

Niels Fenger og Mette Kryger Gram

Myter og realiteter omkring embedsmænds lydighedspligt og sondringen mellem ulovlige og klart ulovlige dispositioner

I de senere års debat om embedsmænds rådgivning og bistand er det blevet gjort gældende, at kravet om, at embedsmænd skal holde sig inden for lovens rammer, reelt er hult, idet gældende ret giver regeringen mulighed for at slippe afsted med næsten hvad som helst, så længe man ikke handler klart ulovligt. Denne artikel søger at forklare, hvorfor dansk ret sondrer mellem ulovlige og klart ulovlige ordrer, og hvornår denne sondring overhovedet er relevant. Som det vil fremgå, er det forfatterens opfattelse, at dette klarhedskriterium ikke underminerer princippet om en lovmæssig forvaltning, der har pligt til at tale sandt og handle i overensstemmelse med gældende ret.

For et retssamfund er det helt centralt, at ansatte i den offentlige forvaltning har pligt til at tale sandt og til at handle på grundlag af gældende ret. Det er endvidere vigtigt, at Folketinget, pressen og offentligheden i øvrigt kan have tillid til, at regeringen og embedsværket handler lovligt, sagligt, fagligt forsvarligt og sandfærdigt.

Der har løbende været diskussion om, hvorvidt ministre og embedsværk altid holder sig inden for de rammer, som sættes af pligterne om lovmæssig forvaltning, sandhedspligten og kravet om, at beslutninger skal træffes på et fagligt forsvarligt grundlag. I de senere års debat om embedsmænds rådgivning og bistand har debatten imidlertid taget en ny drejning, idet den ikke kun er gået på, om reglerne overholdes, men også på selve reglernes indhold. Det er nemlig blevet gjort gældende, at kravet om, at embedsmænd skal holde sig inden for lovens rammer reelt er hult, idet gældende ret giver regeringen mulighed for at slippe afsted med næsten hvad som helst, så længe man ikke handler klart ulovligt. Opfattelsen synes at hænge sammen med grundsætningen om, at embedsmænd hverken skal eller må udføre tjenestebefalinger, der er klart ulovlige, idet man slutter modsætningsvist fra denne grundsætning og antager, at minister og embedsmænd da kan handle ulovligt, så længe ulovligheden ikke er åbenbar. Det antages tilsyneladende, at embedsmændenes lydighedspligt over for deres minister indebærer, at det er en lovlig og naturlig del af

embedsmændenes opgaver at argumentere for løsninger, der er ulovlige (men dog ikke klart ulovlige), og at misinformere Folketinget og offentligheden, så længe de oplysninger, der videregives, ikke er positivt urigtige.

Eksempelvis har journalist Jesper Tynell i den prisvindende bog *Mørkelygten* fra 2014 gjort gældende, at der hersker ”noget nær lovløse tilstande, når det gælder de nuværende rammer – eller manglende rammer – for embedsmænds ansvar og pligter” (Tynell, 2014: 17). Ifølge Tynell medfører embedsmændenes lydighedspligt, ”at hverken pligten til at handle lovligt, sandhedspligten eller kravet om at holde sig inden for almindelig faglighed har særlig styrke” (Tynell, 2014: 337). Det gælder blandt andet i forhold til embedsmænds sandhedspligt, hvor gældende ret angiveligt drager en hårfin ”grænse mellem at lyve og at bedrage” (Tynell, 2014: 40). Regeringen skulle således inden for rammerne af sandhedspligten og kravet om respekt for almindelig faglighed kunne misinformere og vildlede oppositionspolitikere og medier ”ved blot at fremlægge stærkt politisk tilskårede faglige notater, der med kirurgisk præcision undgår udsagn, der isoleret set er decideret usande” (Tynell, 2014: 45). I kølvandet på Eva Kjer Hansens afgang som miljø- og fødevareminister har analysechef i Cevea Frank Skov i en kronik i *Information* den 1. marts 2016 fremført beslægtede synspunkter og blandt andet gjort gældende, at det er ”business as usual”, at ministre med villig hjælp fra embedsapparatet manipulerer og tilskærer tal, fakta og jura, hvis det er nødvendigt for at få politiske forslag til at glide lettere igennem i Folketinget.

Tynells bog kom på et tidspunkt, hvor den sammen med blandt andet introduktionen af det såkaldte nødlønsbegreb i den tjenstlige undersøgelse mod to chefer i Justitsministeriet for afgivelse af ukorrekte oplysninger til Folketinget i den såkaldte Christiania-sag fremkaldte stærke politiske reaktioner. Således argumenterede flere politikere i kølvandet på bogen for en ændring af retsforholdet mellem ministre og embedsmænd, ligesom Folketingets Udvalg for Forretningsordenen i en beretning af 26. februar 2015 indskærpede blandt andet sandhedspligten.

Fastlæggelsen af, hvilke normer der mere præcist gælder for ministre og deres embedsmænd, har af flere grunde stor praktisk betydning. Dels er kendskab til normerne afgørende for politikere og embedsmænd, når de agerer i spændingsfeltet mellem politik og administration. Dels forudsætter en nuanceret retspolitisk diskussion, at diskussionen udøves på baggrund af en viden om, hvad der i dag er gældende ret. Både Bo Smith-udvalgets undersøgelser af embedsmændenes kendskab til retsgrundlaget for deres dispositioner og debatten i kølvandet på Tynells og Bo Smith-udvalgets bøger kan rejse tvivl om, hvorvidt disse forudsætninger altid er opfyldte. Med denne artikel vil vi på

den ovennævnte baggrund søge at forklare, hvorfor dansk ret sondrer mellem ulovlige og klart ulovlige ordrer, og hvornår denne sondring overhovedet er relevant. Som det vil fremgå, er det vores opfattelse, at dette klarhedskriterium ikke som hævdet underminerer princippet om en lovmæssig forvaltning, der har pligt til at tale sandt og handle i overensstemmelse med gældende ret.

