

Retssikkerheden som administrativt problem

Retssikkerhedsbegrebet

I forvaltningsretten som retsdogmatisk disciplin er kravet om retssikkerhed et krav om, at de administrative beslutninger skal være i overensstemmelse med visse overordnede retsgrundsætninger samt de almindelige regler, som folketingets flertal har givet udtryk for i lovgivningen. I sidstnævnte henseende betyder retssikkerheden først og fremmest, at en administrativ beslutning skal have lovhjemmel, d.v.s. at et sæt konkrete forhold skal være omfattet af den abstrakte beskrivelse i en regel. Udtrykt i logikkens termer er der tale om, at subsummere fakta under en regel eller at deducere fakta fra en regel.

I retsvidenskaben er retssikkerheden altså et teknisk begreb, der kan defineres eentydigt. Som politisk fænomen er retssikkerheden derimod en del af dagliglivets tale, som i hvert enkelt tilfælde må underkastes en semantisk analyse for at få nogen mening. Rent praktisk kan dette konstateres derved, at dele af offentligheden ofte føler sin »ret« krænket, selv om lovgivningen har fastsat alle tænkelige sikkerhedsforanstaltninger, og tjenestemændene nøje har fulgt disse regler. Problemet kan antydes ved at henvise til den populistiske hetz imod bureaukratiet, et begreb som jeg ikke her skal forsøge at analysere, også i tilfælde

hvor dette bureaukrati holder sig inden for de af politiske myndigheder fastsatte og forudsatte rammer. I sin ekstreme skikkelse bliver retssikkerheden i disse tilfælde et krav om, at det offentlige skal undlade at begrænse den enkelte borgers udfoldelser. Der er tale om et meget stort problem i det moderne velfærdssamfund, men det siger sig selv, at jeg ikke kan komme ind herpå i denne lille artikel, hvis hovedemne er at tegne nogle få træk af det traditionelle retssikkerhedsproblem.

Jeg har valgt at lade nogle almene betragtninger føre op til to aktuelle emner, nemlig hjemmelsspørgsmålet og den administrative sagsbehandling. I noter til de følgende afsnit henvises der til den mest relevante litteratur vedrørende disse emner, der her kun kan behandles i oversigt.

Krav om lovhjemmel⁽¹⁾

De beslutninger, som forvaltningen træffer, er dels konkrete i den forstand, at de bestemmer enkeltpersoners retsstilling i et bestemt forhold, dels generelle i den forstand at de fastsætter regler, der logisk set er af samme karakter som lovgivningen, d.v.s. at de angiver de kategorier af personer, der omfattes af reglerne, samt de adfærdsforbud eller -påbud, som disse kategorier er underkastet. Under forudsætning af, at de administrative foranstaltninger er gyldige, er det uden betydning for den enkelte borger, om et

*Professor ved Århus Universitet,
dr. jur.*

forbud eller påbud står i en lov eller en administrativt udstedte anordning. Retsvirkningerne er af samme karakter i de to tilfælde.

Lovgivningens regler kan der som bekendt ikke røres ved, medmindre man kan få domstolene til at erklære en lovregel for grundlovsstridig - og det kan man ikke her i landet - derimod er der talrige tilfælde i danske retspraksis, hvor domstolene optager til retlig prøvelse, om en administrativt udstedt regel har den fornødne hjemmel i den lov, der påberåbes. I kraft af folkeparlamentarismen vil også folketetinget kunne reagere, hvis et flertal har den opfattelse, at regeringen har brugt lovens bemyndigelse i strid med, hvad der har været lovgivningsmagtens hensigt.

En egentlig institutionalisering af den parlamentariske kontrol har vi tidligere kun haft i nogle enkelte tilfælde, hvor den pågældende lov har påbudt en forudgående eller efterfølgende kontrol med de i henhold til lov udstedte administrative regler ved krav om, at disse regler blev forelagt et folketingsudvalg. I nyere tid er ombudsmanden gennem sin virksomhed i stand til at vogte de administrative bestemmelsers lovlighed, og efter oprettelsen af de stående folketingsudvalg er disse en voksende faktor i folketingets kontrol med den offentlige forvaltning.

