

Udvidelse i dybde og bredde: Mod dannelsen af en fælles europæisk forvaltningsret?

Gerd Battrup, forskningslektor, Roskilde Universitetscenter

Mod et europæisk forvaltningsretligt fællesskab?

Blandt de betingelser for optagelse i EU, der blev vedtaget på Det Europæiske Råds møde i København i 1993, er krav om en velfungerende retsstat og at de offentlige institutioner har kapacitet til at påtage sig de forpligtelser, der er forbundet med medlemskab, dvs. være i stand til at implementere EU's *acquis* i praksis. Et krav der ikke kun, men også retter sig mod fastsættelse og implementering af en generel offentligretlig eller forvaltningsretlig lovgivning, en ny forvaltningsretlig orden. Selvom EU Kommissionens evalueringsrapporter fra 1999 og 2000 understreger svagheder i domstolssystemerne, bl.a. lange køer og mangel på dommere, og ikke mindst problemer med korruption, har hovedvægten i EU Kommissionens evalueringer ligget på opfyldelse af økonomiske kriterier, opbygningen af faglig kapacitet indenfor de enkelte sektorer, der er omfattet af EU's *acquis communautaire* og den formelle implementering af *acquis*'et. Men det forekommer sandsynligt, at kriterierne til en retsstatslig forvaltningsorden vil fremstå med større betydning i de kommende evalueringer, og det gælder også i forhold til en række af de ansøgerlande, der synes at »stå i første række«.

Fravær eller et lavt niveau af korruption er en grundlæggende betingelse for at tale om forvaltning baseret på retsstatsprincipper, og der er ikke meget ved en ret til domstolsprøvelse, hvis man skal vente i årevis på at få sin sag behandlet. Men udover disse basale forudsætninger og et begrænset antal grundlæggende principper – legalitetsprincippet, dvs. kravet til at afgørelser, der træffes af offentlige myndigheder skal have hjemmel i lovgivning, kravet til at afgørelser, der træffes efter EU reguleringen skal begrundes – var det indtil begyndelsen af 1990'erne vanskeligt at tale om et bredere europæisk forvaltningsretligt fællesskab, en forvaltningsrettens *ius commune* (Schwartz, 1992), *Rechtsgemeinschaft* eller *commonwealth*, dvs. en organiseret politisk struktur, der i institutioner er baseret på forestillinger om det fælles gode og fælles mål og standarder (MacCormick, 1997). EF/EU samarbejdet er baseret på forestillinger om nationernes samarbejde med fokus på at sikre opfyldelse af fælles mål. Hvordan man kommer frem til målet, hvilke midler der skal og kan tages i anvendelse anses som udgangspunkt for et spørgsmål, der klart falder inden for rammerne af medlemsstaternes nationale suverænitet jf. bestemmelsen i EF traktatens artikel 249 (før

189) om EU's retskilder vedrørende direktiver understreger, at »Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen«. Der er gennem tiden opstået situationer, hvor EF/EU Kommissionen har kritiseret og ved EF Domstolen fået medhold i, at medlemsstaters form for implementering af enkelte direktiver ikke har sikret tilstrækkelig garanti for, at den nationale retstilstand var i overensstemmelse EF/EU retten,¹ men generelt har EF'/EU's institutioner stort set holdt sig fra at kommentere de enkelte medlemsstaters nationale og subnationale forvaltningsorden og herunder forvaltningsproces. Den markante undtagelse er kravene til udbud af offentlige indkøb af varer, tjenesteydelser m.v., som imidlertid kan forklares som en del af den økonomiske politik og i snæver sammenhæng med forbuddene mod konkurrenceforvridning og ikke-godkendt statsstøtte (Ruth Nielsen, 1998).

I komplekse og vidtrækkende regulatoriske ordener er det ikke muligt skarpt at sondre mellem mål, proces og institutionelle rammer. Al retlig beslutningstagen sker i spiraler af proces/substans/proces. Og gennem 1990'erne er der vokset et bredere grundlag frem for at hævde et normativt fællesskab. Det er først og fremmest sket indenfor rammerne af EU, men er ofte kommet mest omfattende og klarest til udtryk i samspillet mellem EU og EU's medlemsstater m.fl. og de central- og østeuropæiske ansøgerlande, dvs. i samspillet mellem »vest« og »øst«. En undersøgelse af de tekster, der hævder eller diskuterer et europæisk forvaltningsretligt fællesskab viser at der er tale to relativt adskilte grupper af tekster, dvs. to relativt adskilte diskurser: den ene relaterer sig til EU og EU's medlemsstater eller »vest« i bredere forstand, den anden relaterer sig til den central- og østeuropæiske transformation og approximation. Det er i et vist omfang de sam-

me personer, der har skrevet eller leveret afgørende input til de tekster, der indgår i diskurserne. Konklusionerne i »den vestlige diskurs« er grundlaget for de tekster, der blev produceret i »transformations- og approximationsdiskursen«. Teksterne i den vestlige diskurs er overvejende forskningsbaserede, analytiske, omfangsrige og ofte temmelig forsigtige i deres konklusioner. Teksterne i »transformations- og approximationsdiskursen« er i sammenligning ofte korte og markant normative: fra et politisk *bør* til et retligt *skal*. »Udviklingen i dybden« synes at have været en forudsætning for udfyldningen af de opstillede kriterier for den kommende udvidelse i bredden.

