

Hans Gammeltoft-Hansen¹

Om forholdet mellem forvaltningsprocessen og den materielle forvaltningsret

Summary

The author describes and reflects on the relationship between procedural law and substantive law. He argues that procedural law and substantive law are intrinsically interdependent, and more specifically that the implementation of substantive law necessarily depends on the quality of procedural legal rules and standards. He sheds light on how the procedural rules are under increasing pressure within the field of administrative law, both economically and politically, and he identifies some risks that might emerge if less formalistic and more cost-efficient procedural legal traditions will be introduced.

Úrtak

Høvundin lýsir sambandið millum prosessrætt og innihaldsligan rætt. Hann grundgevur fyri, at prosessrættur og innihaldsligur rættur eru grundleggjandi samantvinnadur; og at fremjing av innihaldsligum rætti er treytað av dygdargóðum reglum og ásetingum innan prosessrætt. Hann varpar ljós á, hvussu prosessuellar reglur eru undir vaksandi trústi innan fyrisitingarrætt, bæði búskaparlaga og politiskt, og grundgevur á tí grundarlagi fyri nøkrum váðum, ið kunnu gera seg galdandi, um prosessuellur rættur gerst minni formalistiskur og meira útsettur fyri endamálstulking.

¹ Prof., Dr. Jur. Umboðsmaður í Folketinget 1987–2012. Formaður í Juridisk Forening 1984–2010.

Introduktion

Jeg vil gerne takke for opfordringen til at medvirke ved dette seminar til minde om Kári á Rógvi. – Jeg mødte Kári første gang for mange år siden ved møder og seminarer her i Tórshavn i forbindelse med det forfatningsarbejde der dengang fandt sted – og hvor Kári jo var en central person. Siden sås vi med mellemrum, senest sidste sommer her i Tórshavn, hvor Kári glædede mig med at give mig nogle af sine seneste publikationer. – Det bedrøvede mig meget da jeg ikke længe efter fik underretning om hans død.

På denne baggrund er jeg taknemmelig for at få lov til ved denne lejlighed at være med til at ære hans minde.

Det emne jeg har valgt – „Forholdet mellem forvaltningsprocessen og den materielle ret“ – er jo centralt i de fagområder Kári á Rógvi beskæftigede sig med. Til gengæld rummer det ikke mange aspekter i forhold til dette seminars overordnede tema om ret og lovgivning i små retsområder og samfund. Det beklager jeg; men jeg håber at det i nogen grad opvejes af emnets centrale og uopslidelige betydning inden for den offentlige ret og den daglige forvaltningspraksis.

Forholdet mellem procesret og materiel ret

Jeg vil gerne indlede med nogle mere generelle betragtninger om forholdet mellem procesret og materiel ret.

Procesrettens regler kan, meget groft, deles op i to kategorier.

Den ene kategori består af en, ganske broget, mængde af de regler der skal til for at systemet kan køre og fungere. „Systemet“ betyder her det, i videste forstand, retsanvendelsesapparat som skal beskæftige sig med det materielle retsområde og sørge for at de materielle regler anvendes og udmøntes i praksis på de pågældende livsområder.

Hele denne kategori af procesregler er som sagt meget broget og mangfoldig. Mange interessante sondringer og sammenstillinger kan gøres på dette felt; men tiden tillader det ikke her.

Den anden hovedkategori inden for procesretten er de mange bestemmelser og retsgrundsætninger der – igen i videste forstand – har karakter af retsgarantier. Det er regler som er indsat i procesretten for at sikre sagsparter en vis retlig position og/eller for at fremme sandsynligheden for at den materielle ret

anvendes og udmøntes på en korrekt måde. Disse regler, retsgarantierne eller garantiforskrifterne, tager således sigte på såvel den „processuelle“ retssikkerhed som den „materielle“ retssikkerhed.

Det er disse retsgarantier og deres funktion i forhold til den materielle forvaltningsret jeg skal beskæftige mig med.

To grundholdninger

Generelt om forholdet mellem procesret og den materielle ret kan man, lidt forenklet, sige at der findes to grundholdninger.

Den ene går ud på at det er den materielle ret som er af betydning. Den korresponderende procesret er et vedhæng, et rent accessorium, som er nødvendigt af praktiske grunde, men som i øvrigt er forholdsvis uinteressant, og som ikke er (eller i hvert fald ikke bør være) af indholdsmæssig betydning for den materielle rets substans og udvikling.