Det vigtigste retssikkerhedsspørgsmål i forbindelse med den offentlige forvaltnings virksomhed er imidlertid, hvordan man skal sikre sig, at de konkrete administrative beslutninger er i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger og den pågældende lov eller den pågældende generelle administrative bekendtgørelse, der er udstedt i henhold til lov.

Indledningsvis bør der henvises til, at

mange lovregler kan gennemføres uden administrativ medvirken, typisk f.eks. købelov og aftalelov. I disse tilfælde tillægges der ikke den offentlige forvaltning nogen kompetence. Vender vi os til de i lovgivningen fastsatte kompetenceregler, vil vi se, at de er af meget forskellige abstraktionsgrad. Samtlige lovbestemmelser, der tillægger den offentlige forvaltning kompetence, kan placeres på en praktisk talt kontinuerlig skala, fra det mekanisk lovbundne til det frie skøn inden for meget vide rammer.

Når jeg i denne oversigt taler om den offentlige forvaltning, forstås herved alle andre organer end folketetinget og domstolene, altså f.eks. også interesseorganisationerne i deres forhold til de besluttede administrative organer.

Det klassiske eksempel på en lovbundet administrativ virksomhed er vedkommende myndigheds pligt til at udstede et næringsbrev til en person, der opfylder næringslovens bestemmelser herom, jfr. næringslovens §§3 og 5. I sådanne tilfælde er den administrative virksomhed af rent mekanisk karakter, d.v.s. at der reelt ikke foreligger nogen beslutningsproces, idet myndighederne blot skal konstatere, om de faktiske betingelser, som loven opstiller, er til stede. Hvis dette er tilfældet, og tilladelsen ikke gives, kan vedkommende borger gå til domstolene, der vil pålægge den administrative myndighed at udfærdige den ønskede forvaltningsakt.

Går vi til den modsatte yderlighed, finder vi, at lovgivningen især har overgivet store dele af sin kompetence til den offentlige forvaltning i krigs- og krisetider. Således bestemte vareforsyningsloven under den anden verdenskrig, at ministeren kunne træffe foranstaltninger med henblik på landets forsyning med varer samt foranstaltninger af forbrugs-

begrænsende karakter og gennemførelse af de nødvendige indre fordelingsordninger.

Ind imellem disse yderpunkter finder vi i lovgivningshistorien en række mellem løsninger. For at karakterisere denne lovgivning er det nødvendigt at udskille forskellige slags variable. Som den første kan nævnes lovgivningsområdets samfundsmæssige betydning. Ved en retspolitisk behandling af bemyndigelseslovgivningen er det ikke ligegyldigt, om den pågældende lov omhandler et mere eller mindre betydningsfuldt område af samfundslivet. Lov nr. 10 af 9. januar 1980 om tilskud til forarbejdning og afsætning af Hvilling til konsumformål omfatter et beskedent samfundsområde, men inden for den fastsatte bevilling fastsættes tilskuddets størrelse af fiskeriministeren »på grundlag af markedsforholdene«, altså praktisk talt uden retningslinjer fra lovgivningsmagtens side. Der er også kun nogle ganske få retningslinjer i lov nr. 220 af 26. april 1973 §§ 14-15 om kødeksport, men i kraft af lovens bemyndigelser er der fastsat talrige og indgribende bestemmelser f.eks. om produktion og eksport af bacon, der som bekendt er af meget væsentlig betydning for landets økonomi.

Det fremgår heraf, at intensiteten af den administrative kompetence er den anden afgørende variabel. I de nævnte eksempler har denne intensitet været meget stor, d.v.s. at lovgivningsmagten næsten fuldstændigt har overladt det til den offentlige forvaltning at træffe beslutninger inden for de pågældende områder. Det store flertal af love tillægger imidlertid den offentlige forvaltning en begrænset kompetence på et begrænset sagsområde. Hvad enten der i lovens øvrige bestemmelser findes snævrere eller videre bemyndigelser til administratio-

nen, indeholder mange love en almindelig bestemmelse om, at nærmere regler om gennemførelse af lovens bestemmelser fastsættes af ministeren, se f.eks. lovbe-
nr. 354 af 30. juli 1980 § 89, stk. 1, om boligbyggeri. Hvor megen selvstændig kompetence sådanne bestemmelser giver ministeren er tvivlsomt.

