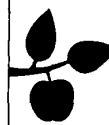


Kirkeudvalget
KIU alm. del - Bilag 34
Offentligt



SYDDANSK UNIVERSITET
UNIVERSITY OF SOUTHERN DENMARK

Kirkeudvalget
Folketinget
Christiansborg
1240 København K

Adjunkt, cand. jur., Ph.D.
Pernille Boye Koch
Juridisk Institut
Syddansk Universitet
Campusvej 55
5230 Odense M

Tlf. 6550 3598
Fax 6593 0726
pbk@sam.sdu.dk

Dato: 14. februar 2006

Vedr. adgangen til eksklusion af medlemmer af Folkekirken

Til orientering for Kirkeudvalgets medlemmer vedlægges artiklen "Folkekirke, tro og magtfordrejning", der blev publiceret i Ugeskrift for Retsvæsen nr. 3, 21. januar 2006.

Artiklen indeholder en analyse af højesteretsdommen om kirketjeneren Steen Ribers. Den søger at redegøre for dommens konsekvenser for fortolkningen af det nugældende retsgrundlag og opfordrer til en præcisering af reglerne. I dette perspektiv vil den formentlig kunne interessere kirkeudvalgets medlemmer.

Med venlig hilsen

Pernille Boye Koch

Ugeskrift for Retsvæsen nr. 3 ligger til
udlån i 3. Udvalgssekretariat

Folkekirke, tro og magtfordrejning

Af lektor, ph.d. Michael Gøtze, Københavns Universitet
og adjunkt, ph.d. Pernille Boye Koch, Syddansk Universitet

Artiklen analyserer en ny højesteretsdom om eksklusion af et medlem fra folkekirken på grund af medlemmets tro på reinkarnation. Det er første gang, at en sådan sag forelægges for domstolene. Eksklusionen underkendes af Højesteret, som afgør sagen ud fra forvaltningsretlige principper.

Den 15. september 2005 afsagde Højesteret dom i sagen om menighedsrådsmedlemmet, folkekirkemedlemmet og kirketjeneren Steen Ribers, der i starten af 1994 blev ekskluderet af folkekirken.[1] Steen Ribers havde efter folkekirkens opfattelse på forskellig vis stillet sig uden for kirken og den kristne tro. Højesteret erklærede afgørelsen om eksklusion for ugyldig og tilpligtede Kirkeministeriet at anerkende, at Steen Ribers også efter den 6. januar 1994 var medlem af folkekirken. Hermed underkendte man Østre Landsret, der i to afgørelser havde frifundet Kirkeministeriet.[2]

Dommen er kompleks og atypisk. Særligt skal fremhæves, at den kirkeretlige tvist anskues ud fra forvaltningsretlige principper - herunder magtfordrejningsgrundsætningen - hvad der i sig selv er usædvanligt. Endvidere er det bemærkelsesværdigt, at dommen afgives med dissens i både den første landsretsafgørelse og i Højesteret. Sagen synes således at have givet anledning til en del diskussion blandt dommerne, og Højesterets dom er - på trods af de udførlige præmisser - ikke på alle punkter klar og entydig.

Den følgende artikel belyser især to retlige problemstillinger. For det første spørgsmålet om, hvordan hjemmelgrundlaget i den kirkeretlige lovgivning om eksklusion af menige medlemmer skal forstås og fortolkes. For det andet spørgsmålet om magtfordrejning fra de kirkelige myndigheders side. De mange øvrige spørgsmål, som sagen aktualiserer - herunder spørgsmålene om folkekirkens bekendelsesgrundlag, forholdet mellem kirke og stat, religionsfrihedens nærmere indhold og de almindelige domstoles kompetence i sager vedrørende

folkekirken - vil blive skitseret i det omfang, der er nødvendigt for at forstå den særlige ramme, som de to hovedproblemstillinger om hjemmel og magtfordrejning udspiller sig inden for.

1. Reinkarnationslære og den kirkeretlige lovramme

Kirketjeneren Steen Ribers ved Sankt Andreas Kirke på Østerbro i København bliver i november 1992 indvalgt i kirkens menighedsråd. Hans kristendomsopfattelse er usædvanlig, hvilket bl.a. kommer til udtryk ved, at han tror på reinkarnation. Allerede inden Steen Ribers' indvælgelse i menighedsrådet har han på forskellig vis givet udtryk for sine trosræstige særstandpunkter via læserindlæg i dagspressen. Efter valget til menighedsrådsmedlem ophører hans læserbrevsaktivitet, men han udtrykker fortsat sine synspunkter om reinkarnationslæren og bogen »Vandrer mod lyset« ved foredrag på offentlige biblioteker og ved interviews i medieme. Hans trosopfattelse bliver af mange inden for det kirkelige miljø opfattet som problematiske og direkte provokerende.[3] Den ansvarlige sognepræst indleder på denne baggrund en række samtaler med Steen Ribers, og ved en af disse bliver Ribers tilbudt eller i hvert fald stillet i udsigt, at der ikke vil blive rejst nogen sag om eksklusion af ham af kirken, hvis han frivilligt trækker sig ud af menighedsrådet. Da Steen Ribers meddeler, at han ikke har i sinde frivilligt at trække sig, træffer sognepræsten den 6. januar 1994 afgørelse om eksklusion og begrundet dette med, at »Steen Ribers ved ihærdigt, åbenlyst og aktivt at have arbejdet med at udbrede en trosrære, der utvetydigt er i strid med folkekirkens bekendelsesgrundlag, har bragt sit medlemskab af folkekirken til ophør«.[4] Afgørelsen om eksklusion af folkekirken stadfæstes af biskoppen over Københavns Stift

