denne beslutning til Folketinget med tilføjelse af at han gik ud fra at han havde Tingets samtykke til afvisningen. Formanden inddrog vist nok ikke ekstern ekspertise ved den lejlighed.

(2) I 1974-75 afviste Folketinget efter indstilling fra formanden et ændringsforslag, stillet af Fremskridtspartiet, vedr. lovforslag om revision af statens regnskaber. Formandens indstilling blev givet efter at der var blevet indhentet et notat fra Justitsministeriets Lovafdeling, hvori der blev givet udtryk for skepsis mht. forslagens grundlovsmæssighed.

I 5 andre tilfælde har formanden overfor Folketinget tilkendegivet at der ikke var ”tilstrækkelig” grund til afvisning, dog evt. med visse forbehold. I yderligere 5 sager har formanden foretaget eller ladet foretage en vis vurdering, men har enten ikke tilkendegivet nogen holdning, eller har udtrykt at forslaget ikke gav anledning til problemer.

Nærværende undersøgelse, som rækker frem til og med folketingsåret 2005-06, omfatter enkelte sager, der kan tjene til en belysning af formandens stilling overfor spørgsmål om afvisning efter Ffo § 16 stk. 3.

I 2001 fremsattes det private beslutningsforslag B 158/2000-01 hvorefter regeringen skulle fremsætte forslag til lov om ophævelse af rigsfællesskabet mellem Danmark og Færøerne, samt lade udskrive folkeafstemning til afholdelse i Danmark om ophævelse af rigsfællesskabet mellem Danmark og Færøerne. Formanden synes efter det foreliggende ikke at have taget stilling til beslutningsforslagets grundlovsmæthed. Denne passivitet var bemærkelsesværdig, henset til at statsministeren allerede under 1. behandlingen nævnte, at forslaget gav anledning til ”betydelige problemer, der knytter sig til den juridiske side”; og at justitsministeriet i et efterfølgende notat tilkendegav, at det måtte ”...anses for tvivlsomt, om det ville være muligt inden for grundlovens rammer at gennemføre beslutningsforslag nr. B 158”.

Ultimo november 2005 fremsatte finansministeren ændringsforslag til finanslovsforslagets 3. behandling, herunder forslag til visse tekstanmærkninger (nr. 120 ad forslagens § 16.91.01, samt nr. 121 ad forslagens § 16.91.11). Et medlem af Folketinget anmodede herefter for-

manden om at lade Folketingets juridiske medarbejdere om at vurdere bl.a. grundlovsmedholdeligheden af de nævnte tekstanmærkninger.¹²⁹ Lovsekretariatet m. fl. vurderede, at ændringsforslaget ikke var i strid med grundlov og statsretlige principper, herunder at det ikke var i strid med grl § 41 stk. 2 (identitetsprincippet), og fandt på den baggrund at der "...ikke efter Folketingets administrations opfattelse [er] belæg for at antage, at de pågældende to tekstanmærkninger til forslag til finanslov er grundlovsstridige, hvorfor disse ikke kan indstilles til afvisning af formanden efter forretningsordenens § 16 stk. 3".¹³⁰ Folketingets medarbejdere udtalte sig herved delvis i tilslutning til et udvalgssvar fra Justitsministeriets Lovafdeling om sagen.¹³¹ Det fremgår ikke, at formanden skulle have udtalt sig i Folketinget om sagen.

Folketingets formand modtager også en del henvendelser, som ret åbenlyst ikke giver anledning til at overveje brugen af § 16 stk. 3-kompetencen, selv om klageren henviser hertil. Således f. eks.:

November 2003 fremsatte skatteministeren f. t. l. om ændring af kulbrinteskatteloven (m. fl. love) (L 62/2003-04), fremsat i konsekvens af regeringens aftale m. A. P. Møller – Mærsk om forlængelse af Nordsøkoncessionen. I skr. af 12. november 2003 henvendte et medlem af Folketinget sig til formanden med anmodning om at lovforslagets grundlovs-mæssighed blev vurderet ved en høring, og henviste også til formandens pligt til at skride ind overfor grundlovsstridige lovforslag. I skr. af 20. november 2003 henviste formanden til, at Justitsministeriet allerede havde foretaget en vurdering af aftalens grundlovs-mæssighed, og at der var planlagt en høring om lovforslagets og aftalens statsretlige aspekter.¹³² På den baggrund fandt formanden ikke grundlag for at foretage sig yderligere.

Formandens pligter efter Ffo § 16 stk. 3 synes herefter generelt at kunne beskrives sådan:

Formanden skal i et vist, ikke nærmere bestemt omfang vurdere, om et forslag skal indstilles til afvisning som grundlovsstridigt, når folketingsmedlemmer eller evt. andre rejser spørgsmål herom inden forslaget førstebehandles.

¹²⁹ Skr af 1. december 2005 fra MF Pia Gjellerup (S) til Folketingets formand

¹³⁰ Notat (af 5. december 2005) om ændringsforslag til forslaget om finansloven for 2006 i form af tekstanmærkning nr. 120 til § 16.91.01 og tekstanmærkning nr. 121 til § 16.91.11 og forholdet til grundloven, Finansudvalgets praksis m.v., jf. Folketingets j.nr. 05-000757-1. Se notatets afsnit 4.

¹³¹ FIU 2005-06 (L 2 § 16 sv på spm. 1, 3) / JM j.nr. 2005-792-0153

¹³² UFO 2003-04 (alm. del – bilag 11)

Formanden er formentlig også i stærkt begrænset omfang forpligtet til af egen drift at være opmærksom på om noget forslag bør indstilles til afvisning af denne grund. Der kan her alene være tale om en pligt til at kontrollere, om forslaget er klart grundlovsstridigt, jf. netop ndf. For så vidt angår regeringsforslag må formanden anses berettiget til at lægge til grund, at der ikke foreligger klar grundlovsstridighed, eftersom forslaget har gennemgået en almindelig ministeriel forberedelse, herunder i reglen en justitsministeriel kontrol.¹³³ Formandens initiativpligt retter sig herefter overvejende mod ”private” forslag.

Indstilling til afvisning skal i almindelighed ske senest ved forslagens fremlæggelse for Folketinget. Derimod indstiller formanden ikke til afbrydelse af behandlingen, hvis den er gået i gang.

Udover lovforslag (og ændringsforslag til lovforslag) kan også beslutningsforslag, forslag til motiverede dagsordner etc. indstilles til afvisning.

Hvis formanden skal indstille et forslag til afvisning, skal grundlovsstridigheden være klar.¹³⁴ I tvivlstilfælde vil hensynet til at lade Folketinget debattere forslaget veje tungt.

6.II.2. De eksterne rådgiveres betydning for formandens rådgivningsfunktion efter § 16 stk. 3.

Spørgsmålet er nu, hvordan formandens indstillinger til Folketinget efter § 16 stk. 3 – der altså her ses som en intern rådgivningsvirksomhed – fungerer, sammenholdt med eksterne rådgivere.

Overordnet kan det konstateres, at der kun foreligger meget få sager, hvor formanden eller andre overhovedet har rejst spørgsmål om anvendelsen af denne bestemmelse. Der må dog tages højde for mangelfuld registrering af relevante sager, og jeg har som det ses ikke foretaget førstehåndsstudier i Folketingstidende m.v.. Selv med dette forbehold må den ringe sagsmængde over de seneste mere end 70 år forstås således, at spørgsmål

¹³³ Jf. daværende formand Erling Olsens synspunkter i skr. af 10. maj 1996, gengivet i afsnit 4.IV.2.2. (hovedteksten). Selv om regeringsforslag undtagelsesvis ikke har passeret Justitsministeriet – det gør f. eks. bevillingslove ikke – må formanden kunne betragte den ministerielle forberedelse som tilstrækkelig garanti for at der ikke foreligger klar el. åbenlys grundlovsstridighed.