Klarhedskriteriets indhold og rækkevidde

Sondringen mellem ulovlige og klart ulovlige ordrer er udviklet i den juridiske litteratur og siden godkendt i praksis og sagkyndige betænkninger til at opstille regler for den særlige situation, at en embedsmand modtager en ordre, som enten med sikkerhed ikke er lovlig, eller hvis lovlighed der dog kan rejses begrundet tvivl om. Professor Bent Christensen har opsummeret problemstillingen og dens retlige løsning således:

Det traditionelle svar, som angår ulovlige tjenestebefalinger i almindelighed og ikke alene ministres ulovlige tjenestebefalinger til centraladministrationens embedsmænd, er formuleret således af Poul Andersen: Hvis ulovligheden er klar, skal ordremodtageren ikke adlyde. Hvis ulovligheden ikke er klar, skal han protestere. Men hvis tjenestebefalingen fastholdes, skal han adlyde. Dette svar søger at løse en regelkonflikt mellem to strafferetlige regler. I strafretten gælder den regel, at ordrer ikke diskulperer. Der ifaldes straf for en forbrydelse, selv om den er udført efter ordre. For den, der handler i offentligt hverv, kan det medføre sanktioner, at han ikke efterkommer en tjenestebefaling, straffelovens § 156 og tjenestemandenslovens § 10. Men man kan naturligvis ikke leve med en retstilstand, hvorefter ordremodtageren rammes af en sanktion, hvad enten han adlyder eller ikke. Dette dilemma løser Poul Andersens svar, om end ved at bruge et så tilpas upræcist begreb som ”klarhed” (Christensen, 1992: 398).¹

Klarhedskriteriet varetager således blandt andet følgende to overordnede hensyn: For det første, at det i tvivlstilfælde er den overordnede, der skal afgøre, hvad der er lovligt, og for det andet, at den underordnede embedsmand ikke skal løbe risikoen for at skønne galt med hensyn til, om en ordre er lovlig.

Spørgsmålet om, i hvilket omfang embedsmænd har ret og pligt til at ”sige fra” over for ulovlige ordrer, kan anskues som et spørgsmål om afvejningen af hensynet til forvaltningens effektivitet eller ledelsens bestemmelsesret over for kravet om lovmæssig forvaltning (Betænkning 1553/2014: 148; Statsløsekommissionen, 2015: 187). Klarhedskriteriet ses ofte som en prioritering af de førstnævnte hensyn. En sådan antagelse vil dog være en smule forenklet, idet

ledelsesretten i et ministerium jo tilkommer ministeren, hvorfor princippet også reflekterer, at vi lever i et demokrati, hvor det er politikerne og ikke embedsmænd der bestemmer.² Endvidere kan det i relation til ordrer udstukket af overordnede embedsmænd faktisk hævdes, at kriteriet i en række tilfælde fremmer hensynet til lovmæssig forvaltning, idet man alt andet lige må gå ud fra, at den overordnede typisk har en større viden og et bedre erfaringsgrundlag end den underordnede. Det vil ikke være befordrende for retsstaten, om det var op til den enkelte – måske unge og uerfarne – embedsmænds subjektive overbevisning at træffe den endelige afgørelse af, hvad ministeriet vurderer som lovligt.³

Hvad klarhedskriteriet ikke handler om

Det er en vigtig, men åbenbart ofte overset pointe, at klarhedskriteriet alene har betydning for den ovennævnte ordresituation. Så længe der ikke er givet en ulovlig ordre, skal embedsmænd fuldt ud handle i overensstemmelse med gældende ret. Eller som udtrykt i Bo Smith-udvalgets rapport: ”Udvalget har ... i tilknytning til den ovennævnte offentlige debat fundet grund til at fremhæve, at spørgsmålet om, hvorvidt en given handling er ulovlig eller klart ulovlig, alene har betydning for, hvordan en embedsmand skal agere, når vedkommende modtager en ordre fra sin chef” (Bo Smith-udvalget, 2015: 156). I det følgende vil vi på den baggrund gennemgå, hvornår klarhedskriteriet overhovedet kommer til anvendelse – og navnlig hvornår dette ikke er tilfældet. Som det vil fremgå, er anvendelsesområdet for klarhedskriteriet mere snævert end, man undertiden synes at forudsætte i den offentlige debat, idet klarhedskriteriet

- kun vedrører spørgsmålet om embedsmandens individuelle ansvar,
- alene er relevant i forhold til embedsmandens ansættelsesretlige og strafretlige ansvar for ulovlige dispositioner, der foretages på baggrund af en ordre om at handle i strid med normerne for korrekt embedsmænds-adfærd,
- kun kommer i spil, hvis den underordnede har konfronteret den overordnede med, at ordren er ulovlig, og
- ikke kan legitimere en disposition, som alle er enige om er ulovlig.

Klarhedskriteriet vedrører kun spørgsmålet om embedsmandens individuelle ansvar

Den første – og praktisk væsentlige – begrænsning af klarhedskriteriets anvendelse går på, at dette ikke vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en myndighed – det enkelte ministerium eller regeringen som sådan – handler lovligt. Klarhedskriteriet angår alene den enkelte embedsmænds rettigheder og pligter. Sondringen ulovlig/klart ulovlig har derimod intet at gøre med, hvilke disposi-

tioner myndigheden som sådan må træffe, herunder i hvilken grad myndighedens oplysninger over for Folketinget eller offentligheden skal være retvisende.⁴ Det forhold, at en ansat ikke kan ifalde ansvar, fordi han eller hun opfylder sin lydighedspligt, indebærer således ikke, at der er handlet retmæssigt i forhold til Folketing og offentlighed. Man bør ikke sammenblende spørgsmålet om Folketingets ret til korrekt information og borgernes ret til korrekte afgørelser mv. med spørgsmålet om den enkelte embedsmands straffe- og ansættelsesmæssige retsstilling.