1. Jf. U 2005.3346/2 H.

2. Jf. kendelse afsagt den 30. november 2001 samt dom afsagt den 15. april 2004 af Østre Landsrets 19. afdeling i sag nr. B-2973-96. Domsforhandlingen var i medfør af retsplejelovens § 253 i første omgang begrænset til at angå spørgsmålet om, hvorvidt der i medlemskabsloven var hjemmel til at anse et medlemskab for ophørt, om afgørelsen stred mod bestemmelser i grundloven, og om sagsbehandlingen var behæftet med væsentlige fejl og mangler. Landsrettens anden behandling af sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt den konkrete afgørelse om eksklusion var ulovlig.

3. Se om sagens første del og reinkarnationslærens forenelighed med den kristne tro Lisbeth Christoffersen, Kirkeret mellem stat, marked og civilsamfund, 1998, s. 107-113.

4. Se U 2005.3346/2 H (s. 3360, 2. sp.).

af menighedsrådsvalgloven i 1992, således at det blotte medlemskab af folkekirken herefter er en fuldt tilstrækkelig forudsætning for opnåelse af valgret og valgbarhed.[12]

2. Flertallets bedømmelse af sagen

A) Det skærpede hjemmelskrav

Steen Ribers procederer først og fremmest på, at medlemskabsloven ikke hjemler Kirkeministeriets afgørelse om eksklusion, idet den relevante bestemmelse i medlemskabslovens § 2, stk. 2 (»på anden måde«) kun giver grundlag for en indskrænkende fortolkning. Et flertal på tre dommere ud af fem lader da også netop hjemmelsspørgsmålet være ankerpunktet for deres vurdering af sagen. De pågældende dommere fremhæver, at man ved en fortolkning af § 2, stk. 2, i medlemskabsloven må kræve, at der er tale om en *handlemåde*, der kan *sidestilles* med tilslutning til et andet trossamfund eller f.eks. gendåb. Herefter udtaler flertallet:

»For at der kan træffes afgørelse om eksklusion i medfør af denne bestemmelse, må der på grund af afgørelsens karakter og betydning være klart og sikkert holdepunkt i hjemmelgrundlaget for en fortolkning, hvorefter et medlem på grund af en given handlemåde anses for at have stillet sig uden for folkekirken.»

Dette er hovedargumentet i flertallets begrundelse for domfældelsen af Kirkeministeriet. Flertallets tilgang til sagsforløbet er med andre ord en sammenholden af to rent retlige figurer - afgørelse og hjemmelgrundlag - og sagens nærmere omstændigheder bliver således ikke umiddelbart tillagt nogen vægt. Tvisten afgøres i overensstemmelse med Steen Ribers' procedure på grundlag af det skærpede hjemmelskrav, hvorefter indgribende og særligt byrdefulde afgørelser kræver klar hjemmel.[13] Flertallets anvendelse af hjemmelkravet synes at være inspireret af navnlig Bent Christensens lære om

hjemmel og fortolkning, som er metodisk og abstrakt orienteret.

Som kommentar til den citerede passus kan det nævnes, at flertallet ikke eksplicit anfører, at der er tale om en *indgribende* afgørelse. Med den abstrakte formulering »*afgørelsens karakter og betydning*« kan flertallet tænkes at referere enten til afgørelser om eksklusion af folkekirken generelt eller til den konkrete afgørelse om eksklusion af Steen Ribers. Hvis det er det sidste, der er tanken, er det umuligt at se, *hvilke nærmere aspekter ved den konkrete afgørelse der henvises til*.

Umiddelbart kunne man fristes til at tro, at Højesteret med formuleringen hentyder til afgørelsens betydning for religionsfriheden, idet eksklusionsafgørelsen kan siges at begrænse Steen Ribers' adgang til at udfolde sin religiøse trosopfattelse. Ved nærmere eftertanke er religionsfrihedsargumentet imidlertid ikke så overbevisende - i hvert fald ikke ud fra en dogmatisk synsvinkel. Grundlovens bestemmelser om religionsfrihed - § 67 og § 70 - beskytter individets ret til at praktisere sin tro og sikrer mod forskelsbehandling på grund af trosforhold, men de siger ikke noget om, at man har ret til at lade denne personlige religionsudøvelse foregå og udfolde sig *inden for* folkekirken rammer. Tværtimod fastslår grundlovens § 4, at folkekirken er bundet til den evangelisk-lutherske konfession. Heller ikke reglerne i Den Europæiske Menneskeretskonvention kan bruges som argument for, at medlemmer og ansatte i den danske folkekirke bør have fuld religionsfrihed, idet EMRK artikel 9 kun sikrer retten til at forlade det pågældende trossamfund.[14]

Der næst kan det ligge i formuleringen »*afgørelsens karakter og betydning*«, at afgørelsen er blevet set som problematisk i et demokratisk perspektiv i den forstand, at Steen Ribers ved eksklusionen ikke blot fratages sit medlemskab af kirken, men også må udtræde af det menighedsråd, hvortil han er valgt ved en demokratisk valghandling, jf. menighedsrådsvalglovens § 3, stk. 1, jf. § 2, stk. 1.[15] Formuleringen kan endvidere referere til det ansættelsesretlige aspekt, som udspringer af, at Steen Ribers ikke kun var knyttet til kirken gennem sit medlemskab af menighedsrådet (og menigheden), men også via sin ansættelse som kirketjener. En eksklusion på grund af illoyal optræden over for folkekirken kunne tænkes at udgøre en overtrædelse af kirketjenerstillingsdekorumkrav, og også i dette perspektiv har afgørelsen vidtrækkende konsekvenser.