De fleste af de central- og østeuropæiske ansøgerlande har etableret eller er på vej til at færdiggøre etableringen af en formel offentligretlig struktur, der følger de angivne retningslinjer. Alle forfatningerne understreger legalitetsprincippet og åbner adgang for domstolsprøvelse af både forfatnings- og forvaltningsretlige konflikter, alle ansøgerlande har eller er på vej til at vedtage generelle forvaltningslove, der følger de givne anbefalinger og de understøttes af tjenstemandslove og love om indretningen af den offentlige forvaltning, der fastlægger regler for saglig og stedlig kompetence, instruktionsbeføjelser, almindelige, generelle og specielle habilitetskrav mv., der er i alle ansøgerlandene etableret klage- og tilsynssystemer og oftest også ombudsmandsinstitutioner eller ombudsmandslignende institutioner. På et formelt plan synes udvidelsen af EU med en række af de central- og østeuropæiske ansøgerlande ikke at skulle give anledning til synderlige forandringer. Det er imidlertid vanskeligt at forestille sig, at udvidelsen ikke over tid vil bidrage til yderligere udvikling i dybden af »det europæiske forvaltningsretsfællesskab«, der rækker endnu videre end der kunne følge af, at de vesteuropæiske medlemslande af EU kan blive konfronteret med de udvidelser og skærper, som de central-

og østeuropæiske lande fik præsenteret som en del af »det europæiske forvaltningsretsfællesskab«

Jeg vil i det følgende forsøge – og uden at gå i detaljer om indholdet af de fleste forvaltningsretlige principper – at skitsere diskurserne om »det europæiske forvaltningsretsfællesskab« og de institutionelle rammer, som de foregår og er foregået indenfor. Herefter vil jeg opridsede de forandringer i forholdet mellem politik og ret og i opfattelser af suverænitet, som udviklingerne udtrykker for afsluttende at drøfte implementeringen af forvaltningsretten i den central- og østeuropæiske myndighedspraksis. Men først vil jeg prøve at fortælle om de problemer, der er forbundet med de retlige transformationer i Central- og Østeuropa, om hvorfor retlig regulering både kan være et helt centralt element i de politiske, økonomiske og institutionelle forandringer og den retlige praksis, især forvaltningsretlige praksis være et problem i omstillingen.

At transformere forvaltningsret

Gennemførelse af radikale retlige reformer kræver ikke alene ny lovgivning, formelle institutionelle reformer m.v. men også, at de normer, der søges implementeret, opleves som gyldige af dem, som de skal være gyldige for. At begå sig i en normativ orden, at beherske reglerne i et *nomos*, er betinget af at man føler sig forbundet med det. Man må på den ene eller anden måde gøre det til sit eget. Det betyder ikke et krav til fravær af kritik, men man må opleve sig forpligtet (Cover, 1993). Ikke-radikale forandringer kræver sjældent mere end instrumentel tilpasning, man tilpasser det bestående til de nye krav. Radikale forandringer kræver at man adapter sig til det nye *nomos*, gør det til sit eget og over tid udvikler kompetence til at beherske de nye regler som sine egne. Det enkelte *nomos* styrer i vidt omfang også hvilke problemer, der kan opstå indenfor dets rammer. Man må altså også udvikle kompetence til

andre måder at formulere problemer på. Det er indlysende, at en sådan adaptationsproces ikke alene er fagligt vanskelig, men ofte også personligt smertefuld, og det bliver ikke lettere, hvis de nye regler opleves som påtvunget udefra. Transformationen af retten i Central- og Østeuropa kan beskrives som i et spændingsforhold mellem disse to former for tilpasning: instrumentel tilpasning indenfor rammerne af et eksisterende *nomos* henholdsvis radikal adaptation til og skabelse af et nyt *nomos*. Lighedstrækkene mellem den socialistiske ret i Central- og Østeuropa og anden kontinentaleuropæisk ret eller rettere i den socialistiske retstænkning og den kontinentaleuropæiske retstænkning var så udtalte, at det på sin vis er rimeligt at tale om den socialistiske ret som en radikal udgave af kontinentaleuropæisk ret (Los, 1996). En lighed, der har begrundet at man i både i vest og i øst uden videre har antaget, at retlig regulering kunne anvendes som et afgørende og i nogle sammenhænge omtrent tilstrækkeligt redskab i de politiske, økonomiske, institutionelle og retlige reformer. Det har i mange tilfælde været velbegrundet. Også central- og østeuropæiske jurister oplever sig som udgangspunkt bundet af love og andre direktiver og tager i deres fortolkning udgangspunkt i en semantisk fortolkning af lovens ordlyd (MacCormick and Summers, 1991). Det har i de fleste central- og østeuropæiske ansøgerstater muliggjort muliggjort en relativ succesfuld omstilling af retten på »forfatningsniveau«. I andre sammenhænge har den tilsyneladende lighed og forestillinger om mulighederne for blot instrumentel tilpasning formentlig været med til at blokere for erkendelse af behovet for at skabe en ny normativ orden, et nyt *nomos*. Det gælder i et vist omfang også omstillinger af retten på »forvaltningsniveau«.

Omstillingerne af den generelle forvaltningslovgivning i Polen og Ungarn kan illustrere problemet. Rundbordssamtalerne i slutningen af 1980'erne og den trinvis demokrati-

sering betød, at de socialistiske forfatninger i første omgang blot blev revideret, så de kunne passe i en overgangsperiode (Skapska, 1999). Det var først i 1997 og 1998 at der blev vedtaget nye forfatninger. Forestillingerne om mulighederne for fortsættelse af det eksisterende med visse revisioner gjorde sig gældende i forhold til forvaltningsretten (Galligan et al, 1998). De polske og ungarske forvaltningslove havde i en central og øst-europæisk sammenhæng været usædvanlige ved at regulere den administrative beslutningsproces og ved at indrømme de berørte borgere visse rettigheder til at blive inddraget i processen. Men de ungarske og polske forvaltningsordninger var helt overvejende baseret på en pligt tænkning, der i praksis ikke åbnede meget rum for en rettighedstænkning.

Der var lysår til forskel på Stalins og Vishinshys terrororden og retten under perestrojka og glasnost. Men et gennemgående træk i den socialistiske ret er, at retten grundlæggende blev set som en pligtorden, der var skabt fra oven. Der var ikke rum for forhandling og tilpasning, eller med et andet udtryk, der var ikke rum for at se ret som også et sæt af spilleregler (Ewick and Silbey, 1998). Den generelle attitude til ret kunne (og kan) beskrives med Kafkas metafor fra *Processen*: *Foran loven*. Retten fremstod på den ene side som fuldstændig autoritet. Uden for tiden og uden for hverdagen. På den anden side nød den i det gennempolitiserede system ikke megen respekt. De enkelte retsanvendere oplevede ofte ikke at have megen professionel autonomi, og det gjaldt også dommere. Meget lovgivning forblev med et russisk udtryk blot en »*papirets ret*« (Hilmer Pedersen, 1998). Det var ikke sjældent, at dommere for ikke at tale om ansatte med administrative funktioner end ikke havde de formelt gældende lovtekster til rådighed. Man klarede sig på anden måde. Man traf sin afgørelse på baggrund af fornemmelser, generelle politiske instruktioner eller direktiver i den enkelte sag, eller med et andet russisk udtryk