Klarhedskriteriet gælder kun i ordresituationen

Den næste væsentlige begrænsning i klarhedskriteriets anvendelse er, at det alene får betydning i forhold til dispositioner, der foretages på baggrund af en ordre om at handle i strid med normerne for korrekt embedsmandsadfærd. Erkendelsen heraf har væsentlig betydning for såvel ministerens som embedsværkets pligter.

At klarhedskriteriet kun får betydning for lovligheden af en disposition foretaget af modtageren af en ulovlig ordre, indebærer for det første, at klarhedskriteriet ikke er relevant for spørgsmålet om, hvorvidt *ordregiveren* handler retsstridigt, når han giver en ordre til, at der handles ulovligt. Klarhedskriteriet er derfor uden betydning for spørgsmålet om, hvordan ministeriets øverstbefalende, ministeren, må handle.

Heri ligger for det for første, at en minister vil handle retsstridigt, såfremt han giver en tjenestebefaling, som – hvis den efterleves – vil resultere i noget ulovligt over for en udenforstående, fx en ulovlig forvaltningsakt eller vildledning af Folketinget.⁵ I den forbindelse gælder der ikke noget forbehold om, at ministeren godt må give ordre om ”mindre” ulovligheder, der ikke kan anses som ”klare”.⁶

Klarhedskriteriet er også uden betydning for bedømmelsen af retmæssigheden af de udtalelser og dispositioner, som en minister selv foretager over for Folketinget, eksterne kontrolorganer og offentligheden. Efter ministeransvarlighedslovens § 5, stk. 2, må en minister hverken give Folketinget urigtige eller vildledende oplysninger, ligesom ministeren under Folketingets behandling af en sag ikke må fortie oplysninger, der er af væsentlig betydning for Folketingets bedømmelse af sagen.

En minister kan derfor ikke over for Folketinget lovligt manipulere og fordreje fakta, når blot ”der ikke er tale om en simpel løgn, men om mere raffineret bedrag” (sml. Tynell, 2014: 37 og 42).

Ministre må godt sælge deres sag, men de må ikke gøre det med vildledende markedsføring. Misinformerer en minister bevidst Folketinget, ombudsman-

den eller offentligheden, er der tale om en ulovlighed, og det vil ved vurderingen af, om der er tale om misinformation, ikke være relevant at drage klarhedskriteriet ind i analysen. Som senest udtalt i betænkning 1557/2015 om opfølgning på Christiania-sagen:

Der er ikke i formuleringen af ministeransvarlighedslovens § 5, stk. 2, indlagt nogen undtagelse til eller begrænsning af sandhedspligten – den gælder i stort og småt. ... Der gælder således efter udvalgets opfattelse et utvetydigt forbud mod at give Folketinget urigtige, vildledende eller utilstrækkelige oplysninger, der kun kan fraviges i helt ekstraordinære og atypiske situationer ... Hvis et spørgsmål, der stilles fra et folketingsudvalg eller folketingsmedlemmer er uklart formuleret, er det antaget, at det påhviler ministeren så vidt muligt at finde ud af spørgsmålets mening og give svar herpå. På samme måde er det antaget, at der gælder en pligt til at korrigere åbenbare misforståelser, f.eks. i tilfælde, hvor det fremgår af et spørgsmål, at det er baseret på urigtige forudsætninger om faktiske eller retlige forhold. ... Tilskyndelsen for regeringen til at stille sin politik i det gunstigst mulige lys vil ofte være stor. Men der er grænser. Alle oplysninger om faktiske, konstaterbare forhold skal være rigtige og fyldestgørende (Betænkning 1557/2015: 9, 12, 23 og 24; se også Bo Smith-udvalget, 2015: 147).

Sådan må det da også være. Folketinget råder ikke selv over mange undersøgelsesmidler og må derfor som udgangspunkt skaffe sig alle relevante oplysninger ved at anmode vedkommende minister om at tilvejebringe det ønskede informationsgrundlag. For at den parlamentariske proces skal kunne fungere på en betryggende måde, skal Folketinget kunne fæstne lid til, at oplysningerne fra ministerierne er rigtige og fyldestgørende. Som anført i Betænkning 1557/2015 er det blandt andet på den baggrund en hel fundamental del af vores demokratisk-parlamentariske system, at Folketinget som en del af den lovgivende magt kan stole på, at en minister, der lægger oplysninger frem for Folketinget, giver en fremstilling, som er både sand og dækkende (Betænkning 1557/2015: 22).

På tilsvarende måde anføres det i Beretning nr. 6 afgivet af Udvalget for Forretningsordenen den 26. februar 2015, at ”en fastholdelse af den gældende ordning og ressourcefordeling mellem regering og Folketing på længere sigt kræver en stadig opmærksomhed på den til enhver tid siddende regerings forpligtelser til rettidig, retvisende og loyal varetagelse af Folketingets informationsbehov.” Præsidiets og Udvalget for Forretningsordenen tilføjede herudover – som en mere politisk norm – at en minister ikke alene bør være opmærksom på at undgå at fortie foreliggende oplysninger af væsentlig betydning for Folke-

tingets bedømmelse af en sag, men også selv sørge for, at sådanne oplysninger indhentes og videregives til Folketinget. Ligeledes ønskede Præsidiet og udvalget at betone, at indhentelse og videregivelse af oplysninger til Folketinget bør ske loyalt og uden hensyn til, hvorvidt de oplysninger, som foreligger, eller som der kan være tale om at indhente, umiddelbart synes at ville understøtte ministerens politiske holdninger eller intentioner.