Uanset sagsområdets eller den administrative kompetences omfang bygger den traditionelle retlige opfattelse på kravet om lovhjemmel som grundlag for al administrativ virksomhed. Nyeste administrative teori udviser imidlertid en voksende skepsis over for anvendeligheden af dette hjemmelsbegreb, og denne del af teorien søger støtte i den nyeste lovgivning vedrørende miljøforanstaltninger og stedplanlægning.

Lovbek. nr. 345 af 25. juni 1981 er i sin karakter en udvidelse af bemyndigelseslovgivningen. Ifølge loven §§ 4-6 og 28 kan miljøministeren fastsætte regler - altså abstrakt formulerede forskrifter - i et omfang, der berører næsten alle sider af samfundslivet, og for så vidt angår forurenende virksomheder kan ministeren eller lokale myndigheder, der har fået særlig bemyndigelse hertil, udstede konkrete forbud og påbud inden for det vide begreb, der betegnes som forurening.

Typologisk er lovgivningen om stedplaner det sidste led i denne udvikling. I dette komplicerede administrative kompleks forsvinder hjemmelsproblemet i klassisk forstand simpelthen. Borgerne skal rette sig efter de regler, der gælder for den slags zoner (byzoner, sommerhusområder, landzoner), hvor deres ejendom er beliggende, se lovbe-
nr. 300 af 25. juni 1980, samt de regler der findes i vedkommende kommuneplan (tidligere benævnt byplan), se lov nr. 287 af 26. juni 1975. Disse regler bliver imidlertid

til ved et samspil mellem borgerne, de kommunale myndigheder og miljøministeriet, der formelt har det afgørende ord, se foran nævnte lov samt lovbek. nr. 95 af 4. marts 1980. Mulighederne for at fastsætte regler på denne måde er så vidtgående, at man med nogen ret kan sige, at folketinget simpelthen har afgivet sin kompetence og alene har fastsat nogle procedureregler.

Under alle omstændigheder er det klart, at denne udvikling skaber en ny baggrund for den teoretiske diskussion om hjemmelsspørgsmålet. *Ole Nørgaard Madsen* tager netop udgangspunkt i regionsplanlægningen, når han behandler hjemmelsspørgsmålet, idet han fremhæver, at det turde være oplagt, at man ikke kan pålægge den regionplanlægningsinteresserede offentlighed at deltage i beslutningsprocessen i overensstemmelse med forhåndsfastsatte mål. Nørgaard Madsen er enig i nyere opfattelser, som betragter den offentlige planlægning som en slags »alarmklokke«, der reagerer, når der laves love og regler, som strider mod hinanden; når der træffes beslutninger, der er i strid med love, og når der træffes beslutninger, der er uforenelige med love og regler også uden for den sektor, som træffer beslutningerne.

Sagsbehandling

Krav om begrundelse⁽²⁾

Fra gammel tid findes der administrative proceslove i de kontinentaleuropæiske lande, og efter den anden verdenskrig indførtes efter indgående kommissionsbehandlinger også sådanne love i Norge og Sverige. I Danmark har spørgsmålet om indførelse af sådanne regler ofte været diskuteret, og man er foreløbig nået så langt, at der foreligger en betænkning (nr. 657/1972) om begrundelse af for-

valtningsafgørelser og administrativ rekurs m.m., som i nogen grad har været grundlag for et af justitsministeriet udarbejdet udkast til forvaltningslov (L.A.1978-542-7, 23. maj 1979), der endnu ikke er forelagt som lovforslag. På dette grundlag skal jeg i det følgende forsøge at sammenfatte nogle problemer vedrørende gældende ret og de fremsatte forslag for så vidt angår begrundelse af administrative beslutninger og myndighedens eventuelle inhabilitet.

Hvis der ikke er særlig lovhjemmel herfor, er en administrativ myndighed ikke forpligtet til at begrunde sine beslutninger. En sådan særlig lovhjemmel indførtes f.eks. i forsorgslov nr. 181 af 20. maj 1933, og i dette og tilsvarende tilfælde opstår spørgsmålet om, hvad der skal forstås ved en begrundelse. Dette spørgsmål besvarer hverken de hidtidige speciallove, som indeholder regler om begrundelsespligt, eller justitsministeriets udkast til lovforslag. Jeg skal i forbindelse med dette udkast komme tilbage til spørgsmålet.