»*telefonret*«. De socialistiske forvaltningslove fokuserede på de ansattes pligter og især på de sanktioner, der kunne følge ikke-overholdelse. Det betød ikke at forvaltningslovene ikke ydede en vis beskyttelse for den enkelte. Hvis man oplevede sig tilsidesat kunne man henvende sig til anklagemyndigheder, prokuraturaen, der fungerede som en bredere tilsynsmyndighed. Hvis det ikke var tilstrækkeligt kunne man forsøge at skabe politisk opmærksomhed omkring sine problemer, eller at »få nogen med indflydelse til at gøre noget«. Man kunne naturligvis kombinere metoderne og gennem trusler om anmeldelse, trusler om indgriben ovenfra, tilbud om fordele eller direkte bestikkelse, forsøg på at vække interesse eller appellere til medfølelse prøve at opnå det man ønskede. For ansatte i administrative og judicielle institutioner gjaldt det om at applicere de retlige regler og de mere eller mindre klart udtalte politiske normer på en måde, så han eller hun ikke blev kritiseret og ofte klare sig så godt, som man nu havde mulighed for eller netværk til. Meget magtfordrejning eller bare forsøg på at undgå kritik blev søgt dækket under spidse juridiske syllogismer og uoverskuelige opremsninger af bestemmelser i love og dekretter. Selvfølgelig har folk også under de socialistiske retsordener i situationer oplevet, at retten eller loven kunne yde retfærdighed, men retfærdighed skulle ofte søges uden for loven, ved at ansatte med administrative funktioner eller dommere »*lod nåde gå for ret*«. Retsstatslighed betyder, at der kun kan gives dispensation for krav i loven, hvis der er hjemmel, og det kan opleves som ikke bare uhensigtsmæssigt, men også ubarmhertigt. Traditionen for orientering mod hierarki, for at sikre sig mod at begå fejl og for en orientering mod pligter frem for rettigheder medførte en klar tendens til i konkrete retlige afgørelser at vægte den retlige norm, *jus*, frem for at tilvejebringe en nuanceret beskrivelse eller fortolkning af den virkelighed, som reglen skal anvendes eller appliceres i forhold til, *fakta*. Det vil naturligvis typisk

have en konsekvens i forhold til valget af hvilken *retsfølge*, der skal vælges på baggrund af sammenholdningen af jus og fakta. Resultatet er en retsanvendelse, der i et vest-europæisk perspektiv ofte kan forekomme både rutineret og formel i en grad, der nærmer sig det rigide (og giver behov for megen »nåde«). Der er grund til stor opmærksomhed over for forvaltningsprocessen, til oplysning af faktum, til sammenholdning af fortolkninger af jus og faktum og ikke mindst i forhold afvejningen ved valg af retsfølge.

Det europæiske forvaltningsretlige fællesskab – i vest

Den foreløbige udvikling af en fælles EU forvaltningsret markeres i EU's Charter om grundlæggende rettigheder, som blev endeligt vedtaget i december 2000³ og som i artikel 41 anfører retten til god forvaltning som en grundrettighed. I et *retligt* perspektiv er det umiddelbart ikke meget, der vindes for den enkelte EU borger eller person, der opholder sig indenfor EU's område. Charteret angives i udgangspunktet som et politisk dokument, og det understreges i artikel 51 at bestemmelserne er rettet til Unionens institutioner og organer samt til medlemsstaterne, men kun når de gennemfører EU retten. De fleste af de rettigheder der omtales, gentager rettigheder der allerede står i EU traktaterne og/eller Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), eller er blot kodificeringer af rettigheder, der er skabt på baggrund af EU Kommissionens og EF Domstolens praksis, og det gælder også retten til »god forvaltning«. Charterets opridsning af det nærmere indhold i retten til god forvaltning – at alle der opholder sig indenfor EU har ret til at få sin sag behandlet uvildigt, retfærdigt og inden for en rimelig frist, ret til at blive hørt før der bliver truffet beslutning der kan berøre ham/hende negativt, til aktindsigt i akter, der vedrører ham/hende og ret til at forvaltningen begrundes sine beslutninger i forhold til ham/hende – indeholder endda kun en del af de rettigheder, der utvivlsomt er

en del af gældende EU-ret. Med undtagelse af spørgsmål om pålæggelse af straf eller straffelignende sanktioner⁴ gælder det blandt andet kravet til proportionalitet, dvs. kravet til at valget af foranstaltning står i et rimeligt eller passende forhold til formålet, at det er nødvendigt at anvende foranstaltningen eller indgrebet og at der er en balance mellem indgrebet og de konsekvenser, som det medfører. Som det udtrykkes i en klassisk dansk læresætning betyder kravet til proportionalitet »at skønnet ikke må sættes under regel«, dvs. at afgørelsen om valget af retsmiddel skal træffes i forhold til omstændighederne i den konkrete sag, eller i en anden sprogbrug: at der ikke uden videre må gribes til »*standard operating procedures*«. I et *retspolitisk* perspektiv tydeliggør indskrivningen af retten til god forvaltning et brud med eller betragtelig opblødning af dualistisk prægede forestillinger om, at EU/EF samarbejdet i forhold til de nationale og subnationale forvaltninger