¹³⁴ I sagen vedr. ændringsforslag til lov om statens regnskab (1974-75) blev det dog anset for tilstrækkeligt klart, at Justitsministeriets Lovafdeling tilkendegav, at afdelingen ”...måtte nære betænkelighed ved at anse det foreliggende ændringsforslag... for grundlovsmæssigt”. Om klarhedskriteriet, se i øvrigt Henning Koch (1997)

om forslags grundlovmæssighed i det store og hele har fundet sin afgørelse uden at involvere formanden.

Når man sammenholder de nævnte 12 (registrerede) sager med de mere end 500 tilfælde af rådgivning fra ministre og andre, blot i perioden 1998-2006, så er det fristende at antage at brugen af ekstern rådgivning har marginaliseret den interne rådgivning fra formanden efter Ffo § 16 stk. 3. Om det rent faktisk forholder sig sådan skal dog ikke kunne siges.

Et selvstændigt spørgsmål er i hvilket omfang også formanden ved vurdering af om et forslag skal indstilles til afvisning, forlader sig på eksterne rådgiveres – herunder Lovafdelingens – bedømmelse. Og her er udviklingen i praksis ret klar: før ca. 1970 tog formanden i reglen stilling på egen hånd, evt. efter drøftelse med næstformand. Efter dette tidspunkt har der i næsten alle tilfælde foreligget et notat fra Justitsministeriets Lovafdeling eller andre, inden formanden tog stilling.¹³⁵ Også før 1970 skete det dog at formanden drøftede sagen med tingets jurister.

MF Erling Olsen (S) tog i sin tid som Folketingets formand stilling til bl.a. formandens brug af Lovafdelingens vurderinger i anledning af lovforslag L 268/1995-96 (Tvindloven).

Det nedenstående citat fra skr. af 10. maj 1996 fra Folketingets daværende formand, MF Erling Olsen (S) til MF Aage Frandsen (SF) fremkom som svar på en henvendelse om afvisning af lovforslag L 268/1995-96 (lovforslag om Tvindskolerne, jf. efterfølgende U 1999.841 H).¹³⁶

”[...] Folketingets forretningsorden siger i § 16 stk. 3, at forslag, som strider mod grundloven, skal afvises. Mener formanden, at et forslag er grundlovsstridigt, skal han forelægge en indstilling om afvisning for udvalget for forretningsordenen for herefter at sætte den til afstemning i tinget.

Noget sådant vil jeg kun gøre, hvis jeg mener, at et forslag klart strider imod grundloven, og så megen tillid har jeg til justitsministeriets lovafdeling, at jeg højst kan mene, at et forslags grundlovmæssighed kan være diskutabel, hvis det har fået den justitsministerielle blåstempling.

I så fald føler jeg, at jeg har levet op til mine pligter som formand for tinget, når blot jeg har skaffet mig vished for, at justitsministeriet har sagt god for forslaget.

¹³⁵ Jf. Notat om Folketingets behandling af spørgsmål om fremsatte forslags forhold til grundloven, UFO 1998-99 (alm. del – bilag 46).

¹³⁶ Formandens skr. af 10. maj 1996 er optaget som en del af bilag 14 til dokumentet: UFO 1998-99 (alm. del – bilag 46), jf. [Forfatningskontrol].

Det fjerner dog ikke folketingsmedlemmernes ansvar for kun at vedtage noget, som er i overensstemmelse med grundloven. Derfor må hver enkelt gøre op med sig selv, om et forslag er grundlovsstridigt eller ej, og her kan han eller hun ikke hente hjælp fra formanden eller Folketingets ansatte jurister, såfremt det er diskutabelt om et forslag er grundlovsstridigt.

Tilkendegav formanden eller Folketingets jurister deres standpunkt i en sådan sag, ville de kunne blive beskyldt for at have misbrugt deres embede partipolitisk. [udhævet her, TEJ]. Derfor vil jeg holde min personlige opfattelse af L 268 for mig selv, indtil Folketingets afgørelse foreligger.

Så længe vi ikke har et lovråd, må jeg derfor nøjes med at henvise dig og dine kolleger i SF til at bruge nogle af de ekstra midler, som planen til en styrkelse af Folketingets arbejde skaffede jer, til at gå i byen for at købe uafhængig statsretlig ekspertrådgivning om L 268 [...]”

Formanden (Erling Olsen) indtog efterfølgende det samme standpunkt i en nyere sag, i en skr. af 4. April 1997 til MF Keld Albrechtsen (Enh.) som svar på dennes henvendelse vedr. lovforslag L 197/1996-97 (Europol). Standpunktet er her lidt kortere formuleret.¹³⁷

Som udgangspunkt må i hvert fald en del af disse betragtninger formodes stadig at have relevans. For så vidt angår den stilling, som Folketingets jurister indtager, henvises dog til afsnit 5.IV. ovf.

I hvert fald 2 centrale argumenter i denne skrivelse fortjener at blive fremhævet her.

- (a) Det er medlemmernes, og ikke særskilt formandens, ansvar at Folketinget kun vedtager forslag, som er i overensstemmelse med grundloven.
- (b) Dersom Justitsministeriet efter undersøgelse af et forslag ikke rejser indvendinger mod forslaget (forslaget ”...har fået den justitsministerielle blåstempling”), kan formanden lægge til grund, at der ikke foreligger klar grundlovsstridighed, og han kan derfor undlade at indstille til afvisning. ”Blåstemplingen” udelukker dog ikke at der kan være en vis tvivl om grundlovsmedholdeligheden – dvs. forslaget kan ligge i en gråzone.

Man kan derimod nok ikke af denne formandsudtalelse konkludere, at alle formænd bør anses for afskåret fra at udtale sig om sådanne gråzonespørgsmål. Tidligere formænd synes ikke at have pålagt sig meget snærende bånd i den henseende.

¹³⁷ Jf. UFO 1996-97 (alm. del – bilag 15). Skrivelsen er genoptrykt som bilag 15 til UFO 1998-99 (alm. del – bilag 46), jf. [forfatningskontrol]

6.III. Særligt om sager vedrørende lovforslags identitet, jf. grl § 41 stk. 2.

Grl § 41 stk. 2, hvorefter lovforslag skal undergives tre behandlinger i folketings-salen, indebærer at der er visse grænser for hvor vidtgående ændringer lovforslaget kan undergå mellem fremsættelse og vedtagelse (identitetskravet). Folketingets medlemmer må således løbende tage stilling til det retlige spørgsmål om ændringsforslags overensstemmelse med grl § 41 stk. 2,¹³⁸ samtidigt med at medlemmerne tager stilling til det politiske indhold.

Som udgangspunkt er der altså tale om spørgsmål om lovforslags medholdelighed med grundloven. Den principielle fremgangsmåde ved afgørelse af disse sager svarer da også til den, der efter § 16 stk. 3 anvendes ved sager om lovforslags forhold til andre grundlovsbestemmelser, jf. ovf. 6.II.: at Folketingets formand indstiller et ændringsfor-slag til afvisning ved Folketinget, hvis ændringsforslaget er så vidtgående, at det klart må anses at være i strid med identitetsprincippet – dog med den tilføjelse, at formanden først vil afgive indstilling efter at have drøftet sagen med Udvalget for Forretningsorde-nen.¹³⁹ I den undersøgte periode har der vistnok ikke været sager, hvor ændringsforslag (offentligt) er blevet afvist som klart stridende mod identitetsprincippet.