12. Det skal bemærkes, at fortabelse af valgbarhed stadig indtræder, hvis den pågældende ved endelig dom eller vedtagelse af bøde er straffet for en handling, der i almindeligt omdømme gør ham uværdig til at være medlem af menighedsrådet, jf. menighedsrådsvalgloven § 3, stk. 3.
13. Kravet er i retspraksis blevet inddraget i meget forskellige situationer se f.eks. U 2001.1057 H, U 1999.1798 H (hjemmel til udelukkelse fra bestemte lokaler), U 2001.1922 V og FOB 1990.227 (hjemmel til indgreb i personlige forhold), U 1991.85/2 H (hjemmel til straf) og 2000.2137 H (hjemmel til gebyr). Se generelt om kravet Bent Christensen, Forvaltningsret, Opgaver, Hjemmel, Organisation, 1997, side 220 ff., Jens Garde m.fl., Forvaltningsret, Almindelige emner, 2004, side 182 ff., og Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2002, side 301 ff. Se særligt om hjemmel til gebyrer Jacob Graff Nielsen, Legalitetskravet ved beskatning, 2003, side 263 f.

14. Jf. *Darby 23/10 1990, EMK Bror Spetz mod Sverige 12/10 1990* og *Per Lorenzen m.fl., Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer* (artikel 1-10), 2. udgave 2003, s. 433 ff.
15. Reglerne for menighedsrådsvalgets afvikling følger som udgangspunkt den kommunale valglovs bestemmelser, herunder for eksempel princippet om en fast 4-årig valgperiode uden adgang til at afsætte menighedsrådet.

Endelig kan man i Højesteret i forbindelse med »afgørelsens karakter og betydning« have diskuteret Steen Ribers' ytringsfrihed som offentligt ansat. Eksklusionsafgørelsen lægger afgørende vægt på det faktum, at Steen Ribers har arbejdet med at *udbrede* sin usædvanlige troslære, hvilket synes at indebære, at han kunne bibeholde medlemskabet, hvis han blot havde holdt sine synspunkter for sig selv.

Det på sin vis vigtigste kendetegn ved afgørelsen om eksklusion af Steen Ribers udgøres imidlertid efter vores opfattelse af et aspekt, der kun vanskeligt kan indplaces i traditionel juridisk systematik, nemlig sagens *identitetsperspektiv*. Steen Ribers understreger under hele sagsforløbet, at han selv ønsker at være en del af folkekirken, og at han opfatter sin tro som værende forenelig med folkekirkens lære. Han gør over for landsretten gældende, at han

»... tror på Gud og det evige liv og ønsker at være/forblive medlem af folkekirken, men har ikke lov til det, hvorimod præster, der åbenlyst erklærer, at de ikke tror på Gud og det evige liv, kan forblive som medlemmer af folkekirken og fortsætte deres virke som præster.«[16]

Ligeledes fremgår det af sagen, at Steen Ribers i det daglige har været såvel arbejdsmæssigt som kirkepolitisk knyttet til kirken. Når dette kombineres med folkekirkens forvaltningsmæssige og kulturelle særstilling - herunder at Steen Ribers efter eksklusionen bl.a. er afskåret fra at blive begravet af en præst i folkekirken - må eksklusionen siges at have afgørende betydning for ham. Det er vanskeligt at pege på retlige paralleller til det folkekirkelige tilhørsforhold, men det kan dog nævnes, at også tilhørsforhold til selve staten i form af statsborgerskabet - og måske også tilhørsforhold til en fagforening - må antages at have væsentlig identitetsmæssig betydning for mange.[17]

Alle disse forskellige forhold kan tænkes at udgøre baggrunden for Højesterets betoning af afgørelsens karakter og betydning - og dermed for anvendelsen af det skærpede hjemmelskrav - men på grund af præmissernes manglende præcisering er det ikke muligt at drage håndfaste konklusioner. Bedømmelsen af sagen ud fra det skærpede hjemmelskrav har været belejlig for flertallet, idet man dermed har undgået at skulle tage stilling til de mange øvrige aspekter i sagen.

16. Se U 2005.3346/2 H (s. 3403, 2. sp.).

17. Statsborgerskabet er en så essentiel retlig position, at det som udgangspunkt ikke kan frakendes nogen som sanktion. Derimod kan en fagforening ekskludere et medlem, som misligholder sine foreningsmæssige forpligtelser, herunder lojalitetsforpligtelsen over for foreningen. Eksklusion kan dog kun ske, hvis der forligger grov illoyalitet fra medlemmets side. Se herom f.eks. Jens Kristiansen, Den kollektive arbejdsret, 2004, side 125 ff.