At klarhedskriteriet alene har betydning for lovligheden af en disposition foretaget af modtageren af en ulovlig ordre, har også essentiel betydning for fastlæggelsen af embedsmændenes pligter.

For det første vil en overordnet embedsmand – på samme måde som ministeren – handle retsstridigt, såfremt han giver en ulovlig ordre, uanset at ulovligheden ikke er klar. Også for embedsmænd gælder, at ledelsesretten må udøves inden for rammerne af gældende ret.⁷

For det andet finder klarhedskriteriet heller ikke anvendelse i den typisk forekommende situation, hvor embedsmænd handler på forventet efterbevilning eller forventet ”efterordre”. Som anført i Bo Smith-udvalgets rapport har

... sondringen mellem ulovlighed og klar ulovlighed ingen betydning for, hvilke oplysninger og forslag til afgørelser og udspil mv., som embedsværket kan lægge op til den politiske ledelse. ... Det er således ikke gældende ret, at embedsmænd uden at komme i strid med deres tjenesteplichter kan foreslå en minister at misinformere Folketinget og udfærdige misvisende udkast til svar på folketingssspørgsmål mv., når blot det, der foreslås skrevet eller sagt, ikke er klart urigtigt. ... Det er ligeledes ikke gældende ret, at embedsmænd – uden udtrykkelig ordre fra deres politiske chef – kan argumentere for en given retstilstand, som embedsmændene selv finder i strid med gældende ret, når blot det kan gøres gældende, at den uholdbare retstilstand, der argumenteres for, ikke er klart fejlagtig. Endelig er det ikke i overensstemmelse med kravet om faglighed, såfremt embedsmændene ud fra en forventning om, hvad ministeren ønsker at høre, undlader at konfrontere ministrene med faglige oplysninger, som er relevante for beslutningsgrundlaget (Bo Smith-udvalget, 2015: 156).⁸

Citatet viser, at der er grund til at sondre mellem embedsmændenes lydighedspligt i snæver forstand og den bredere loyalitets- og lydørhedsforpligtelse, som også karakteriserer tjenesteforholdet. Princippet om, at embedsmanden i visse tilfælde kan handle ulovligt, men ikke klart ulovligt, uden at pådrage sig personligt straffe- eller ansættelsesretligt ansvar, er nemlig alene koblet til situationer, hvor der opstår spørgsmål om at efterkomme en allerede givet ordre, og dermed til lydighedspligten i snæver forstand. Princippet strækker sig

derimod ikke så vidt, at det også styrer omfanget af den bredere loyalitets- og lydørhedsforpligtelse, som også gælder, når der ikke er givet en ordre. I sidstnævnte tilfælde gælder de almindelige krav til sandhed og faglighed mv. fuldt ud. Sondringen ulovlig/klart ulovlig er her retligt irrelevant.

Også denne pointe er praktisk væsentlig. I en række sammenhænge kan det være nødvendigt, at embedsværket løber foran bolden og anticiperer ministerens bestillinger. Faktisk er det snarere hovedreglen end undtagelsen, at embedsmænd præsenterer udkast til løsninger for ministeren, før denne har haft lejlighed til at stifte bekendtskab med sagen og gøre sin egen holdning op. Proaktiv rådgivning og andre indstillinger må imidlertid ske inden for rammen af gældende ret. Og der har desværre været uheldige eksempler på, at embedsmænd i forsøg på at gøre ministeren tilfreds er kommet til at begå fejl – og blandt andet argumentere for løsninger, hvis lovlighed, man kunne have tvivl om – uden at dette kan henføres til en egentlig (ulovlig) ordre fra ministerens side. Ministeren vil da kunne henvise til, at han eller hun blot handlede på baggrund af embedsværkets rådgivning og forsikring om, at alt gik lovligt for sig.⁹

Endelig har klarhedskriteriets begrænsning til ordresituationen betydning for embedsmændenes sparring med og rådgivning af ministeren: Så længe der ikke er givet en ulovlig ordre, skal embedsmændene ikke blot selv fuldt ud handle i overensstemmelse med gældende ret, men også sikre sig, at det samme gælder for ministeren. Dette indebærer blandt andet, at embedsmændene skal sikre sig, at oplysninger, der afgives fra ministeriet, hverken er decideret forkerte eller misvisende. Som anført i Betænkning 1443/2004 om embedsmænds rådgivning og bistand må embedsværket ikke yde ”en bistand, der indebærer, at embedsværket videregiver oplysninger, som er urigtige. Det samme gælder med hensyn til oplysninger, som ikke kan anses for urigtige, men som i den givne sammenhæng må anses for vildledende, f.eks. på grund af fortielser af andre, væsentlige oplysninger” (Betænkning 1443/2004: 142).¹⁰ Kodex VII fremhæver grundlæggende det samme og tilføjer, at embedsmænd derfor ikke må ”rådgive ministeren på en måde, som indebærer, at der f.eks. ved afgivelse af urigtige oplysninger eller fortielse af oplysninger handles i strid med sandhedspilten. Og de skal advare ministeren, hvis denne er på vej til at handle i strid med ministerens sandhedspilgt”. De skal også ”advare ministeren, hvis denne er på vej til at handle i strid med gældende ret” (Finansministeriet, 2015: 21 og 27).¹¹

Der er således ingen tvivl om, at en embedsmand handler retsstridigt, hvis han aktivt deltager i konstruktionen af urigtige eller vildledende oplysninger, ligesom det samme er tilfældet, hvis embedsmanden ikke udfolder tilstrækkelige bestræbelser på at forhindre afgivelsen af de urigtige oplysninger. Er der

tvivl om, hvorvidt de pågældende oplysninger er rigtige eller fyldestgørende, skal embedsmanden advare ministeren mod, at oplysningerne bliver videregivet, herunder til Folketinget, uden at tvivlen bliver fjernet eller forklaret. Først hvor ministeren i en sådan situation fastholder sin opfattelse trods embedsmandens råd, antages denne at have både ret og pligt til at betjene ministeren (Betænkning 1557/2015: 36 f og 75).