I de langt mere almindelige sager, hvor ændringsforslaget ligger i en ”gråzone”, dvs. hvor forslagens faktorer peger i forskellige retninger, og hvor forslagsstiller ønsker at op-retholde forslaget, er det op til det relevante fagudvalg at forholde sig til identitets-spørgsmålet, herunder i betænkningen. Udvalget kan imidlertid ikke afvise at optage for-slaget i betænkningen; ændringsforslaget kan kun afvises af Folketinget efter indstilling fra formanden.¹⁴⁰

Uanset hvilken fremgangsmåde der følges, kræves der således en forudgående vurde-ring af om ændringsforslaget er i klar modstrid med identitetsprincippet, om det ligger i en gråzone; eller om det er klart indenfor de grænser, som sættes af identitetsprincippet – dvs. en vurdering af et retsspørgsmål. Og denne vurdering er i dag i alle tilfælde over-

¹³⁸ Egtl. må det retlige spørgsmål formuleres således: om ændringsforslaget, hvis det indarbejdes som del af det foreliggende lovforslag, vil medføre at det samlede lovforslag herefter har undergået sådanne ændringer, at lovforslaget som det så vil se ud efter evt. 3. behandling og vedtagelse i Folketinget, ikke kan anses for at være identisk med det fremsatte lovforslag i det omfang, som grl § 41 stk. 2 må anses at kræve. Men her anvendes altså det noget enklere: ændringsforslagets overensstemmelse/ identitet med lovforslaget.

¹³⁹ Jf. således: [*skr. om*] Behandling af sager om ændringsforslags forhold til lovforslag (identitet); skr. af 24. April 2001 fra Folketingets formand til udvalgene (UFO 2000-01 (alm. del – bilag 47))

¹⁴⁰ Jf. den i foregående note omtalte skr., UFO 2000-01 (alm. del – bilag 47)

ladt til Folketingets administration (Lovsekretariatet). I en del tilfælde afsluttes sagen i dialog mellem Lovsekretariatet og forslagsstilleren; men dersom forslagsstilleren fastholder et forslag, som Lovsekretariatet ikke uden videre finder uproblematisk, udarbejdes et notat om sagen.¹⁴¹ Notater om identitetssager notater slutter med en samlet vurdering af, om ændringsforslaget efter den praksis, som Folketinget i øvrigt henholder sig til, er i strid med grl § 41 stk. 2. I den undersøgte periode er der afgivet i alt 13 notater om ændringsforslags forhold til identitetsprincippet, jf. katalogets § 41.

Lovsekretariatet tilkendegiver altså et standpunkt i sager om ændringsforslags identitet, ikke mindst i gråzonespørgsmål. At de eksterne rådgivere – her Lovsekretariatet – således normerer det juridiske spørgsmål, er dog ikke ensbetydende med at Folketingets medlemmer har afgivet indflydelse på afgørelsen.

Den vurdering, som Lovsekretariatets medarbejdere fremkommer med i disse sager, har i nyere tid været baseret på mere eller mindre udførlige generelle retningslinier besluttet af formand og præsidium el. Udvalget for Forretningsordenen.

I 1994 lagde den daværende formand lagt sig fast på en ændret, og mere restriktiv praksis mht. anerkendelse af ændringsforslag.

I 1999 vedtog et folketingsflertal imidlertid at fravige denne praksis i et konkret tilfælde, uanset at både Lovsekretariat og formand havde frarådet det. Lovsekretariatet havde i den konkrete sag konkluderet at det relevante ændringsforslag (homoseksuelles stedbarnsadoption) faldt udenfor den nævnte restriktive praksis.¹⁴² Herefter meddelte formanden forslagsstilleren, at han var enig i den konklusion, som Folketingets embedsmænd var nået frem til, og at han derfor frarådede forslagsstiller at opretholde forslaget.¹⁴³ Forslagsstiller anmodede imidlertid om at sagen blev drøftet i Udvalget for Forretningsordenen, hvor et flertal ikke fandt det betænkeligt at stille ændringsforslaget. Herefter meddelte formanden forslagsstilleren, at han ikke havde grundlag for at indstille ændringsforslaget til afvisning.¹⁴⁴ Identitetsspørgsmålet blev også diskuteret under 2. behandlingen, hvor synspunk-

¹⁴¹ I praksis har Lovsekretariatet udarbejdet en standard, som med ret få variationer kan danne mønster for rådgivningsnotaterne i de enkelte sager.

¹⁴² Se ”Notat (af 12. april 1999) om et ændringsforslag om ”stedbarnsadoption”, der overvejes stillet til lovforslagene L 70 (registreret partnerskab m. m.) eller L 40 (international adoption)” (REU 1998-99 (L 70 – bilag 32)). Om den daværende restriktive praksis’ baggrund, se Lovsekretariatets notat (af 31. Marts 2000) om retlige problemer forbundet med ændringsforslag, pkt. I. Se også Bormann m. fl., *Loven* (2001), hvori det (fejlagtigt) anføres, at Folketinget fortsat opretholder en restriktiv praksis.

¹⁴³ Formandens skr. af 13. april 1999 til MF Yvonne Herløv Andersen (CD)

¹⁴⁴ Formandens skr. af 21. april 1999 til MF Yvonne Herløv Andersen (CD)

terne herom delte sig omtrent svarende til synspunkterne på ændringsforslagets materielle indhold.

På denne baggrund indstillede Lovsekretariatet at man fik en ny generel retningslinie for behandlingen af sager om identitetsspørgsmål.¹⁴⁵ I dag synes praksis på ny at være blevet temmelig liberal.

Man kan således ikke uden videre konkludere, at den grundlæggende normering af det retlige spørgsmål, som Folketinget i disse sager skal tage stilling til, i alle tilfælde er overladt til juristerne.

6.IV. Indstillinger fra Udvalget for Forretningsordenen vedr. samtykke til tiltale og fængsling af folketingsmedlemmer, jf. grl § 57, 1. pkt.

Efter grl § 57, 1. pkt., kan Folketingsmedlemmer ikke fængsles eller tiltales uden Folketingets samtykke, med mindre de er grebet på fersk gerning. I praksis forelægger anklagemyndigheden samtlige sager om evt. tiltale mod folketingsmedlemmer for Justitsministeriet,¹⁴⁶ som herefter i en notits til Udvalget for Forretningsordenen – vedlagt et udkast til anklageskrift – indstiller at sagen forelægges for Folketinget med henblik på indhentelse af samtykke efter § 57. Justitsministeriet foretager således 2 konstateringer: 1) at den pgl. er folketingsmedlem, 2) at vedkommende ikke er grebet på fersk gerning.¹⁴⁷ Derimod tager ministeriet ikke stilling til om Tinget bør meddele samtykke, dvs. om der efter Tingets praksis m.v. er grundlag for at meddele samtykke (selv om dette naturligvis forudsættes).

Justitsministeriets indstilling forelægges ikke umiddelbart for Folketinget, men som bilag til betænkning og indstilling fra Udvalget for Forretningsordenen om samtykke efter § 57 for det relevante folketingsmedlem. Efter praksis er det herefter UFO, der afgiver indstilling til Folketinget i disse sager.

UFO's indstilling er imidlertid af formel karakter. Efter fast praksis henvises der til Justitsministeriets notits samt udkastet til anklageskrift, hvorefter UFO blot nøjer sig

¹⁴⁵ Notat (af 31. marts 2000) om retlige problemer vedr. ændringsforslag, afgivet af Lov- og Parlamentssekretariatet til Udvalget for Forretningsordenen (optaget som bilag 4 til UFO 1999-2000 (B 69 – bilag 5)

¹⁴⁶ Jf. aftale af 10. oktober 1973 mellem Folketingets Præsidium og justitsministeren, som refereret i Zahle (red.): Grundloven med kommentarer (2006), p. 373

¹⁴⁷ Jf. nævnte aftale, pkt. 1, om tilfælde hvor et folketingsmedlem må anses grebet på fersk gerning.

med at indstille, at Folketinget giver samtykke til at Justitsministeriets anmodning imødekommes.