B) Kritisk vurdering af medlemskabslovens forarbejder

Det er endvidere ikke umiddelbart klart, om »hjemmelsgrundlaget« betyder lovens ordlyd eller det samlede retskildegrundlag, dvs. lov, forarbejder, praksis etc. Traditionelt indebærer det skærpede hjemmelskrav et krav om klarhed i selve loven. Da flertallet undersøger medlemskabslovens forarbejder og sammenhæng med andre regler, er der dog ikke tvivl om, at det betyder, at der ikke er sikkert holdepunkt i retskildegrundlaget. For så vidt angår forarbejderne til medlemskabsloven hæfter flertallet sig ved, at der heri kræves »meget klare og ekstraordinære forhold«, for at en handling kan sidestilles med f.eks. gendåb. Det fremgår desuden af forarbejderne, at kirkeministeren ved lovforslagets fremsættelse i sin tid oplyste, at der ikke kunne anføres eksempler fra praksis på andre tilfælde end de i § 2, stk. 2, nævnte, og at det næppe på dette område vil »være rigtigt at opstille hypotetiske eksempler og dermed foregribe konkrete afgørelser«.[18]

Flertallet underkaster herudover forarbejderne en meget kritisk tolkning. Det almindelige udgangspunkt for en domstol, der skal fortolke en lovregel, er for så vidt et valg mellem at inddrage forarbejderne eller undlade at inddrage forarbejderne. I sager om skønmæssige lovregler er der en tendens til at lægge en del vægt på forarbejder som fortolkningsbidrag.[19] I Højesterets bedømmelse af Steen Ribers forekommer en mellemform mellem disse to metoder, idet Højesteret inddrager forarbejderne, men samtidig korrigerer Folketingets retsopfattelse heri. Den relevante udtalelse i forarbejderne knytter sig til ændringen af medlemskabsloven i 1991. I bemærkningerne til § 2 om ophør af medlemskab refereres den dagældende bestemmelse i *menighedsrådsvalgloven*, hvorefter et folkekirkemedlem ikke har valgret til menighedsrådsvalget, hvis han har stillet sig i afgjort modsætningsforhold til folkekirken ved åbenlyst at fornægte kristentroen. Det anføres, at hensynet bag denne regel er det samme som hensynet bag *medlemskabslovens* bestemmelse om, at et medlem kan udelukkes, hvis han stiller sig uden for folkekirkens orden ved f.eks. at lade sig gendøbe. Det bemærkes herefter i forarbejderne, at bestemmelsen er overflødig, »da medlemskabet, såfremt den beskrevne situation foreligger, er ophørt, og dermed bortfaldet.«[20] Rationalet er følgende: har man åbenlyst fornægtet kristentroen, må man også siges at have stillet sig uden for folkekirken

18. Jf. Folketingstidende 1990-91, tillæg B, sp. 598, og referat heraf i U 2005.3346/2 H (s. 3358).

19. Se om forarbejders betydning i domspraksis generelt f.eks. Henrik Zahle, Praktisk retsfilosofi, 2005, side 83 ff., og Peter Blume, Juridisk metodelære, 2004, side 91 ff.

20. Jf. i det hele FT 1990-91, tillæg A, sp. 2336.

og dermed mistet sit medlemskab. Højesterets flertal er dog *uenig* på dette punkt:

»Der er efter vores opfattelse ikke grundlag for denne antagelse. Tværtimod måtte bestemmelsen, der også fandtes i menighedsrådsloven af 1922, anses at indeholde et *supplerende* krav til medlemmer af menighedsrådet . . . Det må således ved fortolkning af medlemskabslovens § 2, stk. 2, lægges til grund, at en åbenlys fornægtelse af kristentroen som beskrevet i den dagældende menighedsrådsvalglov § 2, stk. 1, *ikke* er tilstrækkeligt til at stille sig uden for folkekirken« (her fremhævet).

Det er bemærkelsesværdigt, at Højesterets flertal i en principiel dom om medlemskab af folkekirken griber til at underkende et folketingsflertals udtalelser i forarbejderne. Højesterets flertal bruger sin udlægning af hjemmelsgrundlaget til at konkludere, at det ikke er tilstrækkeligt grundlag for en eksklusion, at man som Steen Ribers gennem længere tid i læserbreve, foredrag og interviews har arbejdet ihærdigt, åbenlyst og aktivt med at udbrede en tros lære, der på en række punkter er i strid med folkekirken. Muligvis kan man læse dommen således, at Højesteret implicit antyder, at handlinger af en art som Steen Ribers' kunne have betydet tab af valgbarhed i henhold til de dagældende regler i 1983-menighedsrådsloven.