Det er derfor ikke gældende ret, at det er en del af embedsværkets opgaver ”at tilskære tal, jura og fakta, så de over for offentligheden beskriver virkeligheden, så den tager sig ud på én måde, samtidig med, at regeringen indadtil ved, at verdenen i virkeligheden ser ganske anderledes ud” (sml. Tynell, 2014: 14). Embedsmænd skal arbejde for regeringens politik og fremlægge den så positivt som muligt. Men de må ikke ”dreje eller ligefrem fordreje statistik, lovgivning og faktuelle oplysninger” (sml. Tynell, 2014: 15). Og det er ikke en lovlig del af embedsmændenes hverdag at udøve den kunst ”at give offentligheden et bestemt fortegnet indtryk af virkeligheden, uden at ministeren eller ministeriet af den grund kan fanges i at tale direkte usandt eller i at foretage sig noget klart ulovligt ... [og] at kommunikere, så borgere, journalister og folketingsmedlemmer lader sig vildlede, uden at det kan dokumenteres, at det har været hensigten” (sml. Tynell, 2014: 15).

Embedsmænd må kun foretage sådanne handlinger efter ordre – en ordre, som i sig selv vil pådrage ordregiveren et retligt (og eventuelt også politisk) ansvar – og i så fald kun, hvis det ikke er klart, at handlingen er ulovlig eller usand.

Bo Smith-udvalgets undersøgelser peger på, at embedsværket grundlæggende er bekendt med betydningen af, om der foreligger en ordresituation. 3.975 embedsmænd fra sagsbehandlerniveau til kontorchefniveau (69 pct. svarede) blev stillet i tænkte, men virkelighedstro situationer, hvor spørgsmålet om balancen mellem lydighedspligten og kravet om lovmæssig forvaltning blev sat på spidsen. En af situationerne handlede om en konkret sag, hvor ministeren havde en klar fornemmelse af, hvad opinionen gerne så, men hvor loven sagde noget andet. En anden handlede om at ændre regler. Ministeren foretrak den enkle løsning med en bekendtgørelse. Embedsmændene vurderede heroverfor, at der ikke var hjemmel til at udstede den påtænkte bekendtgørelse, og at ministeren var nødsaget til at vælge den tungere vej gennem Folketinget. Den sidste situation handlede om et lovforslag, som kunne risikere at blive underkendt af EU-Domstolen. Ministeren ville fremture, men oplyse Folketinget om usikkerheden. I alle tre situationer var spørgsmålet, om embedsmændene ville føje ministerens politiske vink eller i mere eller mindre direkte vendinger sætte sig på bagbenene.

I den første situation ville 90 pct. af de svarende rejse et advarselsflag, og 41,5 pct. ville selv i tilfælde af en udtrykkelig ordre sige fra. Betænelighederne var også udbredte i det andet scenario; over halvdelen ville kun medvirke til at udstede bekendtgørelsen, såfremt de fik en direkte ordre herom, mens 17,5 pct. ville trodse ordren og sige endeligt fra. I det tredje scenario, hvor embedsværket alene var i tvivl om lovligheden, var 74 pct. indstillet på at følge ministeren. Disse tal indikerer efter vores opfattelse, at embedsværket på den ene side grundlæggende værner om lovligheden, men at embedsmændene på den anden side også erkender, at spørgsmålet om gældende ret i normalsituationen til syvende og sidst må afgøres af de overordnede og ikke af de underordnede.

Klarhedskriteriet og kravet om at den overordnede skal konfronteres med ulovlighedsvurderingen

Vi har allerede beskrevet, hvordan en embedsmand har pligt til at advare sin foresatte om, at denne er i færd med at foretage en disposition, der kan være ulovlig. Tilsvarende gælder i forhold til den foresattes ordrer. En embedsmand har således pligt til at underrette og advare sin overordnede, hvis han finder, at en ordre er ulovlig, det være sig fordi embedsmanden anmodes om at udstede en ulovlig retsakt, eller fordi han pålægges at anføre noget usandt eller dog vildledende over for omverdenen.¹² Denne advarselspligt må også gælde for tilfælde, hvor ulovligheden ikke er klar. Støtte for dette synspunkt kan blandt andet findes i Statsløsekommissionens beretning: "Selv hvis en ordre ikke er klart ulovlig, har embedsmænd dog pligt til at rådgive og advare ministeren om den mulige ulovlighed. En sådan pligt foreligger allerede, hvis det retlige eller faktiske grundlag for ministerens politik forekommer tvivlsomt" (Statsløsekommissionen, 2015: 89; se også Statsløsekommissionen, 2015: 188; Betænkning 1553/2014: 150, 155; FOB 2000.620; Christensen, 1992: 399).