Selvom Rom-traktaten fra sin vedtagelse understregede legalitetsprincippet, forbuddet mod diskrimination på grund af nationalitet og her stillet krav til at afgørelser, der er truffet på baggrund af fællesskabsretten, skal begrundes, og en første udvikling af supplerende elementer til fællesskabsretlig forvaltningsret skete fra slutningen af 1950'erne, var det først i slutningen af 1970'erne at der begyndte at opstå en diskurs om et europæisk forfatningsretsfællesskab, der rakte videre end indrømmelse af, at megen national forvaltningsretlig tænkning har sit udspring i inspiration eller direkte lån fra anden national forvaltningsretsteori. Diskussionerne om fælles forvaltningsretlige eller forvaltningsretspolitiske principper foregik i vidt omfang udenfor rammerne af EF. Europarådet vedtog en resolution, der anbefaler medlemsstaterne at vedtage forvaltningslove, der sikrer beskyttelse af den enkelte borger i forvaltnings-sager,⁵ en gruppe af ombudsmandsinstitutioner dannede i 1978 Det Internationale Ombudsmandsinstitut (IOI) m.v. Der er næppe

tvivl om, at der i mange vesteuropæiske stater blev oplevet et behov for styrkelse af den nationale forvaltningslovgivning. Det gjaldt bl.a Danmark, der først i 1985 fik en forvaltningslov, der i betydelig grad dog er baseret på kodificering af gældende praksisskabe regler. Men en særlig baggrund for diskussionerne og de forskellige tiltag var formentlig de politiske omstillinger, demokratiseringerne, i Grækenland, Spanien og Portugal. Men det er først i 1990'erne, at en egentlig EU forvaltningsretlig diskurs tager form. Indtil da synes de forvaltningsretlige aspekter af EF retten alene behandlet i sammenhæng med spørgsmål om substantiel regulering (konkurrenceret, statsstøtte m.v.) eller integreret i redegørelser for »EF/EU rettens almindelige del« indenfor rammerne af en tradition, der tager udgangspunkt i folkeretten eller international ret. Den eller de nye diskurser der opstår i begyndelsen af 1990'erne er præget af andre tilgange. Som mange andre af de ny EF/EU relaterede diskurser, der opstår i slutningen af 1980'erne/begyndelsen af 1990'erne om EU's demokrati, policy og governance, kan de med et begrebsapparat, der er formuleret af Joseph Weiler, beskrives som prægede af supranationale og især infranationale tilgange (Weiler, 1999). De fleste deltagere har udgangspunkt i national offentligret og komparativ forfatningsret og fokuserer på rettighedsaspekter, mens andre tager udgangspunkt i policy studier, nyinstitutionelle tilgange, styringsteori og retssociologi.

Etableringen af den ny diskurs blev markeret med udgivelsen i 1991 af en artikel af T. Koopmans med titlen »*European Public Law: Reality and Prospects*«, Public Law og ikke mindst med udgivelsen i 1992 af Jürgen Schwarze (ed) *European Administrative Law*, der på lidt over 1500 sider sammenligner den daværende EU forvaltningsret med retstilstanden i de daværende medlemsstater indenfor en lang række problemstillinger.⁶ Det proklameres afsluttende, at EF på trods af en række gaps, kan

today justifiably claim for itself the honour (also) of being a law Community. On the basis of comparative law, an interaction has developed within the framework of the European community, which does not merely use national administrative law principles as sources of law for the newly evolving European administrative law. On the contrary, Community law has now started to exercise an influence upon national legal systems and, as a medium and catalyst, it is beginning to contribute to a convergence and approximation of administrative laws in Europe (s. 1465)

Bortset fra bastante forestillinger om formel suverænitet og ikke mindst suverænitetsopgivelse, skepsis overfor mulighederne for tilnærmelse mellem forskellige retskulturer, bekymringer for at europæisk integration medfører national disintegration m.v. forekommer det svært at argumentere for et vist forvaltningsretligt fællesskab: hvordan forsvare offentlige myndigheders ret til at anvende midler der ikke står i rimeligt forhold til målet, til ikke at høre de der berøres af en afgørelse, til ikke at begrunde deres afgørelser, osv. Men ét er fællesskab omkring generelt formulerede principper, noget andet er den konkrete anvendelse af principperne. Senere udgivelser forsøger at analysere ligheder, sammenstød og muligheder og grænser for udviklinger generelt (Schwarze, 1996, Bell, 1998, Allison, 1998, Harlow, 1999) og især i relation til de enkelte principper, bl.a »berettigede forventninger«, ansvar og erstatningsansvar for offentlige myndigheder⁷ m.v. Den har indtil nu kun i meget begrænset omfang søgt at forholde sig til udviklinger i det europæiske forvaltningsretlige fællesskab i forbindelse med og efter udvidelse af EU med en række central- og østeuropæiske stater.

Det europæiske forvaltningsretlige fællesskab – i øst

Når man vender blikket fra vest mod øst bliver fortællingerne om udviklingen af et europæisk forvaltningsretligt fællesskab på en og samme tid flimrende og forholdsvis entydigt. Det flimrende indtryk skabes blandt andet af,

at der på regionalt, nationalt og subnationalt plan optræder mange aktører. Foruden central- og østeuropæiske institutioner og aktører bl.a. EU Kommissionen/EU Phare, Verdensbanken, OSCE, regionale organer som Nordisk Ministerråd og Østersørådet, bilaterale donorer, private fonde som bl.a. Open Society fund, der er oprettet af George Soros, Adenauer Foundation, American Bar Association/The Central and East European Law Initiative (ABA/Celli) o.a. samt – hvad der i et tilbageblik formentlig kommer til at fremstå som helt centrale omdrejningspunkter, – OECD/Sigma, der er oprettet og finansieres i fællesskab af EU Phare og OECD og ikke mindst, som i slutningen af 1970'erne, Europarådet, dets sekretariat og dets mange komiteer, kommissioner og konferencer. Siden begyndelsen af 1990'erne og under større paraplyinitiativer som Den Europæiske Komite om retligt samarbejde (CFCJ), GRECO (Group of States Against Corruption) Venedig Kommissionen (European Commission for Democracy Through Law), Themis programmet m.v. har Europarådet dannet ramme for oprettelse af tværnationale fora for dommere, dommere i forfatningsstole, advokater, anklagemyndigheder m.fl., der ofte er foregået i tæt samarbejde med andre institutioner.⁸ Gennem EU, EU Phare og mange bilaterale donorer samt private fonde og institutioner (ikke mindst Open Society og ABA/Celli) er der ydet støtte til efteruddannelse af jurister med tilknytning til retssektoeren, til omformning af universitetsuddannelser, forskeruddannelser og forskerudveksling, til etablering og udvidelse af biblioteker, dannelse af professionelle netværk og professionsforeninger, oprettelse og produktion af tidsskrifter, oversættelse af lærebøger og nyskrivning af lærebøger, etablering af nationale lovdata-baser, oprettelse af EU informationscentre herunder udbredelse af adgang til Celex, uddannelse af tolke og støtte til modernisering af lokaler, anskaffelse af edb og kontorudstyr m.v. Der er blevet lagt megen vægt på udarbejdelse af nye ordbøger og mere vidtgående fælles thesaurus

(også inden for offentligretten), oprettelse af fælleseuropæiske databaser, bl.a. over forfatningsdomstolspraksis m.v.. Det er EU, der igennem især EU Phare har ydet og yder det klart største bidrag til den generelle omstilling af ret og forvaltning, men in-puttet er oftest formuleret i eller kanaliseret gennem andre institutioner.