3. Mindretallets vurdering af sagen

A) Inddragelse af magtfordrejningsgrundsætningen

Uanset at der i retssagen ikke procederes specielt udførligt på magtfordrejning, afgør et mindretal på to dommere tvisten på grundlag af forvaltningsretlige magtfordrejningsprincipper.[21] Disse principper antages at indebære, at en myndighed kun kan lægge vægt på en bestemt kreds af formål ved skønsudøvelse og fortolkning, og at det er ulovligt at varetage andre formål end de forudsatte. Mindretallet tager udgangspunkt i sagens faktiske omstændigheder og lægger i sine præmisser til grund,

» . . . at Steen Ribers fik tilbudt eller i hvert fald stillet i udsigt, at der ikke ville blive rejst nogen sag om eksklusion af folkekirken, hvis han frivilligt trak sig ud af menighedsrådet. Alle-

21. Det skal dog bemærkes, at magtfordrejningstemaet allerede bliver indirekte introduceret via reglerne om subjektiv begrundelse i den første af de to landsretsafgørelser af en dissenterende dommer, der stemmer for en domfældelse af Kirkeministeriet. Dommeren henviser til, at ministeriet har afgivet en subjektiv utilstrækkelig og objektiv forkert begrundelse for den trufne afgørelse om eksklusion, fordi det må antages, at det var sagsøgerens medlemskab af menighedsrådet, og hans stilling som kirketjener, der var »den bærende årsag til afgørelsen«. Jf. U 2005.3346/2 H (s. 3359 f.) (kst. dommer Frederik Harhoff).

rede denne omstændighed viser . . . at det *egentlige* formål med den senere afgørelse om at ekskludere Steen Ribers af folkekirken . . . var at opnå, at Steen Ribers ikke længere kunne være medlem af menighedsrådet. Dette *bestyrkes* af de øvrige omstændigheder, som er fremhævet af mindretallet i landsrettens kendelse af 30. november 2001 . . . « (her fremhævet).

Mindretallet inddrager endvidere den *subjektive* magtfordrejningsgrundsætning som et selvstændigt prøvelsesgrundlag, hvad der kun sker sjældent i retspraksis. Vægten i mindretallets prøvelse ligger med andre ord ikke på eksklusionsafgørelsens objektive og »officielle« grunde, men på de kirkelige myndigheders reelle hensigt med afgørelsen. Mindretallet anvender ikke udtrykket magtfordrejning, men holder sig til de i praksis foretrukne og mere neutrale termer såsom »ulovligt formål«.[22]

Mindretallet gør desuden rede for, hvorfor det egentlige formål bag kirkens afgørelse om eksklusion efter medlemskabsloven er ulovligt. Mindretallet henviser til ændringen af menighedsrådsvalgloven i 1992 og fremhæver, at det supplerende krav til medlemmer af menighedsråd netop *udgik*, og at en afgørelse om at ekskludere et medlem af folkekirken i medfør af medlemskabslovens § 2, stk. 2, *ikke* må være begrundet i et ønske om at udelukke den pågældende fra at være medlem af menighedsrådet. Mindretallets adskillelse af de to kirkeretlige love synes her at bygge på materielle specialitetstankemange.[23] Ved at afgøre sagen ud fra magtfordrejning behøver mindretallet ikke at gå nærmere ind i en vurdering af, om der er fornøden hjemmel i § 2, stk. 2, i medlemskabsloven til eksklusion. Afgørelsen er en *allerede fordi*-afgørelse. Påvisningen af magtfordrejning får nærmest status som en særlig grov form for formel mangel.[24]

Forbuddet mod ulovlig subjektiv hensigt er generelt kun lagt til grund i ganske få sager. I U 1973.657 H dømte Højesteret for magtfordrejning, med henvisning til at det måtte lægges til grund, at »det egentlige formål« med en ekspropriation var et ulovligt finansielt formål.[25] I U 1987.311 H statuerede landsretten, at

22. Se generelt om formålsbetragtninger/magtfordrejning Jens Garde m.fl., Forvaltningsret. Almindelige emner, 2004, side 226 ff., Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2002, side 328 ff., og Bent Christensen, Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, 1997, side 135 ff., og Michael Gøtze, Magtfordrejning, 1999, side 110 ff. Se også f.eks. Steen Rønsholdt i Juristen 2000 side 1 ff., Jon Andersen i Juristen 2000 side 96 ff., Jan Timmermann Petersen, Proportionalitetsprincippet, 2000, side 176 ff., og Trine Schultz, Retsanvendelse og skøn, 2004, side 217 ff.

23. Se fra nyere praksis f.eks. FOB 1998.183, U 1993.835 H og U 1990.892 H, jf. kommentaren hertil i U 1991B.249 ff.

24. I den klassiske lære ansues magtfordrejning som en formel mangel, en »indre tilblivelsesmangel«, jf. Poul Andersen, Dansk forvaltningsret, 1965, side 361 ff. Magtfordrejning kan bestå i ren procedurefordrejning, jf. f.eks. U 1993.434 V.

25. Se også dommer Spleths kommentar i U 1973B.318 ff.

borgerrepræsentationens beslutning om at fratage en borgmester i Københavns Kommune ansvaret for et bestemt sagsområde var udtryk for magtfordrejning. I præmisserne udtalte landsretten, at det hensyn, der *reelt* måtte antages at have begrundet beslutningen, fandtes at ligge uden for det område, der lovligt kunne være begrundelsen. Højesteret tiltrådte landsrettens resultat, men både et flertal og et mindretal i Højesteret begrundede dette på anden vis end med magtfordrejning.