Det er endvidere almindeligt antaget, at embedsmændenes underretnings- og advarselspligt ikke bortfalder, blot fordi embedsmanden har en nok så berettiget formodning om, at den overordnede allerede er bekendt med ordrens mulige ulovlighed. Heller ikke en antagelse om, at chefen under alle omstændigheder vil fastholde sin ulovlige ordre, kan berettige, at embedsmanden undlader at underrette og advare chefen om tingenes tilstand (Larsen, 2002: 192).

En offentligt ansat kan på den baggrund formentlig kun frigøre sig fra de ansættelses- og strafferetlige konsekvenser, der er forbundet med at udføre en ulovlig ordre, der dog ikke er klart ulovlig, såfremt den ansatte forinden har konfronteret den overordnede med sin opfattelse af, at den overordnedes instruktioner ikke er i overensstemmelse med sandheden eller gældende ret mv.

Det er da også naturligt, at den overordnede må få lejlighed til at genoverveje sin tjenestebefaling, hvis mulige ulovlighed han måske slet ikke har overvejet. Samtidig må den underordnedes pligt til at advare om ordrens mulige ulovlighed i sig selv antages at virke præventivt for ledelsens incitament til at træffe ulovlige beslutninger. Der er al grund til at tro, at det gør indtryk på i hvert fald de fleste ministre, såfremt embedsmændene – sådan som de er forpligtet til – stærkt advarer mod en bestemt linje eller beslutning, fordi den er på kanten af det lovlige, og måske endda ulovlig uden dog med sikkerhed at være klart ulovlig. Det er formentlig kun de færreste ministre og forvaltningschefer, der efter at være blevet advaret, alligevel insisterer på at agere på en måde, der risikerer at blive underkendt af ombudsmand, rigsrevision, tilsynsmyndigheder og domstole. I hvert fald kan man blandt de mange undersøgelser af de såkaldte skandalesager, der har været gennem de sidste 30 år, kun finde ét klart eksempel – nemlig Tamil-sagen – på, at en minister har presset sin politik igennem på tværs af embedsmændenes juridiske advarsler.

Klarhedskriteriet kan ikke legitimere en disposition, som alle er enige om er ulovlig

Når embedsmænd kun har pligt til at sige fra over for klart ulovlige ordrer, hænger det som allerede anført sammen med, at det som udgangspunkt er op til hierarkiet og ikke den enkelte embedsmands individuelle vurdering at træffe den endelige afgørelse af, hvad ministeriet anser som lovligt. Formålet med klarhedskriteriet er således at håndtere den situation, hvor der er tvivl eller uenighed om, hvad der er lovligt og ulovligt at gøre; eller anderledes udtrykt på tilfælde, hvor det er usikkert, om en given disposition overhovedet er ulovlig, og det først efterfølgende fastslås, at dette er tilfældet. Og princippet handler om, hvem der da skal træffe afgørelsen om, hvorledes ministeriet skal agere.

Sondringen mellem det ulovlige og det klart ulovlige er derimod ikke indført for at give handlerum for ulovlig embedsudøvelse. Klarhedskriteriet kan derfor ikke legitimere en disposition, som alle er enige om er ulovlig. Det er ikke gældende ret, at embedsmænd (uden egentlige ordrer herom) må foretage sig noget, som alle involverede finder ulovligt, blot der for så vidt kan opstilles en argumentation, som kunne pege i retning af, at ulovligheden ikke er klar.

Pointen er rammende formuleret på følgende måde i Kodex VII:

Princippet om håndtering af tvivlstilfælde handler således *ikke* om, i hvilken udstrækning det er tilladt at bryde loven eller bryde sandhedspligten. Principperne handler om, *hvem* der træffer afgørelsen og har ansvaret i tvivlstilfælde:

Det er en overordnet embedsmand eller evt. en minister, der træffer en sådan afgørelse, og som bærer ansvaret herfor (Finansministeriet, 2015: 42).

Fordele og ulemper ved klarhedskriteriet

Der er formentlig to grunde til, at der løbende rejses kritik mod klarhedskriteriet. For det første lægger selve ordvalget "ulovlig" og "klart ulovlig" op til en antagelse om, at det er lovligt at handle ulovligt, når blot ulovligheden ikke er åbenbar. Som påvist ovenfor, er retstilstanden imidlertid en ganske anden.

Samtidig synes en betydelig del af kritikken af klarhedskriteriet at hvile på en præmis om, at juraen ikke blot er en objektiv sandhed, men også at det er relativt nemt at konkludere, om en given handling er lovlig, og i benægtende fald om ulovligheden er klar. Som allerede antydnet er denne præmis imidlertid ofte ikke opfyldt; tværtimod kan både fastlæggelsen af gældende ret og faglige normer undertiden give anledning til betydelig tvivl. Det gælder både i tilfælde af lovfortolkning og udøvelse af mere skønsmæssig virksomhed. Og det gælder i særdeleshed, hvor EU-ret og anden international ret komplicerer retskildebilledet. Departementschef i Finansministeriet Martin Præstegaard har udtrykt det på denne måde: "I langt de fleste af vores sager er der ikke ét fagligt, rigtigt svar. Der er mange forskellige faglige svar, som kan være rigtige. Vi skal operere under faglighed, men det betyder ikke, at vi har ét rigtigt svar på ting. Og med det kan man komme frem til forskellige konklusioner med fagligheden i behold" (Altinget, 2016).

Det er i dette lys, at man skal forstå klarhedskriteriet. Kriteriet kan ikke med rimelighed anskues som en blankocheck til at handle "lidt" ulovligt, men bygger på en erkendelse af, at visse retlige og faktiske spørgsmål kan give anledning til tvivl, selv efter en ordentlig undersøgelse af det relevante materiale, og at afgørelseskompetencen i sådanne tilfælde tilkommer den overordnede og ikke den underordnede.