Mens forskning og forskere har spillet og spiller en afgørende rolle i italesættelsen af det vesteuropæiske eller vestlige forvaltningsretlige fællesskab har tiltagene i forhold til Central- og Østeuropa på både afsender og modtagerside især været præget af »praktikere«. Men det betyder ikke, at forskning og forskere ikke har haft og har betydning. Der er en del forskning der beskæftiger sig med omstillingerne af den offentlige ret i Central- og Østeuropa udfra et perspektiv af komparativ forfatningsret og der er enkelte vestlige (Galligan et al 1998) og et stærkt stigende antal central- og østeuropæiske forskere, der anlægger »infranationale tilgange« og der kan findes ganske tætte samspil mellem denne forskning og især OECD/Sigma og i lidt mindre udtalt grad Europarådet. Europarådet og (især) OECD/Sigma har også udgivet mange tekster, der er skrevet af eller baseret på input fra forskere fra såvel de EU relaterede diskurser. F.eks. udgav OECD/Sigma i 1999 et ganske ambitiøst »paper«: European Principles for Public Administration, der er baseret på input fra bl.a. Jürgen Schwarze, Denis J. Galligan fra Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford og Jacques Ziller fra Europe University Institute. Hvor teksterne i de forskningsorienterede diskurser er analytiske og ret forsigtige i deres konklusioner, er de tekster, der er udarbejdet indenfor rammerne af »den praktiske approximationsdiskurs« relativt kortfattede, opridsende og stærkt normative – og det gælder også de, der er skrevet af eller i samarbejde med forskerne. Udsagnene fra de første diskurser udvides og skærpes i den anden.⁹

Efter opbruddene – i vest

Selvom den økonomiske globalisering i vidt omfang sker uden for staterne og langt hen reguleres af sædvaner, en *lex mercatoria* (Sousa Santos 1995; Teuber et al, 1997), der er dannet og dannes gennem globale selskabers praksis og ikke mindst internationale advokatfirmaers formulering af fælles kontraktstandarder (uni-droit og unicital), kræver tættere samhandel ikke bare adgang til markedet, men også tillid til sikkerhed for investeringer og til kvaliteten af varer, der må skabes udenfor markedet. Også megen retsvidenskab forklarer den EU retlige regulering og institutionsopbygning som et forsøg på at styre stigende kompleksitet og etablere tillid i risikosamfund. Det indre marked – og den central- og østeuropæiske tilpasning – drejer sig også om muligheder for at eksportere varer til og tiltrække investeringer fra ikke alene Europa, men hele den vestlige verden. En udvikling der i hele Europa og på bredere internationalt plan ledsages af – nogle vil sige delvis betinger – generelle tendenser til øget konstitutionalisme, til øget fokusering og understregning af »limits on the powers of government, adherence to the rule of law, and the protection of fundamental rights« (Rosenfeld, 1994) eller med andre ord, til øget erkendelse af at *constitutions matter*. En udvikling, der sætter spørgsmålet om kontrol af ikke alene udøvende myndigheder, men også lovgivningsmagten i fokus. Spørgsmål om domstolsprøvelse af love og magtfordelingen mellem den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt presser sig på i alle europæiske forfatningsordninger (Sweet Stone, 2000) og måske mest tydeligt i Storbritannien. Her er domstolssystemet som udgangspunkt (i lighed med USA, Danmark og Norge m.fl.) organiseret som et enhedsdomstolssystem, dvs. som »almindelige« domstole, hvis kompetence i modsætning til de fleste kontinentaleuropæiske retsordener ikke er afgrænset til specifikke reguleringsområder, og her er der (i modsætning til Danmark og de øvrige nordiske lande) ikke blot

tale om en meget begrænset tradition for domstolsprøvelse af love, men det antages at være direkte i strid med forfatningen. Den britiske common law tradition hviler ganske vist på en rig tradition for *judicial review*, men rummet for retsdannelse gennem sædvaner og domstolspraksis eller »bottom up« afgrænses skarpt af antagelsen om, at afgørelser truffet af »the Queen in Parliament« ikke kan anfægtes ved domstolene. Antagelsen er blevet betydeligt modificeret siden 1990.

Der er siden Storbritanniens tiltræden af EF/EU i 1973 blevet rejst mange sager ved EF Domstolen om korrekt implementering af direktiver, der er blevet indbragt af britiske domstole som præjudicielle spørgsmål og som i mange tilfælde har ført til korrektion af og dermed delvis underkendelse af den britiske implementering, og dermed som hovedregel også den lov, der som vedtaget af parlamentet implementerede direktivet. Det er i forhold til den britiske tradition ikke uden problemer, men kan håndteres med en formodning om, at parlamentet ville en korrekt implementering. Men i 1988 vedtog parlamentet en lov, Merchant Shipping Act, der var åbenlyst i strid med forbuddet mod diskrimination på grundlag af statsborgerskab i artikel 52 (nu 43) om retten til fri etablering. Som betingelse for ret til at fiske i britiske farvande blev det krævet, at ikke alene skulle pågældende trawlere være indregistreret i Storbritannien, men deres moderselskab skulle også have hovedsæde i Storbritannien og det ledende personale på trawlerne skulle have britisk statsborgerskab. En regulering, der udelukkede den store spanske ejede, britisk indregistrerede fiskerflåde fra at fiske i britiske farvande, og som ikke blev kompenseret ved ret til at fiske i andre nationale farvande: de var jo indregistreret i Storbritannien. Konflikten endte i to sager for EF Domstolen foruden en sag om anvendelse af foreløbige retsmidler, men det er i et forfatningsretligt perspektiv de britiske domstolsafgørelser, der er de mest afgørende. I den første sag besluttede den britiske højesteret House of Lords (Law Lords) at indbringe spørgsmålet om de britiske domstoles kompetence til at midlertidigt at suspendere dele af en lov vedtaget af Queen in Parliament for EF Domstolen som præjudicielt spørgsmål. På baggrund af EF Domstolens dom i den første sag gav House of Lords i juli 1990 Factortames adgang til at indbringe sagen for domstolene og nedlagde foreløbigt forbud mod ikraftsættelse af