Justitsministeriet har i et tilfælde overfor Folketinget også taget stilling til en indsigelse fra det pgl'd. folketingsmedlem (Peter Brixtofte, v/ forsvarsadvokat) om hvorvidt der er grundlag for at begære samtykke efter § 57, jf. således UFO 2002-03 (alm. del bilag 46, 50)/ JM j.nr. 2003-172-0006:

I et udkast til anklageskrift, dateret 1. Maj 2003, havde anklagemyndigheden (SAØK) udarbejdet en tiltale mod MF Peter Brixtofte for overtrædelse af forskellige straffelovsbestemmelser m.v.

I skr. af 12. maj 2003 til Justitsministeriet (refereret i ministeriets notits) havde Peter Brixtoftes forsvarer anført, at det ville være i strid med grl § 57 at indhente samtykke på baggrund af det foreliggende udkast til anklageskrift, idet udkastet indeholdt et forbehold for ændring og/eller udvidelse af tiltalen.

Justitsministeriet bemærkede hertil, at det nævnte forbehold ikke rettede sig mod § 57-samtykket, men alene angik om der ved udformningen af anklagepunkterne i udkastet til anklageskrift var foretaget en bindende påtalebegrænsning. Ministeriet bemærkede også at en efterfølgende udvidelse/ændring af tiltalen ville kræve fornyet forelæggelse efter § 57.

Justitsministeriet fandt endvidere, at de øvrige synspunkter, der var gjort gældende af forsvareren, burde vurderes af retten.

Det ses ikke om forsvarerens skr. af 12. maj 2003 er blevet oversendt til Udvalget for Forretningsordenen, eller til andre folketingsorganer.

Det kan selvfølgelig siges, at rådgivningen i dette tilfælde angår indsigelser, som Justitsministeriet netop ikke finder relevante i forhold til Folketingets § 57-vurdering. Det er dog nok vanskeligt at forestille sig indsigelser mod anklageskriftet, som ministeriet umiddelbart ville vurdere alene angik Folketingets § 57-vurdering, og som ministeriet derfor burde afholde sig fra at kommentere.

Udvalgets deltagelse i den retlige rådgivning af Folketingets medlemmer synes altså mere formel end reel.

6.V. Intern rådgivning til Folketinget efter andre bestemmelser.

I en række andre sager afgiver organer nedsat af Folketingets medlemmer indstillinger til Folketinget inden Folketinget træffer helt eller delvis regelbundne afgørelser. Praxis gennemgås her mere summarisk. Der ses her bort fra statsrevisorernes indstillinger

vedr. statsregnskabet, samt indstillinger fra udvalget for Forretningsordenen vedr. nedsettelse af undersøgelseskommissioner, jf. Ffo § 55.

Efter Ffo § 1 stk. 3-6 afgiver det foreløbige Udvalg til Valgs Prøvelse indstillinger til Folketinget om godkendelse af valg til Folketinget, med enkelte undtagelser. Disse indstillinger er i praksis næsten altid en viderebefordring af Indenrigsministeriets opgørelse af valgene. I de meget få tilfælde, hvor valgopgørelsen af den ene eller den anden grund er anfægtet, vil indstillingen fra Udvalget for Valgs Prøvelse normalt også bero på den ministerielle rådgivning.

Efter Ffo § 41 stk. 2 afgiver Folketingets formand indstilling om stedfortræderes midlertidige medlemskab af Folketinget. Identifikationen af stedfortræderne hviler også her på Indenrigsministeriets valgopgørelse.

Det skal nævnes, at formanden (og til dels præsidiet) på flere andre områder er tilbageholdende med at tage stilling til uenigheder om forståelsen af det regelsæt, som Folketinget virker under; uenigheder om f. eks. hvorvidt regeringen har givet en fyldestgørende besvarelse på et spørgsmål fra Folketinget, henvises efter fast praksis til politisk afgørelse.¹⁴⁸ Formanden har også afslået at udtale sig om et udvalgsflertals beslutning om at trække et allerede stillet udvalgsspørgsmål, med henvisning til at hverken formand eller præsidium har formel kompetence til at ændre udvalgenes afgørelser herom.¹⁴⁹ Formanden har endvidere afslået at udtale sig om en klage vedr. iværksættelse af en høring (om dansk deltagelse i Irakkrigen), med henvisning til at han ikke havde kompetence til at gribe ind.¹⁵⁰

Heller ikke Folketingets præsidium eller Udvalget for Forretningsordenen ses at være tillagt særlige kompetencer til at afgøre konkrete spørgsmål om anvendelsen af de regler, der gælder for Folketinget. Derimod har disse organer en væsentlig rolle ved udformningen af nye regler.

¹⁴⁸ Dette standpunkt har formanden jævnligt lejlighed til at gentage i anledning af folketingsmedlemmers henvendelser om konkrete ministersvar. Således f. eks. formandens (Chr. Mejdahl (V)) skr. af 3. december 2004 til MF Pia Gjellerup (S), Folketingets j.nr. 14. Se også Lovsekretariatets notat (af 14. april 2005) om § 20-spørgsmål m.v. til ministrene, Folketingets j.nr. 14.

¹⁴⁹ Således iflg. formandens (Chr. Mejdahl (V)) skr. af 14. december 2004 til MF Marianne Jelved (RV), Folketingets j.nr. 21-0036 samt j.nr. 63-0035

¹⁵⁰ Her på basis af omtale af skrivelsen i Lovsekretariatets notat (af 31. marts 2004) om mindretalsgarantier i udvalgsarbejdet, herunder høringer (Folketingets j.nr. 17)

Kapitel 7. Opsummeringer og perspektiver.

7.I. Opsummering

7.I.1. Undersøgelsens emne og hovedprincipper.

Dette er en undersøgelse af den juridiske rådgivning, som det danske Folketing har modtaget om statsretlige spørgsmål i perioden 1998-2006. Hensigten har været at give et bidrag til belysning af om Folketinget modtager tilfredsstillende rådgivning.

7.I.2. Afgrænsning af materialet

Der er foretaget en omfattende gennemgang af skriftligt dokumenteret rådgivning til Folketinget. De nærmere kriterier for, hvad der er medtaget – og hvad ikke – fremgår af kap. 3. Grundlæggende er rådgivningen afgrænset til som skriftlig (eller skriftligt refereret) rådgivning fra uddannede jurister, som ikke er medlemmer af Folketinget. Det indsamlede materiale er dokumenteret i et katalog, der er vedlagt denne rapport. Det har ikke været muligt at tage højde for uformel rådgivning, herunder bl.a. megen mundtlig rådgivning – selv om dennes faktiske betydning utvivlsomt er stor.

Det materiale, der herefter er inddraget i undersøgelsen er – noget skønsmæssigt opgjort – ca. 530 dokumenter. Nogle af disse er dog i undersøgelsens katalog registreret under flere forskellige grl-paragraffer eller andre emnekategorier. Kataloget omfatter i alt ca. 590 hovedregistreringer, jf. herom 5.I.2-3.

Af dette materiale angår ca. 40 (42) registreringer vedr. betænkninger (eller elementer af betænkninger) og ca. 65 (68) registreringer angår bemærkninger til lovforslag fremsat af regeringen; mens så godt som alle de øvrige ca. 480 registreringer angår rådgivning, der er fremkommet under Folketingets behandling af et lovforslag (ca. 210 registreringer), eller uden formel sammenhæng med behandlingen af lovforslag (ca. 270 registreringer). Især de sidste tal skal dog nuanceres.

7.I.3. Antagelser, der ligger til grund for undersøgelsen

Undersøgelsen er baseret på en beskrivelse af forholdet mellem Folketing og rådgiver, som har karakter af et sæt af antagelser, som ligger til grund for undersøgelsen.