Hvis embedsmænd i en situation, hvor juraen ikke var klar, kunne sige til ministeren, at de godt nok ikke var sikre på en given dispositions ulovlighed, men at de alligevel ikke ville medvirke til at udføre den, ville man tildele de ansatte en reel veto til at styre ministeriet i tvivlssituationer. En sådan retstilstand vil kun være berettiget, såfremt man med rette kunne forudsætte, at embedsmændenes vurderinger repræsenterer den egentlige sandhed, og at ministrenes reaktioner herpå udgør noget usagligt og forurenende i forhold til denne sandhed. Tanken om én sandhed er imidlertid ikke sjældent en illusion, og vi lever jo i et demokrati og ikke et teknokrati.

Af samme grund giver klarhedskriteriet ikke politikere og embedsmænd et uhensigtsmæssigt spillerum til at præsentere politisk opportune, men retligt

uholdbare løsninger. Det hænder bestemt, at der er rum for forskellige fortolkninger af gældende ret og for fastlæggelsen af, hvad der udgør fagligt velfunderede beslutninger. Det hænder også, at dette fortolkningsrum kan udnyttes aktivt i politisk øjemed. Fortolkningsrummet opstår imidlertid ikke som følge af klarhedskriteriet, men følger allerede af, at ministerierne hyppigt skal fortolke og anvende uklare retsregler. Et eventuelt fortolkningsrum kan således udnyttes politisk, også hvor klarhedskriteriet aldrig kommer i spil, fordi der ikke er givet en ordre. Endvidere kan klarhedskriteriet som allerede anført ikke legitimere en beslutning, som beslutningstageren selv anser for ulovlig, blot fordi ulovligheden ikke er åbenbar. Klarhedskriteriet udvider derfor ikke spillerummet for korrekt embedsmandsafærd.

Når klarhedskriteriet i de senere år er blevet kritiseret, skyldes det formentlig også, at kritikken undertiden sammenblander spørgsmålet om en dispositions lovlighed med spørgsmålet om, hvornår den ulovligt handlende embedsmand bliver mødt med sanktioner. Det er nemlig således, at en overtrædelsesklarhed kan indgå i vurderingen af, om en ulovlighed er mere eller mindre bebrejdselsværdig, og dermed om den udløser ansvar i form af ansættelses- eller strafferetlige sanktioner. Denne vurdering har imidlertid intet med det klarhedskriterium at gøre, som vi har redegjort for ovenfor. Klarhedskriteriet regulerer, hvornår en embedsmand overtræder sine tjenestepligter. Til forskel herfra indgår ulovlighedens klarhed i sanktionsbedømmelsen ikke som en faktor, der afgør, om embedsmanden eller ministeren har handlet lovligt, men alene som et blandt flere momenter, der styrer, hvilke ansættelses- og strafferetlige konsekvenser det skal have, at embedsmanden handlede ulovligt i en given situation. Selv om det måske kan forekomme utilfredsstillende, at det nogle gange er sådan, at ingen embedsmand eller minister kan drages personligt til ansvar for en disposition, der senere viste sig at være ulovlig, er det vigtigt at holde fast i, at en ulovlig disposition ikke bliver legitim, blot fordi sagen ikke resulterer i placeringen af et personligt ansvar og ansættelses- eller strafferetlige sanktioner. Heri adskiller den offentligretlige lovgivning sig ikke fra de fleste andre regelsæt, herunder den private ansættelsesret, der ligeledes opererer med en sondring mellem, hvad der udgør et brud på de ansættelsesretlige pligter, og hvilke brud der er så alvorlige, at de kan udløse ansættelsesretlige konsekvenser. Særligt for så vidt angår ministre, må man tillige huske på, at Folketingets adgang til at udtrykke mistillid til ministeren ikke er begrænset til de tilfælde, hvor politikerne har handlet så groft, at ministeren ifalder ansvar efter ministeransvarlighedsloven (FOB 2005.547).¹³

Konklusionen bliver derfor, at klarhedskriteriet ikke underminerer princippet om en lovmæssig forvaltning, der har pligt til at tale sandt og handle i

overensstemmelse med gældende ret. Denne konklusion indebærer på ingen måde, at de problemstillinger, som blandt andre Tynell har peget på, hermed er irrelevante. Blot må man erkende, at problemet ikke er gældende ret som sådan, men derimod at lovgivningen ikke altid overholdes. Det er derfor opmuntrende, at centraladministrationen har taget handsken op og erkendt, at de i og for sig glimrende nuværende principper for god embedsmandsadfærd bør forankres mere solidt i den ministerielle hverdag.

Noter

1. Formuleringen kan give indtryk af, at pligten og retten til at efterkomme den overordnede ordre følges ad. I dag er den fremherskende opfattelse dog, at en ansat, som vælger ikke at følge en ordre, der efterfølgende viser sig "blot" at være ulovlig, men ikke klart ulovlig, i almindelighed ikke af den grund bør mødes med ansættelsesmæssigt eller strafferetligt ansvar for tilsidesættelse af lydighedspligten.
2. "[R]isikoen for ulovlige tjenestebefalinger fra netop ministre, som qua ministre lever i – og bør leve i – glashuse, er ikke stor nok til at retfærdiggøre endnu en generel svækkelse af politikernes indflydelse. Og risikoen kan modvirkes ved at bruge sanktioner over for politikerne i de undtagelsestilfælde, hvor det viser sig, at tjenestebefalingen virkelig var ulovlig om end ikke klart" (Christensen, 1992: 399)
3. Klarhedskriteriet er ikke en speciel dansk opfindelse men genfindes i en række andre retsordener og i folkeretten. Således udtaler Statutten for den internationale straffedomstol i art. 33 blandt andet følgende:
"1. The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:
(a) The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question;
(b) The person did not know that the order was unlawful; and
(c) The order was not manifestly unlawful."
4. "[S]ondringen mellem klare ulovligheder og andre ulovligheder styrer ... ikke, om det er retmæssigt at videregive urigtige oplysninger eller i øvrigt, eventuelt på grund af fortællinger, at vildlede myndigheder og personer i og uden for ministeriet" (Bo Smith-udvalget, 2015: 157).
5. Det "er en selvfølge, som alligevel fortjener at understreges, at ministeren handler retsstridigt ved at give en i denne forstand ulovlig tjenestebefaling" (Christensen, 1992: 398)
6. Efter ministeransvarlighedslovens § 3, nr. 1 skal en minister anses for medvirkende til en underordnet handling, når ministeren har været bekendt med, at den pågældende handling ville blive foretaget, og har undladt at søge dette hindret.