Den anden opfattelse tilkender procesretten en væsentligt større betydning. Den ser procesretten og den materielle ret som et fælles system, hvor begge dele er lige vigtige for det pågældende retsområdes udfoldelse og udvikling. – Ikke overraskende næres denne opfattelse især af processualister. Sådan en er jeg selv; jeg bekender mig da også til denne mere vidtgående opfattelse af procesrettens rolle og betydning. (Men lad mig tilføje at det er nu ikke kun er processualister som er i besiddelse af denne indsigt. Eksempelvis gav Alf Ross udtryk for ganske det samme så tidligt som i 1938 i en forelæsning der blev trykt i Tidsskrift for Rettsvitenskap).

Et markant og skelsættende værk om procesrettens betydning for og sammenhæng med den materielle ret blev publiceret i 1968 af Stanford-professoren Herbert L. Packer. Hans bog handlede om forholdet mellem strafferetten og straffeprocessen. Dens titel var „The limits of criminal sanction“. Og dens hovedbudskab var at de umådelige kræfter der nedlægges i at udforme den materielle strafferet, er mere eller mindre omsonste hvis man ikke medtænker og integrerer strafferetsplejens regler og hele det straffeprocessuelle system.

Som titlen siger, beskæftigede Packer sig med de grænser som straffeprocessen sætter for gennemslagskraften af den materielle strafferets intentioner. Og her tænkte han ikke blot på de grænser der sættes af selve det straffeprocessuelle systems praktiske kapacitet, men i høj grad også på betydningen af de retsgarantier som straffeprocessen er så rig på. Disse retsgarantier må betragtes

som en integreret del af hele retsområdet. Det er en forkert og vildledende optik at anskue retsgarantibestemmelserne som blotte og bare sagsbehandlingsregler. De er i lige så høj grad som det vi betegner som de materielle regler og retsgrundsætninger, bærende af hele retsområdets rationale.

Derfor er det også en vildledende synsmåde at se på retsgarantierne som noget af den materielle ret uafhængigt – noget accessorisk, og dermed i en vis forstand underordnet – der udelukkende skal tjene til, og i hvert aldrig må modarbejde, virkeliggørelsen af den materielle ret. Retsgarantierne er tværtimod en lige så vigtig og integreret del af retsområdet som den materielle rets regler. Og på samme måde som materielle retsnormer kan komme i en vis indbyrdes konflikt og må undergives afvejning, kan også retsgarantierne og de materielle normer undertiden komme i en indbyrdes modsætning. Men det må behandles på samme måde som konflikter mellem materielle retsnormer – dvs. gennem ligeværdig afvejning; ikke ved at man på forhånd tilkender retsgarantierne en mere inferior og „processuel“ position i forhold til de materielle regler.

Selv om jeg her henviser til et skelsættende værk inden for straffeprocessen og strafferettens område, er disse betragtninger ment som generelle. De omfatter alle retsområder hvor der er retsgarantier på spil i forhold til den materielle ret. De tager derfor i høj grad også sigte på det forvaltningsretlige område.

Retsgarantier under pres

Nogle af de forvaltningsretlige retsgarantier har en ganske lang forhistorie. Men en væsentlig del af dem er om ikke opstået så dog i meget væsentlig grad udviklet i 1970'erne og 80'erne, for fleres vedkommende kulminerende med kodifikationen i den danske forvaltningslov og dens ikrafttrædelse 1987-1989.

Men ret hurtigt efter forvaltningslovens tilkomst viste det sig så også at disse retsgarantier var under pres. Den frembrydende administrative filosofi og stil, med megen inspiration fra den private sektor og stadigt stigende effektivitetskrav, var nok en af årsagerne. En tilbøjelighed til at anskue retsgarantierne som rene sagsbehandlingsregler der ikke kunne eller burde være et mål i sig selv, men altid ses som noget der måtte være underordnet realiseringen af den materielle ret, var en anden årsag. – Og især om dette sidste var der jo tale om holdninger som kunne finde grobund ikke blot blandt praktikere, men også i dele af retslitteraturen.