Folketinget handler indenfor rammerne af grundloven, og skal i en række konkrete tilfælde tage stilling til hvor grundlovens, og forfatningens grænser går. Folketingets medlemmer er imidlertid ikke professionelle jurister, og de forventes at tage politisk stilling, ikke juridisk. Derfor antages det, i overensstemmelse med praktisk erfaring, at de i vidt omfang søger ekstern bistand til supplerende af beslutningsprocesser, der vedrører grundlovens grænser.

Dette skaber en asymmetri mellem magt og ansvar. Politikerne har ansvaret for beslutningerne, men rådgiverne får i visse situationer uvægerligt en vis indflydelse på dem. Forholdet mellem politikere og rådgivere er ofte præget af opmærksomhed om dette forhold. Magt/ansvars-asymmetrien tager sig dog anderledes ud, når rådgiverne er ministre.

Al erfaring viser at ministrene er væsentlige rådgivere for Folketinget, selv om det er svært at sige i hvilket omfang. Det lægges dog til grund, at rådgivningen til Folketinget kun er en mindre del af den juridiske rådgivning til det samlede politiske system. Folketinget er i realiteten sidste led i beslutningskæden.

Videre antages det, at grundforholdet mellem politikere og rådgivere skaber behov for visse almindelige spilleregler. Først og fremmest er der tale om krav til rådgivers sagkyndighed og uvildighed. Det sidste kan forstås både som institutionel uafhængighed af parterne i den konkrete politiske diskussion – og som politisk neutralitet. Det lægges til grund, at politikerne ud fra en gennemsnitsbetragtning tillægger det sidste større vægt end det første.

Endelig antages det, at rådgiver kan anlægge forskellige fortolkningsprincipper, på samme måde som f. eks. domstolene. Af særlig interesse er det, om rådgiver har anlagt en relativt tilbageholdende fortolkning – og hermed menes: tilbageholdende overfor at fastslå retlige indskrænkninger i den politiske beslutningsfrihed –, eller om der er anlagt en mere aggressiv eller dynamisk fortolkning.

7.1.4. Forholdet mellem rådgiver og beslutningstager i praksis.

7.1.4.1. Oversigt

Dette er hovedundersøgelsen. Den statsretlige rådgivning af Folketinget søges her belyst på flere måder.: dels for hver enkelt gruppe af rådgivere (kap. 5.II-VI); dels og i noget mindre omfang på tværs af rådgiverne (5.VII-VIII). Endelig er foretaget en kortere gennemgang af praksis efter visse bestemmelser i grl og Folketingets forretningsorden,

hvorefter Folketingets medlemmer og organer selv yder en vis rådgivning til Folketingets medlemmer (kap. 6.)

7.I.4.2. *De enkelte rådgiveres forhold*

Her analyseres 4 forhold: dels rådgivernes organisation (kapacitet, uafhængighed, neutralitet) – dvs. om de lever op til de krav, som det er antaget at rådgivningsfunktionen stiller. Dels hvilke fortolkningsprincipper, de i praksis anlægger. Dels Folketingets acces til rådgivningen. Endelig rådgivningens emner.

De rådgivere, for hvilke disse forhold er undersøgt, er: ministre/ministerier generelt (5.II), Justitsministeriets Lovafdeling (5.III), Folketingets Lovsekretariat (5.IV), Kammeradvokaten (5.V.) og en mere abstrakt afgrænset gruppe af individuelle rådgivere, herunder forskere m.v. tilknyttet Institut for Menneskerettigheder (5.VI.)

Rådgivernes organisatoriske forhold: kapacitet, uafhængighed, sagkyndighed. For så vidt angår rådgivernes *kapacitet*, noteres det at ministerierne – og især Justitsministeriets Lovafdeling – har et betydeligt antal medarbejdere med stor specialkompetence på stort set hele det statsretlige felt. Folketingets Lovsekretariat har kun få medarbejdere. Deres specialkompetence angives at være forfatningsretlige spørgsmål i almindelighed, men i praksis er Lovsekretariatets styrkeområde især Folketingets medlemmers forhold, Folketingets arbejds måder etc. Kammeradvokaten (advokatfirmaet Poul Schmith) udtaler sig primært på områder, der kan give anledning til retssager. Individuelle rådgivere, især forskere, kan have en meget betydelig specialviden, men til syvende og sidst er deres kapacitet begrænset af at forskerne i vidt omfang arbejder alene og personligt.

Hvad angår rådgivernes *institutionelle uafhængighed* er der ikke tvivl om, at f. eks. Kammeradvokaten eller individuelle forskere er mere institutionelt uafhængige af de politiske parter, end f. eks. ministeriernes embedsmænd. Folketingets Lovsekretariat befinder sig her i en særlig position, idet Lovsekretariatet arbejder direkte for såvel flertal som mindretal i Folketinget.

Rådgivernes *politiske neutralitet* er et spørgsmål, det langt fra er enkelt at vurdere. En række faktorer må tages med i betragtning. Udgangspunktet er dog, at alle rådgivere forventes at optræde politisk neutralt – om end grundlaget for denne forventning er temmelig forskelligt for de forskellige rådgivere. I den forbindelse må det huskes, at den (relative) institutionelle uafhængighed, som individuelle forskere har, giver disse en mulighed for at udtale sig retspolitisk – og det er en mulighed, der benyttes.

Folketingets acces til rådgivningen. Det er naturligvis afgørende, i hvilket omfang Folketinget rent faktisk har adgang til at modtage rådgivning fra de forskellige rådgivere. Folketinget har meget vid adgang (om end ikke ubegrænset) til at indhente rådgivning fra ministrene. Der er også ganske vid adgang til at indhente rådgivning fra justitsministeren om statsretlige spørgsmål indenfor andre ministres ressorts.

Der er endvidere ret vid adgang for medlemmer, udvalg etc., til at indhente rådgivning fra Lovsekretariatet. Denne adgangs betydning er dog muligvis begrænset af, at Lovsekretariatet som følge af sin position – i hvert fald i princippet – forventes at holde sig til en beskrivelse af regler og praksis.

Derimod er der som udgangspunkt ikke mulighed for at Folketinget på eget initiativ kan indhente rådgivning fra Kammeradvokaten. I det omfang Kammeradvokaten fremkommer med notater m.v., som anvendes som rådgivning for Folketinget, fremsendes disse gennem ministrene.

Acces til individuelle rådgivere er sådan set ubegrænset. Udfærdigelse af responsa kræver dog i reglen at de interesserede parter betaler. Afholdelse af udvalgshøringer m.v. kræver at der ikke er flertal imod iværksættelse af en sådan høring. Noget andet er at der utvivlsomt er betydende uformelle kontakter mellem Folketingets medlemmer og jurister, der kan fungere som individuelle rådgivere.

Alligevel må man fastholde, at ministrene – efter en samlet vurdering – er de rådgivere, til hvilke Folketinget har bedst acces. Det afspejler sig da også i antallet af registreringer vedr. ministeriel rådgivning.

Materielle spørgsmål. Der kan her stilles to spørgsmål, det ene om rådgivers forpligtelse til at udtale sig i overensstemmelse med sin sagkyndighed; det andet om rådgivningsprincipper/fortolkningsprincipper, jf. ovf. 7.I.3.

Rådgivers forpligtelse til at udtale sig i overensstemmelse med sin sagkyndighed hviler på noget forskellige regler for de forskellige rådgivere. Ddet er kun for ministre og embedsmænd, der foreligger en regulering og praksis, der tillader en lidt nærmere præcisering af dette spørgsmål.