Man kan spørge, hvorfor magtfordrejningsgrundsætningen så sjældent finder anvendelse. En antagelse om, at magtfordrejning aldrig forekommer i den offentlige forvaltning, er næppe holdbar, uden at dette kan bevises rent empirisk. Sagsøger påberåber sig da også relativt ofte denne mangeltype, hvad der er en forudsætning for en domstolsprøvelse. Dog kan en for rituel og lemfældig henvisning fra sagsøgers side nok svække grundsætningens status som retligt princip. En vigtig årsag til den store tilbageholdenhed i prøvelsen er uden tvivl, at der kræves et sikkert bevismæssigt grundlag for, at en domfældelse kan basere sig på en så alvorlig indsigelse som magtfordrejning. Sagsøger skal sandsynliggøre den subjektive hensigt, hvad der er vanskeligt, hvis forvaltningen bestrider at have haft ulovlige hensigter.[26] En yderligere årsag til den sparsomme inddragelse af magtfordrejning kan være, at en dom for ulovlig hensigt medfører ugyldighed, men ikke uden videre giver et krav på økonomisk compensation.[27] Endelig kan der på et grundlæggende plan herske en vis uklarhed om, hvorvidt magtfordrejningsprincippet overhovedet indgår som en del af det forvaltningsretlige normsæt. Princippet er ligesom andre hjemmelsprincipper - ulovreguleret, hvortil dog kommer, at store dele af moderne forvaltningsretslitteratur har opgivet forbuddet mod magtfordrejning som en udtrykkelig del af reguleringen af offentlige myndigheder og i stedet bygger på et teknificeret system af hjemmelsbetragtninger og sagsbehandlingskrav. Magtfordrejningsforbuddet er med sin antydning af uprofessionelle og dadelværdige hensigter et fremmedelement i en myndigheds- og systemorienteret fremstilling af forvaltningsretlige grundprincipper.[28]

26. Som illustreret i Steen Ribers-dommen kan udtalelser i pressen tillægges en vis bevismæssig vægt, jf. også U 1987.311 H. Bevismåden blev ikke anset for opfyldt i f.eks. U 2002.235 H og U 2002.1020 H. På grund af sin skriftlige sagsbehandling er Ombudsmanden generelt mindre egnet til at undersøge magtfordrejning.
27. Steen Ribers får hverken af flertallet eller mindretallet i Højesteret medhold i en påstand om godtgørelse for tort med 50.000 kr. efter erstatningsansvarslovens § 26.
28. Navnlig Bent Christensens fremstilling af forvaltningsretten er et eksempel på en teknisk tilgang til hjemmelsgrundsætningerne. Forbuddet mod magtfordrejning når i dette system af forskellige »veje« og abstrakte metodeanvisninger til udfyldning af forvaltningens »sit normative nulpunkt«, jf. Michael Gøtze, *Magtfordrejning*, 1999, side 85.

B) Inddragelse af lighedsgrundsætningen

Selv om mindretallet for så vidt kunne have standset ved sin statuering af ulovligt formål og deraf følgende ugyldighed, fremsætter de to mindretalsdommere dog følgende tilføjelse:

»Vi bemærker endvidere, at det er vores opfattelse, at der under de betingelser, Kirkeministeriet har angivet i sin procedure, og under forudsætning af, af den almindelige lighedsgrundsætning iagttages, kan ske eksklusion af folkekirken i medfør af § 2, stk. 2 i medlemskabsloven. Vi finder imidlertid ikke anledning til at tage stilling til, om disse betingelser og denne forudsætning er opfyldt i det foreliggende tilfælde.»

Denne tilføjelse om den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning er vigtig, da den - i modsætning til mindretallets anvendelse af magtfordrejningsgrundsætningen og fordømmelse af kirkens *ulovlige* formål i den konkrete sag om Steen Ribers - peger fremad og indeholder en opskrift på en mulig og *lovlig* fremgangsmåde i andre lignende sager om eksklusion fra folkekirken.

For så vidt angår mindretallets henvisning til de af Kirkeministeriets angivne betingelser, så må dette antages at referere til ministeriets fremlæggelse under højesteretssagen af en fortolkning af § 2, stk. 2. Kirkeministeriet opstiller her tre betingelser for eksklusion:

»For det første, at medlemmet har givet udtryk for en trosopfattelse, der på et eller flere punkter er i klar og utvetydig modstrid med folkekirken bekendelsesgrundlag. For det andet, at medlemmet aktivt, vedholdende og offentligt har arbejdet for at udbrede denne trosopfattelse. For det tredje, at medlemmet har fortsat sin udbredelse efter at have modtaget en tilkendegivelse om, at dette vil medføre udelukkelse af folkekirken.»