Dette pres er, i hvert fald i Danmark, blevet gradvist øget gennem årene, måske især inden for de seneste 10-15 år. Hvis jeg har ret i det (tiden tillader ikke

eksempler og dokumentation), er der jo tale om en tendens i forvaltningsrettens udvikling. Og i så fald er det en tendens som ikke bør stå uimodsagt. – Retsgarantiernes betydning, også i forhold til den materielle forvaltningsret og dens realisering, bør forsvares.

Retsgarantierne er et formål i sig selv og kan aldrig blive til rene formaliteter

I sin bog, „Aktuel dansk forvaltningsret – karakteristiske træk og udviklingstendenser“ (fra 2008) skriver Karsten Revsbech, professor i offentlig ret ved Århus Universitet, blandt andet (s. 39):

„Danskerne opfattes normalt som et pragmatisk folkefærd, men efterhånden er den danske offentlige administration blevet temmelig formel – måske ligefrem formalistisk – på grund af udviklingen af sagsbehandlingsreglerne. Der skal efterhånden i den offentlige forvaltning anvendes megen tid og energi og dermed ressourcer på at overholde formalia, der i nogen grad kan synes at blive et mål i sig selv.“

Citatet er for så vidt i sig selv en lille bid af den dokumentation jeg før afstod fra at give. Men der er særligt to ting i det jeg vil hæfte mig ved.

Det ene er at der tales generelt om „sagsbehandlingsregler“ – som så i løbet af en enkelt sætning transformeres til „formalia“. Ser man nu i de efterfølgende afsnit nærmere på hvad det er for regler eller „formalia“ der tænkes på, så viser det sig især at være reglerne om bisidder, begrundelse, aktindsigt og habilitet der omtales. Det er altså, i alt væsentligt, disse retsgarantier der på denne måde er under angreb for – gennem ekspansiv lovgivning og fortolkning – at udvikle sig til formalisme.

Det andet jeg hæfter mig ved i citatet, er de afsluttende og kritiske ord om at disse „formalia“, altså retsgarantierne, „i nogen grad kan synes at blive et mål i sig selv“.

Jeg skylder naturligvis Karsten Revsbech at fremhæve at jeg her fremdrager et enkelt citat, ganske vist et indledende og overordnet citat, ud af et afsnit i bogen på o. 30 sider med mange nuancer og forbehold. Men nu bruger jeg altså dette programmatisk citat og fremhæver de to punkter: Retsgarantier, der 1) bliver til formaliteter og 2) i nogen grad bliver et mål i sig selv.

Til disse to punkter vil jeg fremsætte to modpåstande (henholdsvis en faktisk og en normativ):

Den faktiske modpåstand lyder således: *Retsgarantier kan, korrekt og loyalt anvendt, aldrig blive til formaliteter.*

Og den normative modpåstand er følgende: *Retsgarantier er og bør i høj grad (også) være et mål i sig selv.*

De to påstande hænger sammen – i hvert fald således at de i vidt omfang har en fælles begrundelse.

Om den første påstand – retsgarantier kan, korrekt og loyalt anvendt, aldrig blive til formaliteter: Det kan de efter deres karakter ikke; i hvert fald ikke på den måde som citatet peger på.

Retsgarantier bliver kun formaliteter hvis dem der skal anvende dem, forvaltningspersonellet, tager dem ualvorligt og forsøger at tømme dem for indhold. Sker dét – således at retsgarantierne med en mental hoveddrysten celebreres som tomme ritualer – så kan man tale om formaliteter. Men anvender man retsgarantierne loyalt og med faglig troskab, kan de efter min opfattelse aldrig blive til blotte formaliteter.

Og hvorfor kan de ikke det? Det er der to gode, og ret forskelligartede, grunde til.

Den ene har noget at gøre med spørgsmålet om retsgarantiernes betydning for sagens udfald; den reelle indflydelse de har på indholdet af sagens afgørelse. – Dette spørgsmål er jo absolut væsentligt at stille. Men når man skal vurdere det nærmere, står man over for hvad man kunne kalde et optisk problem.

Sagen er at man i forvaltningsretten (og det gælder også andre retsområder) stort set altid vurderer retsgarantiernes betydning for den konkrete sags udfald retrospektivt. Hos prøvelsesmyndighederne og domstolene såvel som i retslitteraturen har man normalt altid den afsluttede sag for øje. Og her er det ofte ret enkelt at se hvorvidt f. eks. partshøringen har haft reel betydning for sagens udfald – og navnlig at have blik for alle de tilfælde hvor den ikke har haft det.