Rådgivningsprincipperne kan der naturligvis kun siges noget om for enkelte rådgivere for sig – ikke for abstrakt definerede grupper, som f. eks. ministerierne som helhed, eller individuelle forskere som en gruppe. De mest relevante iagttagelser vedrører Justitsministeriet. Praksis, understøttet af en vis litteratur, synes at pege på, at Justitsministeriets fortolkningsstil på konkrete punkter resulterer i det der her kaldes tilbageholdenhed overfor politiske beslutninger. Det gælder især det forhold, at Justitsministeriet i reglen synes at afvise fortolkninger præget af friere overvejelser/ kulturtraditionen. For så

vidt angår de andre rådgivere må især fremhæves, at individuelle forskere – ikke mindst når de optræder mundtligt – er tilbøjelig til at udtale sig mere frit, og dermed også mere personligt, hvilket jævnlige også indebærer en vis retspolitisk stillingtagen. Der er dog variationer, jf. ovf. 5.VI.2.

Rådgivningens fordeling og emner. Ca. 80 % af registreringerne vedrører rådgivning afgivet af ministre – dog herunder betænkninger fra lovforberedende udvalg m.v. Mere end halvdelen af den ministerielle rådgivning er afgivet af Justitsministeriet, eller med bidrag fra Justitsministeriet. Også for en del af den øvrige ministerielle rådgivning må det antages, at Justitsministeriet har bidraget ved udformningen. Ministeriernes rådgivning dækker hele spektret af emner – undtagen Folketingets arbejdsmåder og interne forhold. Ca. 13 % af registreringerne vedrører rådgivning afgivet af Lovsekretariatet – og denne forholder sig stort set kun til denne gruppe af spørgsmål, og enkelte andre. Resten er hovedsagelig rådgivning afgivet af individuelle rådgivere. Dette dækker ennemæssigt forholdsvis bredt (dog sjældent folketingets medlemmer og arbejdsformer). Det er nok karakteristisk for de individuelle rådgivere, at de primært indkaldes til større juridiske spørgsmål.

7.I.4.3. Nogle tværgående observationer.

Antallet af enkelte registreringer – i reglen svarende til enkeltdokumenter – er ganske stort. Men det er interessant at bemærke, at den statsretlige rådgivning kun i ret få tilfælde giver anledning til opfølgning. Med et meget groft skøn er det omkring 85 % af registreringerne, der står alene i den forstand, at der ikke ses noget initiativ til opfølgning eller uddybning af rådgivningen.

Gør man rådgivningen op, ikke som registreringer, men som sammenhængende ”sager”, kan man konstatere at der kun er godt og vel 20 sådanne sager, hvor der er modtaget rådgivning fra flere forskellige rådgivere. Også denne opgørelse er behæftet med væsentlige usikkerheder, jf. herom ovf. 5.VII.2. Men den peger dog på, at væsentlige politiske uenigheder om grundlovsrelaterede spørgsmål er forholdsvis sjældne.

Endelig ses der på registreringernes samlede fordeling på emner. Det viser sig at denne fordeling er højst ujævn. Ca. 1/3 af samtlige hoved- og biregistreringer angår grl §§ 73, 20, 3, 1, eller kategorien: Folketingets medlemmer og arbejdsmåder. Lidt mindre end 1/3 vedrører grl §§ 13, 19, 22, 29, 41, 43, 44, 77-79, Undersøgelseskommissioner m.v., eller Andre spørgsmål. Lidt mere end 1/3 er fordelt på 42 øvrige grundlovspara-

graffer og 6 andre emnekategorier. 33 grundlovsbestemmelser har så vidt ses slet ikke givet anledning til rådgivning i den undersøgte periode overhovedet.

7.I.4.4. Forholdet mellem politikeres stillingtagen og rådgiveres deltagelse

I kap. 6 er rådgivningen belyst ud fra dens modstykke: den interne rådgivning, dvs. den rådgivning om statsretlige spørgsmål, som politiske organer yder Folketinget som helhed. Mere konkret er det 1) Folketingets formands kompetence efter Ffo § 16 stk. 3 til at indstille grundlovsstridige lovforslag til afvisning; 2) særligt om det udsnit af denne praksis, der angår afvisning af ændringsforslag som værende for vidtgående, jf. grl § 41 (identitetsprincippet) til afvisning; 3) den praksis hvorefter Udvalget for Forretningsordenen foretager indstilling til Folketinget i sager om immunitetsophævelse; samt 4) meget summarisk om praksis efter visse andre bestemmelser.

For den praksis, der har udviklet sig i relation til de nævnte bestemmelser gælder, at den eksterne rådgivning spiller en væsentlig rolle for folketingsorganernes indstillinger m.v. Politikernes egen umiddelbare stillingtagen til de statsretlige reglers anvendelse i konkrete situationer synes således at være blevet marginaliseret af den eksterne rådgivning.

7.II. Afslutning - tillid og kontrol

Ovenfor er det nævnt, 1) at ministerierne er dominerende, 2) at der kun er få sager, hvor der indkaldes alternativ rådgivning. Der synes at være flere mulige forklaringer på dette, jf. også ovf. under 5.VII.2. Disse forklaringer udelukker ikke fuldstændigt hinanden.

Mulighed 1 er at der er tale om lovforslag m.v., som opposition og regering er forholdsvis enige om, og hvor der ikke er politisk interesse i at skabe tvivl om statsretlige forhold.

Mulighed 2 er at oppositionen faktisk finder at der i betydeligt flere sager end de nævnte er behov for et formelt modspil til regeringens rådgivning – men at der ikke er acces til det, dvs at det ikke er politisk muligt. Det er efter mit indtryk ikke meget sandsynligt. Der er som nævnt ovf. tilfælde, hvor oppositionens ønsker om høringer eller uvildige undersøgelser afslås. Men det forhold, at der i den undersøgte periode slet ikke ses tilfælde, hvor oppositionen har bekostet private responsa, tyder ikke på noget stærkt

følt behov for modrådgivning. Det kan ikke blot være et spørgsmål om manglende resourcer.

Mulighed 3 er at der er tillid til ministerierne – og det vil i meget vidt omfang sige Justitsministeriets rådgivning. Denne tillid kan skematisk set igen være baseret på 2 forhold. Her synes flere forhold at være på spil: dels en relativt ureflekteret tiltro til embedsmændenes sagkyndighed og neutralitet, og til ministerens ikke-indblanding i rådgivningens udarbejdelse, især fsv angår justitsministeren. Og dels en vis inddragelse af ”usynlig rådgivning” – dvs. at folketingsmedlemmerne gennem personlige kontakter med statsretskyndige i deres partiers bagland, eller på universiteter m.v., forsikrer sig om at den rådgivning, som ministerierne har ydet, ikke er åbenlyst tvivlsom. Jeg har ikke indsamlet data, der kan støtte, eller svække disse hypoteser. Men at der tværs over det politiske spektrum grundlæggende er en betydelig tillid til især Justitsministeriets rådgivning, det forekommer trods alt rimeligt dokumenteret.

Hertil kommer så formentlig en faktor, som er sværere at måle: meget af den rådgivning, som ikke afstedkommer yderligere spørgsmål – og det er i det store og hele ministerierne, især Justitsministeriets rådgivning – vedrører ret simple spørgsmål. Ofte er det ret klart for i hvert fald den mere indviede del af oppositionen, at dette kommer man ikke videre med. Som Niels Madsen i 1982 bemærkede, er der ikke altid tale om spørgsmål, som man tidligere ville have forelagt de juridiske professorer. Og det er der så stadigvæk ikke.