statsborgerskabskravene i Merchant Shipping Act, 1988. I den anden sag indbragtes spørgsmålet om betingelsernes gyldighed og spørgsmålet om erstatning, der af House of Lords i overensstemmelse med sine afgørelser i den første Factortame sag også fulgte EF Domstolen i den anden.

Factortame-dommene gav anledning til megen diskussion i Storbritannien. Mange påpegede det vanskelige i opretholdelsen af to retsordener, hvor der i nogle tilfælde var og i andre ikke var adgang til domstolskontrol af love uden at denne forskel beroede på andet end hvorvidt loven var eller ikke var relateret til EU samarbejdet. Den foreløbige løsning har været at følge op på Factortame-dommene med en formel anerkendelse ved lov af princippet om EU rettens forrang og ved i Human Rights Act 1998 at åbne for adgang for domstolsprøvelse af loves overensstemmelse med EMRK. Andre kredse kritiserede House of Lords for på det nærmeste at have begået statskup. Ganske vist er der som påpeget af Robert A Dahl ikke meget, der taler for, at politiske systemer, der giver adgang til domstolsprøvelse af love er mere effektive i beskyttelsen af individuelle rettigheder end systemer, hvor den lovgivende myndighed påtager sig at beskytte rettigheder gennem tilbageholdenhed (Dahl, 1989). Men forudsætningen er, at de lovgivende påtager sig en sådan tilbageholdenhed. Ved at beslutte en politisk konfrontation med EF Kommissionen uden at udstikke retningslinjer for, hvordan konfrontationen skulle håndteres eller antyde hvilke konsekvenser parlamentet og regeringen var villige til at tage på baggrund af konfrontationen, blev House of Lords efterladt uden ret mange andre handlemuligheder end i sidste ende at se bort fra konfrontationen. At forholde sig til »business as usual« selvom det altså indebar underkendelse af beslutninger truffet af *the Queen in Parliament*.

Den amerikanske nyinstitutionalistisk orienterede domstolsforsker, Martin Shapiro forklarer »judicialiseringen« af den europæiske

policy-making som først og fremmest en reaktion på forandringer i politikken: Politikerne prioriterer i stigende grad *short term* politikken på bekostning af *long term* politikken, der i stigende grad – hvor det kan lade sig gøre rent institutionelt og hvor de *long term* politiske mål er indlejret som også retlige normer – forskydes til domstolene (Shapiro, 1999). En udviklingstendens, der i Storbritannien og formentlig også i store dele af det øvrige Europa, kan genfindes på administrativt niveau. På den ene side bidrager New Public Management politikkerne til en forskydning fra ret til politik og til »økonomisering af politikken«, men samtidig – med fokuseringen på aftaler og kontrakter – både til en forøgelse af konflikter, der typisk vil defineres som retlige konflikter og øget fokusering på rettigheder og formelt ansvar. Den stigende kompleksitet, oplevelser af øget risiko og ikke mindst internationaliseringen giver anledning til potentielle retlige konflikter, bl.a i spørgsmål om behandlingen af flygtninge og immigranter, der søger mod Europa. Damian Chalmers har påpeget, at den store stigning i antallet af sager, der indbringes som præjudicielle spørgsmål for EF Domstolen ikke alene kan forklares i EU reguleringens stigende betydning og i forsøg på at skabe opmærksomhed omkring en sag ved at kræve indbringelse for EF Domstolen, men også blot afspejler en voldsom stigning i antallet af konflikter, der indbringes for domstolene (Chalmers, 2000) og det gælder også antallet af konflikter mellem borgere/personer og offentlige myndigheder (Galligan et al, 1996).

Efter opbruddene – i øst

De central- og østeuropæiske ansøgerlandes forfatninger åbner alle muligheder for judicial prøvelse af love eller lovforslag. Inspiration til den nærmere opbygning af prøvelsesinstitutioner er i de fleste tilfælde blevet hentet i den tyske forbundsforfatning og forbundsforfatningsdomstol og i andre tilfælde i den franske forfatningstradition for forfat-

ningsrådskontrol, dvs. kontrol af lovgivning, der er vedtaget men ikke trådt i kraft. Nogle forfatningsordninger opererer med begge former for kontrol. De central- og østeuropæiske forfatningsdomstole og/eller forfatningsråd er generelt rimeligt velfungerende, i det mindste når institutionerne alene bedømmes på grundlag af deres eget virke. Det gælder ikke alene de baltiske stater (Taube, 2001), Polen, Ungarn, Tjekkiet og Slovakiet m.fl. men også Ukraine og i det sidste par år Rusland (Fogelklou 2001). I relation til de baltiske stater og Visegrad landene er det på de fleste områder og på et forfatningsniveau formentlig korrekt at tale om nogenlunde velfungerende retsstater (Ôrkany and Sheppele, 1999). De største problemer knytter sig til spørgsmål om forfatningsgaranterede velfærdsrettigheder og ikke mindst til behandlingen af etniske mindretal og af personer, der er dømt eller mistænkt for kriminalitet. Der er i det sidste par år begyndt at blive indbragt mange sager fra de central- og østeuropæiske ansøgerlande for EMRD. Der er typisk tale om manglende overholdelse af bestemmelserne i EMRKs artikel 5 og 6 om ret til frihed og sikkerhed og ret til en retfærdig rettergang og overtrædelserne er grove, enkle og utvetydige.