- Ministeren kan således ikke så at sige ”skubbe ansvaret foran sig” ved at overlade udførelsen af en ulovlig disposition til ministerens embedsmænd.
7. Sten Bønsing opregner i artiklen ”Embedsmænds pligter – en kommentar til ’Kodex VII – Syv centrale pligter for embedsmænd i centraladministrationen’” en række domme, hvor ulovlige ordrer har haft strafferetlige konsekvenser for de pågældende forvaltningspersoner (2016: 35).
 8. Se også Kodex VII, hvorefter embedsmænd ikke må rådgive på en måde, som indebærer, at der handles i strid med gældende ret (Finansministeriet, 2015: 21), og Statsløsekommissionens beretning, ifølge hvilken pligten til at rådgive korrekt indebærer, at embedsmænd ikke må give ministeren ”gode ideer” til retsbrud (Statsløsekommissionen, 2015: 189).
 9. Se også Bønsing (2016: 38), der med henvisning til U 2009.999 H fremhæver, at ledelsen må kunne forvente, at underordnede medarbejdere udfører deres arbejdsopgaver i overensstemmelse med gældende ret.
 10. Der påhviler generelt offentligt ansatte en pligt til at korrigere åbenbare misforståelser, uanset om det i det konkrete tilfælde vil være mere belejligt for myndigheden at lade den anden myndighed, forhandlingspartner eller borger forblive i vildfarelsen (Betænkning 1557/2015: 35).
 11. På tilsvarende måde skal embedsmænd gøre deres overordnede opmærksom på ”en tvivl om lovligheden af en handling eller tvivl om faglige spørgsmål eller overholdelse af sandhedspligten, så den overordnede kan tage stilling hertil” (Finansministeriet, 2015: 47)
 12. I FOB 2000.535 og FOB 2006.620 udtales det, at denne pligt også gælder i forhold til fagligt uforvarlige forhold.
 13. I Beretning afgivet af Miljø- og Fødevarerudvalget den 23. juni 2016 om oplysninger og vurderinger, der tilgår Folketinget, kritiserede et flertal i udvalget ”skarpt, at centrale ministre har siddet inde med oplysninger og faglige vurderinger, som ikke med samme ordlyd er tilgået Folketinget. Det er væsentligt og helt centralt, at samme oplysninger tilgår Folketinget, således at Folketingets beslutninger kan træffes på et fuldt oplyst og tilsvarende fagligt og juridisk grundlag som det, der har ligget til grund for regeringens vurderinger.”

Litteratur

Altinget (2016). Departementschefer: Vi skal være mere åbne, 17. juni.

Beretning nr. 6 (2015) om ministres ansvar over for Folketinget. Beretning afgivet af Udvalget for Forretningsordenen den 26. februar 2015. Folketingstidende B, 2014-2015 (1. samling).

- Betænkning 1443 (2004). *Embedsmænds rådgivning og bistand. Betænkning fra Udvalget om embedsmænds rådgivning og bistand til regeringen og dens ministre*. København: Schultz Information.
- Betænkning 1553 (2014). *Offentligt ansattes ytringsfrihed og whistleblowerordninger. Betænkning fra Udvalget om offentligt ansattes ytringsfrihed og whistleblowerordninger*. København: Justitsministeriet og Rosendahls-Schultz Distribution.
- Betænkning 1557 (2015). *Betænkning om opfølgning på Christiania-sagen. Betænkning fra Udvalget om opfølgning på Christiania-sagen*. København: Justitsministeriet og Rosendahls-Schultz Distribution.
- Bo Smith-udvalget (2015). *Embedsmanden i det moderne folkestyre*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Bønsing, Sten (2016). Embedsmænds pligter – en kommentar til “Kodex VII – Syv centrale pligter for embedsmænd i centraladministrationen”. U 2016 B: 33-40.
- Christensen, Bent (1992). Lydighedspligt, loyalitetspligt og centraladministrationens embedsmænd. U 1992 B: 396-402.
- Finansministeriet (2015). *Syv centrale pligter for embedsmænd i centraladministrationen – Kodex VII. Finansministeriet*. København: Finansministeriet.
- Larsen, Kaj (2002). Retsgrundlaget for ansættelse i forvaltningen, pp. 163-200 i Hans Gammeltoft-Hansen et al. (red.), *Forvaltningsret*. København: Djøf Forlag.
- Skov, Frank (2016). Ministerier er tænketanke, *Information*, 1. marts.
- Statsløsekommissionen (2015). *Beretning afgivet af Statsløsekommissionen*. København: Rosendahls-Schultz Distribution.
- Tynell, Jesper (2014). *Mørkelygten. Embedsmænd fortæller om politisk tilskæring af tal, jura og fakta*. Frederiksberg: Samfundslitteratur.