Disse tre betingelser er klart inspireret af den foreliggende sag, og hvis man fra kirkens side havde fulgt og vurderet disse betingelser konkret og ikke haft uvedkommende formål for øje, kunne Steen Ribers formentlig være blevet ekskluderet. Døren for eksklusion fra kirken - i andre tilfælde end de to konkrete eksempler i § 2, stk. 2 - åbnes altså på klem af mindretallet. Den anden betragtning i mindretallets tilføjelse synes dog at lukke døren lidt igen, idet det kræves, at den almindelige lighedsgrundsætning iagttages i eksklusionssager. Det lige skal behandles lige. Dette betyder i en kirkelig sammenhæng, at hvis et medlem som f.eks. Steen Ribers ekskluderes med henvisning til hans tro på reinkarnation og hans handlinger i den forbindelse, så bør de kirkelige myndigheder føre sager mod andre medlemmer, der på lignende måde bringer sig i strid med kirkens evangelisk-lutherske bekendelsesgrundlag. Mindretallets påmindelse om lighed og konsekvens i folke-

kirkens trosmæssige kontrol af sine mange medlemmer kan i praksis gøre det vanskeligt at udøve eksklusionsbeføjelsen.[29]

4. Perspektivering

Det er bemærkelsesværdigt, at dommen er afsagt med dissens. Højesteret afsiger kun dissens i cirka 22 % af sine domme.[30] og dissenser med hensyn til *begrundelsen* er herudover særligt fåtallige.[31] I dommen om Steen Ribers tilslutter flertallet sig mindretallets begrundelse og dømmer således både for manglende hjemmel og for magtfordrejning. Dette kan umiddelbart virke overraskende, da mindretallets magtfordrejningsargument er en allerede fordi-afgørelse og dermed sådan set udelukker en stillingtagen til det konkrete hjemmelsgrundlag. Dissensen må dog forstås således, at flertallet *ikke* kan tilslutte sig mindretallets tilføjelse om lighedsgrundsætningen og de nærmere betingelser for en eventuel eksklusion. Denne tilføjelse betyder, at der for så vidt netop er hjemmel til eksklusion, hvis magtfordrejningens læren i øvrigt er overholdt. Den mest logiske retlige forklaring på dissensen er for os at se, at mindretallet ikke har kunnet tilslutte sig flertallets opfattelse af hjemmelsspørgsmålet, og at flertallet ikke har villet afgøre sagen alene på magtfordrejning.

Der er desuden stor forskel på valget af *prøvelsesstil* i flertallets og mindretallets dom. Hverken flertal eller mindretal går i sine præmisser for så vidt ind i en prøvelse af den kirkelige vurdering af, om Steen Ribers' tro på reinkarnationslæren er forenelig med folkekirkens grundlag. Dette ville også kunne være i strid med prøvelsesprincipper og -traditioner om tilbageholdenhed fra domstolens side over for kirkens særlige sagskunds-kab. Der er en grænse for domstolens kompetence over for kirken. I sagen om Steen Ribers er det karakteristiske dog ikke, at Højesteret bevæger sig tæt på denne grænse, men at dommerflertallet med sin begrundelse lægger en betydelig *distance* til sagen. Flertallets bedømmelse er i udpræget grad koncentreret om den abstrakte fortolkning af medlemskabsloven, og Højesteret undgår dermed helt at gå nærmere ind i de forskellige elementer i den konkrete afgørelse om eksklusion. Flertallet synes ved sin nøje gennemgang af lovens forarbejder snarere at henvende sig til *Folketinget* end til sagens parter. Mindretallets indgående retlige bedøm-

melse af sagen og det faktiske hændelsesforløb repræsenterer heroverfor en fundamentalt anden prøvelsesstil. Den kirkefaglige konflikt mellem parterne adresseres ganske vist heller ikke af mindretallet, men mindretallet anviser dog i sin tilføjelse nogle retlige pejlemærker for kirkens behandling af fremtidige sager om eksklusion af menige medlemmer. Samlet set er mindretallets begrundelse mere nuanceret end flertallets begrundelse. Mindretallets statuering af magtfordrejning fælder en mere *stigmatiserende* dom over de kirkelige instansers håndtering af sagen end flertallets kritik af manglende hjemmelsklarhed. Mindretallet synes dog samtidig - med sin accept af Kirkeministeriets fortolkning af reglerne - at give udtryk for en vis forståelse på det principielle plan for kirkens behov i særligt grelle tilfælde for at kunne ekskludere medlemmer.

Højesterets flertals afgørelse af sagen er nu gældende ret og udgør et centralt fortolkningsbidrag til forståelsen af medlemskabslovens regler om eksklusion. Imidlertid er det som allerede antydnet efter vores opfattelse vanskeligt at omsætte flertallets dom til egentlige retningslinjer for disse beføjelser. Dommens konstatering af manglende hjemmel til at henføre Steen Ribers' handlinger i den konkrete sag under § 2, stk. 2, giver ikke megen vejledning, i forhold til hvilke *andre* handlinger der ville kunne betragtes som stridende mod medlemskabsloven. Dommen er ganske vanskelig at forstå, men den må formentlig udlægges sådan, at der i givet fald er et uhyre begrænset anvendelsesområde for eksklusion i andre tilfælde, end hvor et medlem af folkekirken tilslutter sig et andet trossamfund eller lader sig gendøbe. Konsekvensen af dommens krav om klarhed i retsgrundlaget - in casu en uklar lovregel kombineret med en række noget diffuse udtalelser i forarbejderne - lukker formentlig reelt døren for eksklusion »på anden måde«. Reglerne herom er rent symbolske.[32] Det uklart formulerede retsgrundlag i de kirkeretlige love og forarbejder har sat landsret og Højesteret på en utaknemmelig og ressourcekrævende opgave som konfliktløser i en tvist om kirkens bekendelsesgrundlag, og den forsigtighed, som Højesterets flertal udviser, er på denne baggrund forståelig.