Graden af »retsstatslighed« i relationer udenfor den egentlige forfatningsret og strafferet varierer i forhold til både stater og reguleringsområder. Det gælder også i spørgsmål om relationer mellem offentlige myndigheder og private. Generelle undersøgelser af central- og østeuropæeres tillid til offentlige myndigheder og af offentligt ansattes anseelse peger ofte på, at der ikke er sket større ændringer op igennem 1990'erne. Et indtryk, der understøttes af central- og østeuropæiske massemediers fokusering på offentlige skandaler, der – ofte i forbindelse med privatiseringer – typisk drejer sig om magtmisbrug og korruption. På den anden side er der formentlig tale om et klart faldende niveau af korruption, i det mindste på »street level«

plan. I 1993 gennemførte William Miller m.fl. en række fokusgruppe interviews i bl.a. Tjekkiet, Ukraine og Rusland med henblik på at undersøge »how citizens cope with post communist officials«, der bl.a. viste at 61% af de tjekiske respondenter forventede en korrekt eller fair behandling ved kontakt med offentligt ansatte. Tallene for Ukraine og Rusland var 12% og 16%. (Miller et al, 1997) Resultater fra en omfattende international offerundersøgelse, der i 2000 blev gennemført i 10 vesteuropæiske lande/regioner (EU's medlemsstater med undtagelse af Tyskland, Østrig, Italien og Grækenland) og Polen, viser at 5,1% af de polske respondenter angav i 1999 at have været udsat for at en offentlig ansat havde krævet eller forventet bestikkelse (Balvig, 2001). På baggrund af de evalueringer, der årligt foretages af bl.a. den private organisation *Transparency International*, er det rimeligt at antage, at forholdene i Polen er nogenlunde dækkende for forholdene i de øvrige ansøgerlande, der »står i første række« og de, der synes at presse sig mest på i den såkaldte anden række Slovakiet, Litauen og måske Letland. Set i et vesteuropæisk perspektiv er der tale om et særdeles højt niveau af korruption. I Danmark, Sverige og Finland var det 0.3% af respondenterne, der angav i 1999 at have været udsat for korruption og det eneste af de lande, der afveg væsentligt fra dette niveau, var Frankrig hvor andelen var 1,3%. I 2000 gennemførtes et retssociologisk pilotprojekt ved Institute of International Relations and Political Science, Vilnius Universitet, *Law in Baltupiai*, der gennem en række fokusgruppeinterviews i en forstad til Vilnius forsøgte at kortlægge beboeres erfaringer fra »møder med retten« indenfor en række udvalgte reguleringsområder. En første afrapportering af fortællinger om møder med offentlige myndigheder fortæller om ganske få personlige erfaringer med korruption af nyere dato, og konkluderer:

In the last ten years some positive changes appeared – people got more freedoms. Officials have changed

too, but only formally. They are ready to listen to you, but still they behave in their own way. Officials are polite only because they are afraid to lose their jobs, and that could happen if a person complains to mass media or some control mechanisms (Valickas and Vinogradnaite, 2000)

Noter

1. Se bl.a. sag 96/81, Kommissionen mod Holland, der underkender en hollandsk implementering af et direktiv gennem kommunal praksis med henvisning til, at »en rent administrativ praksis, som efter sin karakter kan ændres af forvaltningens skøn, kan ikke betragtes som en korrekt opfyldelse af den forpligtelse, der følger af direktiver«.
2. Den tysk-amerikanske østretsforsker Inga Markovits foretog i 1990 et feltstudie i en række østberlinske juridiske institutioner, domstole, forvaltningsmyndigheder, universitetsinstitutter m.fl. Hun bad dommerne blandt andet at fortælle om de afgørelser, de havde truffet i tidens løb i kontroversielle sager og om og i hvilket omfang de oplevede at have truffet retsfærdige afgørelser. På opfordringen om at fortælle om sine retfærdige afgørelser, begyndte nogle af dommerne uden videre at fortælle om afgørelser, hvor de oplevede ikke at have fulgt loven, hvor de »havde ladet nåde gå for ret« (Markovits, 1995)
3. 2000/C 364/01
4. Artikel 49 om »legalitetsprincippet og princippet om proportionalitet mellem lovovertrædelse og straf« fastslår i stk. 3, at »straffens omfang skal stå i rimeligt forhold til overtrædelsen«
5. Resolution (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities
6. Legalitetsprincippet, grænser for skøn (ultra vires), retskildelære, fortolkningsprincipper, offentligretligt ansvar; lighedsprincippet, forbuddet mod (usaglig) diskrimination og forudsigelighed; princippet om proportionalitet; princippet om beskyttelse af legitime forventninger; genoptagelse af afgørelser; tidsfrister; afgørelser med tilbagevirkende kraft, sagsbehandlingskrav herunder saglig og stedlig kompetence, sagsoplysning, høring og kontraktion, aktindsigt, klagevejledning og begrundelse og retsvirkning af sagsbehandlingsfejl.
7. Bl.a. på baggrund af EF Domstolens afgørelser i Francovich (C-6 og 9/90) Factortame 2 og Braserie de Pecheur (C-46 og 48/93)
8. F.eks. Verdensbanken og OECD i bekæmpelse af korruption, bilaterale og private donorer i forhold til uddannelsesprogrammer m.v.
9. Skærpsen illustreres af en eller manual, *The administration and you. A handbook*, der blev udgivet af Europarådet i 1996 og udarbejdet af medarbejdere i Europarådets sekretariat med reference til en projektgruppe, der var sammensat af medlemmer fra stort set alle Europarådets medlemsstater. Målgruppen er »legislators, judges, ombudsmen, administrators, lawyers and interested members of the public in all European states as a model or guide to those principles of administrative law and procedure which are considered to be of primary importance for the protection of the individual and which ought to be applied by states which wish to secure such protection, and to the means for ensuring compliance with them« (s. 5) Det understreges, at de principper der beskrives ikke har »the political force of a recommendation or a resolution adopted by the Committee of Ministers under the Statute of the Council of Europe«, men en refleksion af EMRK, nogle af de protokoller der er vedtaget i tilknytning til konventionen, Den Europæiske Menneskerettigheds Domstols (EMRD) praksis samt andre Europaråds konventioner, rekommandationer og resolutioner som er af forvaltningsretlig relevans. Manglende efterlevelse kan muligvis medføre mere end politisk kritik. Bogen indeholder 3 hovedafsnit: en præsentation af grundlæggende principper, resumeer af domme afsagt af EMRD og eksempler på hvordan de enkelte principper indgår i en række medlemsstaters forvaltningsret. Selv med en udtalt formålsorienteret læsning af de gengivne domsresumeer, er det ikke alle principper, der bliver understøttet. Men det kan være vanskeligt at se ud af teksten. Resumeerne er gengivet i kronologisk orden og de er struktureret omkring de artikler i EMRK, der er påstået overtrådt, der kun i få tilfælde falder sammen med de forvaltningsretlige principper de også illustrerer. Der er en nøgle for sammenhænge mellem principper og resumeer, men det kræver tid at finde det enkelte resume og dernæst at udlæse det indirekte angivne forvaltningsretlige princip. For travle central og østeuropæiske jurister, der er uddannet inden for rammerne af en ra-