Men ser man sagen forfra, det vil sige fra dens fødsel og indledende stadier, så er det ulige vanskeligere at forudsige den reelle betydning af retsgarantierne og deres overholdelse (hvilket jo for så vidt kun er et specialfald af det velkendte forhold at prognoser nu engang er mere vanskelige at have med at gøre end konstateringer).

Det afgørende spørgsmål er imidlertid det sidstnævnte, dvs. om retsgarantierne muligvis vil kunne få betydning for udfaldet; eller om det kan udelukkes at de vil have nogen som helst reel betydning. Kun hvis dette på forhånd kan udelukkes, vil retsgarantierne og deres overholdelse kunne hævdes at være degenereret til formaliteter.

Forskellen mellem den prognostiske vurdering af retsgarantiernes mulighed for at påvirke udfaldet, og den retrospektive vurdering af om de faktisk har gjort det, svarer i vidt omfang til ugyldighedslærens sondring mellem henholdsvis generel og konkret væsentlighed.

Den almindelige lære går som bekendt ud på at garantiforskrifter (eller retsgarantier) anses for generelt væsentlige, idet de er egnede til at påvirke udfaldet. Noget andet er at den deraf følgende ugyldighedsvirkning i vidt omfang modificeres – men netop retrospektivt vurderet – ved alligevel at kræve konkret væsentlighed (dvs. faktisk indflydelse på afgørelsens indhold) som betingelse for ugyldighed. Dette kan så nuanceres, blandt andet med forskellige bevisbyreregler etc. – Det skal jeg ikke fortabe mig i.

Mit anliggende her er alene at holde fast i lærens udgangspunkt om generel væsentlighed. Denne lære – at retsgarantiforskrifter i almindelighed er egnede til at påvirke sagens materielle udfald – har efter min mening en meget solid forankring i virkelighedens verden.

Partshøring er et oplagt eksempel. Som et regulært sagsoplysningsinstrument er partshøring i høj grad egnet til at påvirke sagens udfald.

Begrundelsespligten kan meget vel have samme funktion. Det hænder jo at man er nået frem til en afgørelse, men så kommer i vanskeligheder når en korrekt og sammenhængende begrundelse skal skrives. Det kan selvfølgelig bero på svigtende formuleringsevne; men oftere skyldes det nu nok at der alligevel er noget galt med afgørelsen – og så må man jo tage fat igen og se at finde frem til et bedre, og holdbart, resultat.

Klagevejledning kan være egnet til at påvirke resultatet, så sandt som selve tanken om klagemyndighedens blik på afgørelsen, og klagevejledningens forøgelse af sandsynligheden for at der faktisk klages, jo også undertiden kan intensivere overvejelserne om hvilken afgørelse der bør træffes.

Blot for at gøre det helt klart: I mangfoldige tilfælde får iagttagelsen af disse og andre retsgarantier vitterligt ikke nogen indflydelse på afgørelsens indhold.

Det kan man se bagefter. – Men pointen er at man ret sjældent kan vide det på forhånd.

Allerede af denne grund er det meget sjældent at man med rette kan hævde at retsgarantiernes iagttagelse er rene (indholdsløse) formaliteter.

Men selv om så er – og det *er* det jo nok i visse, relativt sjældne, tilfælde hvor sagen på forhånd er meget klar – så træder den anden funktion af retsgarantierne til.

Retsgarantier er ikke udelukkende sat i verden med henblik på at forøge sandsynligheden for en materielt rigtig afgørelse. De tjener som bekendt også et andet formål. Man kunne kalde det et forvaltningskulturelt formål.

De fleste retsgarantier skal jo i høj grad også tjene til at sagens part, borgeren, har grund til at føle sig vel behandlet.

Inhabilitetsreglerne er et klart artikuleret eksempel. Altid fremhæves det at disse regler hviler på to principper: saglighedshensynet og tillidshensynet. Saglighedshensynet angår sagens udfald. Men dér hvor dette hensyn ikke foreligger, så træder tillidshensynet til. Eller med andre ord: selv om der i realiteten ikke er mindste risiko for en ukorrekt og usaglig afgørelse, så skal inhabilitetsreglerne alligevel iagttages – af hensyn til borgerens velbefindende, dvs. for ikke at undergrave borgerens tillid til forvaltningen.