Anvendt litteratur

Andersen, Jon: Den juridiske betjening af parlamentet i Sverige og Norge. Juristen 1993 p. 149-53

Bagehot, Walter: The English Constitution. Oxford University Press, 1958 (opr. udg. 1872)

Bormann, Anne-Louise; Jens-Christian Bülow; Christian Østrup: Loven – om udarbejdelse af lovforslag. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002

Boye Koch, Pernille: Forfatningskontrol – fremtidige perspektiver og udfordringer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002

Boye Koch, Pernille: Forfatningskontrol, i Henrik Zahle (red.): Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006, p. 53-62.

Busck, Lars: Folketingets kontrol med forvaltningen, Gad 1988.

Christensen, Bent; Preben Espersen: Retsforholdet mellem politikere og embedsmænd. JØF 1983.

Christensen, Jens Peter: Grundlovsændringer i forfatningsretlig belysning, UfR 1993 B p. 1-8. (Christensen 1993a)

Christensen, Jens Peter: Hvem bør give lovråd?, Juristen 1993 p. 97-107 (Christensen 1993b)

Christensen, Jens Peter: Ministeransvar. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1997.

Christensen, Jens Peter: Forfatningskampen og systemskiftet – Justitia i politikens tjeneste, i Gorm Toftegaard Nielsen (red.): Parlamentarismen – hvem tog magten, Aarhus Universitetsforlag 2001.

Christensen, Jens Peter: Embedsmandsansvaret i: Oliver Talevski m. fl.: Undersøgelseskommissioner, embedsmandsansvaret & Folketingets rolle, JØF 2002

Christensen, Jens Peter: Embedsmandsetik – eller Tû-tû. I: FS Hans Gammeltoft-Hansen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, p. 107-117.

Christensen, Jens Peter: Embedsmanden – i klemme mellem jura og politik? I: Politisk Ukorrekt - FS Jørgen Grønnegaard Christensen. Aarhus Universitetsforlag 2004, p. 50-66

Christensen, Jens Peter: Juridisk metode i statsretten, UfR 2005 B p. 353-358

Christensen, Jens Peter: Embedsmænds rådgivning og bistand. I Carsten Henrichsen m. fl. (red.): Forvaltningsretlige perspektiver, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006, p. 309-345.

Eilschou Holm, Niels: Fra generalprokurør til lovafdeling, UfR 1998 B p. 465-470.

Espersen, Ole (interviewet af Jens Peter Christensen og Claes Nilas): Lovafdelingen ikke længere upartisk. Interview gengivet i Administrativ Debat nr. 3/1990 p. 1-4.

v. Eyben, W. E.: Lovråd eller Lovsekretariat. I: Temaer uden variation, Gad 1982 p. 38-40.

Frandsen, Aage: Politik i praksis. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006

Frandsen, Aage: Lovgivningsprocessen i praksis. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008

Hansen Jensen, Michael: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73. Jurist- og Økonomforbundets forlag 2006.

Hartig Danielsen, Jens: Suverænitetssafgivelse. Jurist- og Økonomforbundets forlag 1999.

Hjorddal, Helge interviewet af Claes Nilas og Adam Wolf: interviewudtalelser gengivet i Administrativ Debat 2/1993 p. 2-4.

Koch, Henning: At dømme politikere. I: Blume, Peter, og Lisbeth Dick (red.): Retsvidenskabeligt Institut B's årsberetning 1996, Københavns Universitet 1997, p. 65-79.

Koch, Henning: Et lovråd! – Er det svaret på lovrod? I Årsberetning 1992 fra Retsvidenskabeligt Institut B ved Københavns Universitet, p. 91-97.

Lunn, Michael (interviewet af Jens Peter Christensen og Claes Nilas): Justitsministeriet hører sammen med retssektoeren. Interview gengivet i Administrativ Debat 1/1997 p. 1-4.

Lunn, Michael: Justitsministeriets rolle i lovgivningsprocessen. I Sten Bønsing og Erik Werlauff (red.): Festskrift til Claus Haagen Jensen, Jurist- og Økonomforbundets forlag 2007 p. 311-326.

Madsen, Niels: Justitsministeriets udtalelser om grundlovsspørgsmål, i: Festskrift til W. E. von Eyben, Gad 1982 p. 13-23

Nordskov Nielsen, Lars: Et lovråd gør ikke nødvendigvis diskussionerne nemmere for politikerne. Lov og Ret 3/1993 p. 13-16

Nordskov Nielsen, Lars: Kvalitet i lovgivningen, i: Folketingets Festskrift til Grundloven, København 1999, p. 167-199.

Olsen, Erling, interviewet af Jens Peter Christensen og Gurli Martinussen: Folketinget skal ikke lovgive. Interview gengivet i Administrativ Debat 4/1994 p. 1-4.

Ross, Alf: Dansk Statsforfatningsret, 3. udg. v/ Ole Espersen, NNF Arnold Busck 1980.

Rønsholdt, Steen: Om finansret og anden offentlig ret, Juristen 1991 p. 141-165

Vogter, John; Jens Erik Stausbøll: Tavshedspligt over for Folketinget. Juristen 1990 p. 353-365

Zahle, Henrik: Anvendt ekspertise, i: Henrik Zahle: At forske Ret, Gyldendal 2007 p.88-107.

Zahle, Henrik: Dansk Forfatningsret 1, 3. udg. Chr. Ejlers' Forlag 2001.

Summary in english

Survey topic and the main principles.

This is a study of the legal advice offered to the Danish parliament (Folketinget) in matters constitutional over the period 1998-2006. The intention has been to help with deciding the question whether this advice was in all respects satisfactory, given the needs of the parliament. .

Delimitation of the material

There has been extensive examination of such legal advice to parliament, as is documented in writing. The detailed criteria for what is included - and what not - is discussed at some length in chapter 3. Fundamentally, the advice relevant to this study is written advice from legally educated persons, who are not themselves members of parliament. The material gathered is documented in a catalog that accompanies this report. It has not been possible to consider the impact of informal advice and communication about constitutional questions - even though this is no doubt practically important. .

The material thus involved in the investigation amounts to approx. 530 documents. Some of these are however registered under multiple topic categories in the catalog. The catalog includes a total of approx. 590 main entries, see accordingly 5.I.2-3.

Of this material, approx. 40 (42) records concern general reports (betænkninger), and 65 (68) registrations concern the remarks accompanying legislation drafts tabled by the government, while virtually all the other approx. 480 registrations concerns advice obtained during the Folketing's treatment of a bill (about 210 registrations), or without a formal link with the reading of the bill (about 270 registrations). Especially the last 2 numbers needs to be taken with caveats.

Assumptions underlying the study

The study is based on a description of the relationship between parliament and counselor which has the character of a set of assumptions underlying the study.

Folketinget acts within the framework of the constitution, and must in some cases decide what limits the Basic Law and the Constitution set. MPs are not professional lawyers, and they are expected to take a political - not a legal stance. Therefore, it is assu-

med in accordance with practical experience that they are largely seeking external assistance to supplement the decision making process related to the Basic Law limits.

This creates an asymmetry between power and responsibility. Politicians have the responsibility for decisions, but the advisors have in certain situations inevitably some influence on the decisions made. The relationship between politicians and counselors are necessarily characterized by both sides' attention to this fact. Power/responsibility asymmetry poses however other questions when the advisors are ministers.

All experience shows that ministers are key advisers to parliament, although there exists no idea as to how much, in what fields etc. It should be added that it is assumed that the advice to parliament only a small part of the legal advice to the overall political system. Parliament is in fact the last part of the political decision chain.

Further, it is assumed that the basic relationship between politicians and consultants creates a need for some general rules. First and foremost, these are requirements for counselor expertise and impartiality. The latter can be understood both as institutional independence of the parties in the present political discussion - and as political neutrality. The assumption is that politicians on average stresses the latter understanding of impartiality.