Problemet må derfor efter vores opfattelse tages op som en mere grundlæggende problemstilling i Folketinget. Det forlyder i skrivende stund, at der er en lovændring i vente. Højesterets principielle dom har skabt røre i de folkekirkelige miljøer, og kirkeministeren mødtes efter dommens afsigelse med landets biskopper til en drøftelse af perspektiverne af dommen. Ministeren gav

29. Ifølge Kirkeministeriets statistik pr. 1. januar 2005 er 83,1 % af den danske befolkning medlemmer af folkekirken.

30. Ifølge en nyere undersøgelse er Højesterets dommere i 78 % af sine sager enige om resultat og - »med lidt kompromisvilje« - om begrundelse, jf. Eigil Lego Andersen, *Dissensmønstre i Højesteret, 1992-2001*, Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003, side 17. Undersøgelsen vedrører kun femmandssager.

31. Dette tilskrives især konsensuskulturen blandt dommere, jf. Henrik Zahle, *Omsorg for retfærdighed*, 2003, side 54 ff.

32. Dette er muligvis også det, som flertallet antyder i domspræmisserne med henvisningen til, at reglen i § 2, stk. 2, oprindeligt blev medtaget i loven af hensyn »til kirkens selvforståelse«.

efter mødet udtryk for, at han ville søge at få opbakning fra et bredt flertal i Folketingets kirkeudvalg til en stramning af menighedsrådsvalgloven med henblik på at sikre menighedsrådsmedlemmers trosfælleloyalitet over for folkekirken.^[33] Hertil kan man håbe, at der

også vil ske en præcisering af reglerne. Dette vil i givet fald være en konstruktiv udgang på sagen om Steen Ridders.

33. Jf. Kristeligt Dagblad den 23. og 24. september 2005.

Om ret og pligt med hjemmel i EF-traktaten - om statens håndhævelse af accessoriske eller selvstændige pligter i tilknytning til en EU-frihedsrettighed

Af ph.d.-stipendiat Thomas Rønfeldt, adjunkt, ph.d. Nikolaj Vinther og professor, dr.jur. Erik Werlauff, alle Aalborg Universitet

Artiklen analyserer, i hvilket omfang en medlemsstat kan pålægge en borger eller virksomhed en pligt, som følge af at borgeren mv. i henhold til Traktaten er tildelt en ret, der kan indebære en utilsigtet fordel. Artiklen påviser, at der kun kan pålægges accessoriske pligter, dvs. pligter, der naturligt følger af den EU-retlige ligebehandling, som Traktaten kræver af medlemsstaten. Selvstændige pligter kan alene pålægges gennem ny lovgivning. Artiklens synspunkter illustreres med tre praktiske eksempler om hhv. koncernlån til udenlandske moderselskaber, filial-sambe-skatning og fradrag for underskud hos udenlandske datterselskaber.

Indledning

En national lovbestemmelse kan være i strid med EU-retten:

- enten som følge af at den nationale lov pålægger pligter, som rammer grænseoverskridende dispositioner hårdere end indenlandske,
- eller som følge af at den nationale lov giver indenlandske borgere rettigheder, som ikke tilkommer udenlandske borgere.

Angående det første punkt er der efterhånden en rigtigholdig (skatterets)praksis, der viser, hvilken retsstilling borgeren har, når EF-domstolen eller en dansk instans underkender en for grænseoverskridende dispositioner restriktiv bestemmelse. Praksis er, at den nationale bestemmelse bliver uanvendelig, og at de borgere (skatteydere), som er blevet beskattet på baggrund af den fællesskabsstridige bestemmelse, med hjemmel i skattestyrelseslovens § 35, stk. 1, nr. 7 (nu: skatteforvaltningslovens § 27, stk. 1, nr. 7) har mulighed for at få genoptaget deres skatteansættelse minimum 5 år tilbage.

Det andet punkt - denne artikels emne - er derimod ikke nærmere belyst. Der er her tale om, at EU-retten

kræver, at den nationale lov skal fortolkes således, at den - trods lovens klare ordlyd om det modsatte - ligestiller den udenlandske transaktion med den indenlandske. Da den udenlandske transaktion ikke er omfattet af lovens ordlyd, er der reelt tale om, at EU-retten uden national lovgivers mellemkomst udvider den nationale lovs anvendelsesområde. Tilsvarende kan forekomme, når EU-retten kræver, at en filial skal ligestilles med et datterselskab i lovgivningsmæssig henseende trods det, at filialer ikke omfattes af den nationale lovs ordlyd.

Artiklen vil belyse, hvad denne ligestilling indebærer for den borger, som ønsker at påberåbe sig den nationale lovs udvidede anvendelsesområde.

Der gøres i artiklen følgende gældende:

- Den EU-retlige ligestilling, der sikrer borgeren en ret til at blive ligestillet i lovgivningsmæssig henseende i relation til fordelagtige nationale bestemmelser, indebærer også, at skatteobjektet eller transaktionen skal ligestilles i henhold til bestemmelsens øvrige indhold. Dette medfører, at de retsbetingede kendsgerninger, der skal opfyldes i den nationale lov, også skal opfyldes af den borger, som alene omfattes af loven som følge af EU-rettens krav om ligestilling. Dette vil i det følgende blive betegnet som *accessoriske pligter*.