Begrundelsespligten har måske kun i relativt sjældne tilfælde (som netop omtalt) indflydelse på sagens afgørelse. Men den skal iagttages alligevel – af hensyn til borgerens velbefindende. Begrundelsesreglerne er et meget væsentligt led i at borgerne kan føle sig ordentligt behandlet og ikke som fremmedgjorte stillet over for det offentlige forvaltningsapparat.

Det samme kan, måske i endnu højere grad siges om partshøringspligten, der bidrager til at borgeren ikke blot føler sig som et objekt for forvaltningsapparatets udfoldelser, men (således som det har været udtrykt af en af mine forgængere som Folketingets ombudsmand, Lars Nordskov Nielsen) som „et medhandlende subjekt“ i sin egen sag.

Så selv om retsgarantierne måske ikke får indflydelse på sagens udfald, afgørelsen, har de stadig deres helt klare egenverdi.

Så derfor: Retsgarantier kan, korrekt og loyalt anvendt, aldrig blive til blotte tomme formaliteter.

Tiden tillader ikke at jeg går nærmere ind på begrundelsen for min anden påstand: at retsgarantier (også) er, og i høj grad bør være, et mål i sig selv. – Men det er heller ikke påkrævet. For langt den største del af begrundelsen for denne påstand ligger i det allerede sagte om retsgarantiernes funktion i forhold til borgerens følelse af at være blevet godt og anstændigt behandlet. Her ligger det selvstændige formål som går ud over at retsgarantierne skal være et middel i bestræbelserne for at træffe en saglig og korrekt afgørelse.

Retsgarantierne skal således (også) være en udfoldelse af borgerens rolle i forhold til forvaltningen – som det medhandlende subjekt i sin egen sag i tillid til at forvaltningen handler sagligt, også selv om den ikke opfylder borgerens begæringer og ønsker.

I sin sammentrængte form kan dette måske klinge en anelse patetisk. Men det er det nu ikke. Det er blot et forsøg på at beskrive og fastholde et sigtepunkt; et pejlemærke man aldrig kan nå helt hen til i virkelighedens verden, men som kursen kan og skal lægges efter – som skibet der lægger kursen efter det højt liggende kirketårn langt inde i landet..

I denne forstand er forvaltningsprocessens retsgarantier og deres overholdelse i høj grad også et mål i sig selv.

Afsluttende bemærkninger

Lad mig afslutte med en bemærkning for at forebygge eventuelle misforståelser om den betydning jeg tillægger forvaltningsprocessens retsgarantier i forhold til den materielle forvaltningsret.

Retsgarantier er jo udtryk for retssikkerhed. Og retssikkerheden er, og må altid være, relativ. Der vil altid kunne være mere retssikkerhed eller mindre retssikkerhed end tilfældet er på et konkret givent område.

Hvilke og hvor mange retsgarantier der på de forskellige områder skal eller bør være, må derfor naturligvis være undergivet en afvejning af retspolitisk karakter. Denne afvejning afhænger af retsområdets karakter, af ressourcebehovet, af hvor væsentlig betydning sagen har for den eller de pågældende borgere, og mange andre faktorer. – Forvaltningsloven, hvis retsgarantier jeg jo i

dag har holdt mig til, er med sit afgrænsede anvendelsesområde, et klart og illustrerende eksempel på en sådan afvejning. Forvaltningslovens sæt af retsgarantier skal kun finde anvendelse i et udsnit af forvaltningssagerne, nemlig de sager hvor der træffes en forvaltningsretlig afgørelse. Dette er lovgivers retspolitiske afvejning mellem især sagernes betydning over for den ressourceanvendelse som iagttagelsen af retsgarantierne indebærer.

Mit anliggende er imidlertid at denne, naturlige og nødvendige, afvejning skal foregå på klare og ærlige præmisser. Hvis og når man giver afkald på dele af retssikkerheden og retsgarantierne, så skal man også vide *hvad* det er man giver afkald på.

Og det vil altså efter min opfattelse stort set altid være noget andet og langt mere værdifuldt end blotte formaliteter og noget der ikke har et formål i sig selv.