Finally, it is assumed that an adviser, given a case to consider, may choose a principle of interpretation – much in the same way as does, for instance, the courts. Of particular interest is whether the adviser has adopted a relatively cautious interpretation - meaning: reticent in establishing legal restrictions on political freedom of decision - or whether there has been a more aggressive or dynamic interpretation.

The legal advice to parliament in constitutional matters – in practice.

Overview

This is the main study. The constitutional advice to parliament is here sought elucidated in several ways.: in part by studying each group of advisers (Chapter 5.II-VI); in part on a more statistical basis (5.VII-VIII). Finally the reader will find a short review of internal parliamentary practices under certain provisions of the Constitution and the procedural rules of the Folketinget. (Chapter 6.)

Individual counselors compared

In this place 4 factors are analyzed: first, advisory organization (capacity, independence, neutrality) - ie. whether the advisors meet the requirements, that are assumed to form the basis for the counseling function. Second, the Folketings access to the advice.

Third, what principles of interpretation, the relevant advisor uses. Finally, the distribution advice topics.

The advisors studied are: ministers / ministries in general (5.II), the Law Department of the Ministry of Justice (5.III), the Folketing's Legal Office (Lovsekretariatet) (5.IV) Kammeradvokaten (5.V.) and a more abstractly defined group of individual advisors, including researchers and scholars affiliated Institute for Human Rights (5.VI.)

Features of the adviser's organization: capacity, independence and political neutrality. Regarding advisory *capacity*, it was noted that the ministries - particularly the Law Department of the Ministry of Justice - has a significant number of employees, many of whom have special competence covering virtually all the constitutional legal field. The Folketing's Lovsekretariat have few employees. The office can provide assistance to the MP's in a broad range of topics, including constitutional issues in general, but in practice the office's real strength appear to be parliamentary procedure and other matters internal to parliament. Kammeradvokaten (law firm Poul Schmith) counsels primarily in areas that may give rise to lawsuits. Individual advisers, especially university researchers, can have a very substantial specialized knowledge, but ultimately their capacity is limited by the fact that researchers largely work alone and personally.

Regarding advisers *institutional independence*, there is no doubt that Kammeradvokaten or individual researchers are more institutionally independent of parties to the political process, than are civil servants. The position of the Folketing's Lovsekretariat is a special one in this respect, as Lovsekretariatet works directly for the parliamentarian majority as well as for the minority.

Adviser's *political neutrality* is an issue, which is far from easy to assess. Several factors must be taken into account. The starting point is that all advisers are expected to appear apolitical - although the basis for this expectation is quite different for the various consultants. Here it must be remembered, that the (relative) institutional independence, which individual researchers as a general rule enjoy, gives them an opportunity to express a certain modicum of political viewpoints – a freedom not seldom used.

Parliamentary access to the advice. Obviously it is a crucial question whether legal advice from the different parliament is. The extent to which parliament is actually available to receive advice from different advisors, is naturally crucial to the understanding of the adviser's importance to parliament. Parliament have very broad (though not quite unlimited) access to advice from ministers. There are also quite broad access to obtain advice from the minister of justice on constitutional questions arising from issues related to other ministries.

There is also a wide access for members, committees, etc., to obtain advice from the internal legal office - Lovsekretariatet. However important this advice is in many respects, its usefulness may be limited by the fact that Lovsekretariatet is - at least in principle - expected to adhere to a description of rules and practices.

As for Kammeradvokaten, the Folketing has in principle no access to seek his advice but through the ministers. The effect is that only a handful of registrations in the catalog stems from the advice of Kammeradvokaten.

Access to individual consultants is – in a way – unlimited. However, the drafting of more elaborate (written) legal opinions usually requires that someone foots the bill, and much reluctance is shown towards, when it comes to such drastical measures. In general though, parties are interested in drafting legal opinions, if only they can have someone else, e. g. a committee, pay. Organizing committee hearings – another (public) way of calling in individual expert advice – requires that there is no majority against the introduction of such a hearing.

The listing of these obstacles should not turn one's eye away from the significant informal contacts between MPs and lawyers who can act as individual advisers – although these contacts are poorly documented..

Thus, the advisers to whom parliament have the easiest and most unrestrained access are the ministers and one must insist that the ministers - after an overall assessment - are the consultants to whom parliament has most access. This is reflected in the absolute and the relative amount of registrations of ministerial advice to parliament.

Substantive issues. Two questions are here asked, one concerning the counselor's obligation to advice in accordance with his or her expertise (and not his or her private opinions on the matter), the other on the advice principles or principles of interpretation,

Adviser's obligations to give advice in accordance with his or her expertise rests on somewhat different rules for different advisers. However, only for ministers and civil servants one finds regulation and practices which allow a little more clarification on this issue – for this group of advisers..

The most important observations concerning the advising principles, or principles of interpretation, relates to the Ministry of Justice. Practice, supported by some literature seems to indicate that the Ministry of Justice's interpretation style on specific points result in what is called reluctance towards interfering with political decisions. This can be inferred especially from the fact that the Ministry of Justice seems to be exceedingly cautious when given the possibility to interpret the constitution using the cultural tradition etc. Regarding the other counselors it must be emphasized that individual scientists -

not least when they act verbally - tend to speak more freely and hence more personally, which frequently also involves taking some legal political position. There are of course individual variations, see above 5.VI.2.

Distribution and issues of the advice given in the period. Approximately 80% of catalog entries relate to advice given by ministers – though one should remember, that this number includes a smaller number of reports from different pre-legislative committees, etc. More than half of the ministerial advice comes to the Folketing direct from the Ministry of Justice, or with contributions from the Ministry of Justice. Also for some of the other ministerial advice, it must be assumed that the Ministry of Justice has assisted in the drafting.

Ministries' advice covers almost the whole spectrum of constitutional legal issues - except the Folketing's working procedures etc, i. e. "internal" matters. Approximately 13% of entries relate to advice given by Lovsekretariatet. Conversely, this body offers the Folketing advice on the "internal" matters – and in reality on little else.

The residual group of registrations concerns largely advice offered by individual experts, who cover a fairly broad range of topics – though seldom matters internal to parliament. It is probably characteristic for the use of the individual advisers that they are called in for "heavier" legal questions, not the relatively simple matters, that seem to be the topic of the bulk of the advice given.

Some common observations.

The number of individual registrations - usually equivalent to one document - is quite large. But it is interesting to note that the constitutional advice is seldom pursued by the Folketing (or by the adviser). By a very rough estimate 85% of registrations stand alone in the sense that one notices no initiatives to follow up or clarify of the advice.

Counting the advice, not as a number of individual registrations, but as "cases" sometimes consisting of several linked registrations, shows that there are little more than 20 such cases, where the Folketing has received advice from more than one adviser. This number should be considered with some wariness, but it is unlikely to be entirely misleading. The point, however, is that significant political disagreements about constitutional issues are relatively rare.

Finally, this study takes into account the overall allocation of registered documents on constitutional issues. It turns out that this distribution is highly uneven. Approximately 1 / 3 of all main registrations concerns the Constitutions §§ 73, 20, 3, 1, or internal matters of MP's and parliament. Slightly less than 1 / 3 relates to grl § § 13, 19, 22, 29,

41, 43, 44, 77-79, and certain other questions. Slightly more than 1 / 3 is spread over 42 other constitutional clauses and 6 other topic categories. On 33 constitutional provisions no advice at all over a period of 8 years is found.

The relationship between internal and external advice.

In chapter 6 the importance of expert advice to political decisions is illustrated through a short study of the Folketings internal – i. e. stemming from the parliamentarians themselves – advising on certain constitutional matters. It is shown, that these internal parliamentary advising functions, which are instituted in certain provisions of the Folketings procedural rules or have evolved in practice, are in reality highly dependent on external legal advice, as the relevant parliamentarians do not have the relevant legal insight – and as they wish to ”play by the book.”