dikal kontinentaleuropæisk retstradition vil det være mere overskueligt at holde sig til den kortfattede beskrivelse af principper og måske deres gennemslag i national forvaltningsret.

Referencer

- John W.F. Allison Transplantation and Cross-fertilisation, in Beatson and Tridimas (eds) *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford 1998
- Flemming Balvig. Kriminaliteten i Danmark – i europæisk perspektiv. *Juristen* nr. 7, 2001.
- John Bell Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe, i Beatson and Tridimas (eds) *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford 1998
- Damian Chalmers The Much Ado about Judicial Politics in the United Kingdom: A Statistical Analysis of Reported Decisions of United Kingdom Courts Invoking EU Law 1973-1998, Harvard Jean Monnet Working Papers No.1/00, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/000101.html>
- Council of Europe. The administration and you. Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons. A handbook. Council of Europe Publishing. F-67075 Strasbourg Cedex
- Robert Cover. Nomos and Narrative, in Minow, Ryan and Sarat (eds) *Narrative, Violence and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor, The University of Michigan Press 1993
- Robert A Dahl, *Democracy and its Critics*, Yale University Press, New Haven 1989
- Patricia Ewick and Susan Silbey. *The Common Place of Law. Stories from everyday life*. The University of Chicago Press. Chicago – London, 1998
- Anders Fogelklou, *Legal thinking and legal transition*, udkast Riga og Uppsala, 2001
- Denis J Galligan *Administrative Procedures and the supervision of the Administration in five Countries of Central and Eastern Europe*, University of Oxford, 1997
- Galligan, Langan and Nicandrou (eds) *Administrative justice in New European Democracies. Case Studies of Administrative Law and Process in Bulgaria, Estonia, Hungary, Poland and Ukraine*, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford and COLPI, 1998
- Galligan and Smilov, *Administrative law in Central and Eastern Europe 1996-1998*, Central Europe University Press, Budapest, 1999
- Carol Harlow *European Administrative Law and the Global Challenge*, in Paul Craig and Gráinne de Búrca *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999
- Karin Hilmer Pedersen. Rusland mod årtusindeskiftet. Retsstat, velfærdsstat, feudalstat, eller ...? DJØF Forlag, 1998
- Maria Los. In the Shadow of Totalitarian Law: Law-Making in Post-Communist Poland, in Adam Podgorecki and Vittorio Olgiati (eds) *totalitarian and Post-Totalitarian Law*, Onati International Institute For the Sociology of Law, Dartmouth, Aldershot, 1996
- Neil MacCormick: Democracy, Subsidiarity, and Citizenship in the »European Commonwealth« in Neil MacCormick (ed) *Constructing Legal Systems: »European Union« in Legal Theory*. Reprinted from *Law and Philosophy* 16 (4) 1997, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1997
- Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds) *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Sathmouth, Aldershot – Bookfield, 1991
- Inga Markovits. *Imperfect Justice: An East-West German Diary*. Oxford University Press, Clarendon Press. New York, 1995
- William Miller, Tatyana Koshechkina and Åse Grodeland. How citizens Cope with Postcommunist Officials: Evidence from Focus Group Discussion in Ukraine and the Czech Republic, in Paul Heywood (ed) *Political Corruption*, Blackwell Publishers, Oxford, 1997
- OECD/Sigma: *European Principles for Public Administration*, Sigma papers: No 27, OECD, Paris 1999
- Antal Örkany and Kim Lane Sheppele. Rules of Law: the Complexity of Legality in Hungary, in Martin Krygier and Adam Czarnota (eds) *The Rule of Law after Communism*. Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1999.
- Ruth Nielsen Udbud af offentlige kontrakter. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998
- Michel Rosenfeld, Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Difference, in Michel Rosenfeld (ed) *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspectives*. Duke University Press, Durham-London, 1994

- Jürgen Schwarze. *European Administrative Law*. Office for Official Publications of the European Communities. Sweet and Maxwell, 1992
- Jürgen Schwarze (ed) *Administrative Law under European Influence*. Sweet and Maxwell/Nomos, 1996
- Martin Shapiro, *The European Court of Justice*, in Paul Craig and Gráinne de Búrca (eds) *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999
- Grazyna Skapska »Paradigm Lost? The Constitutional Process in Poland and the Hope of a »Grass Roots Constitutionalism« in Martin Krygier and Adam Czarnota (eds) *The Rule of Law after Communism*. Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1999.
- B. de Sousa Santos. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, London-New York, 1995
- Alec Sweet *Stone Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, 2000
- Caroline Taube *Constitutionalism in Estonia, Latvia and Lithuania. A Study in Comparative Constitutional Law*. Iustus Förlag, Uppsala, 2001
- G. Teubner (ed) *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot 1997
- The administration and you. Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons. A Handbook*. Council of Europe, 1996 Strasbourg Cedex
- Gedinimas Valickas and Inga Vinogradnaite. *Report From Focus Group Interviews*. Law in Baltupiai. Institute of International Relations and Political Science, University of Vilnius, October 2000
- Joseph Weiler. *European Democracy and its Critics: Polity and System*, in Joseph Weiler *The Constitution of Europe. Do the new clothes have an emperor and other essays on European integration*, Cambridge University Press, 1999