Betænkningen nr. 657/1972 opgiver at fremsætte forslag til nogen lovmæssig ordning af begrundelsespligten. Man mener dog, at der ved et cirkulære bør indføres en almindelig begrundelsespligt »i dette helt grundlæggende minimale omfang«. Endvidere anbefaler betænkningen dels at være opmærksom på begrundelseskravet ved koncipering af nye love, dels at der udsendes et cirkulære, hvorefter den private borger skal kunne begære en begrundelse af en afgørelse. Begrundelsen bør angive de lovbestemmelser, der er anvendt, og de faktiske omstændigheder, den bygger på.

Justitsministeriets udkast går noget videre end betænkningen. Udkastet fastslår først og fremmest, at den, der er part i en sag, kan forlange at få meddelt

en skriftlig begrundelse for den trufne afgørelse, medmindre denne fuldt ud giver vedkommende medhold. Begæring om begrundelse skal kunne fremsættes på et hvilket som helst tidspunkt, efter at den pågældende sag er rejst. Man skal altså ikke afvente, at afgørelsen er truffet. Ifølge udkastet skal begrundelsen indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilken afgørelsen er truffet.

Det fremgår af afsnit 2 i denne artikel, at det administrative skøn har fået en voksende betydning, og dermed er problemet om en begrundelse af udøvelsen af dette skøn naturligvis vokset. Det er næppe for meget sagt, at det er vanskelighederne ved det administrative skøns begrundelse, som i det hele taget har vanskeliggjort generelle regler på dette område. Hvis et udtrykkeligt krav om begrundelse kan opfyldes ved en stereotyp udtalelse om, at en ansøgning er afvist »på grundlag af de foreliggende omstændigheder«, har kravet om begrundelse simpelthen ikke noget indhold.

Ombudsmanden har i sin praksis søgt at gennemføre et begrundelseskrav ud over de udtrykkelige lovbestemmelser. For så vidt angår de lovbestemte begrundelser har ombudsmanden udtalt »at der til opfyldelse af en lovbestemt begrundelsespligt hører en redegørelse for de faktiske forhold der er bestemmende for afgørelsen, samt henvisning til den eller de relevante lovbestemmelser og efter omstændighederne herunder oplysning om praksis og/eller afgivelse af fortolkningsmæssige synspunkter eller retningslinjer, som er anlagt. »I det jeg ser bort fra forvaltningens muligheder for at skifte praksis, må dette nok antages at være gældende ret, hvad man så end vil forstå herved på dette område (beretning 1978/404).

Den pågældende ombudsmandssag

handlede imidlertid ikke om lovpåbudt begrundelse, men om en afgørelse, der ikke ifølge lovgivningen skulle begrundes. Et adoptionsnævn havde begrundet sin afgørelse »ud fra et samlet skøn over samtlige oplysninger og undersøgelser, der er foretaget i sagen«. Hertil udtalte ombudsmanden: »For så vidt en afgørelse beror på et skøn eller en skønsmæssigt præget vurdering, må det eller de hovedhensyn, der har været afgørende for den trufne afgørelse, så vidt muligt angives, eventuelt i forbindelse med en henvisning til en i praksis mere eller mindre fastlagt retningslinje«. Det må bemærkes, at adoptionssager skal være individuelt bestemte, men hvis der lovligt eksisterer en praksis, kan man naturligvis redegøre herfor, og bør altså også gøre det, men bortset herfra har ombudsmandens henvisning til hovedhensyn formentlig næppe hjulpet adoptionsnævnet meget. Udtalelsen har i hvert fald ikke bragt mig nærmere en forståelse af skønnets komplicerede karakter, og større vejledning findes heller ikke i udkastet til en forvaltningslov, der blot gengiver ombudsmandens krav om angivelse af hovedhensyn.

Habilitet⁽³⁾

Ved (speciel) habilitet forstår *Poul Andersen* (s. 443) at den pågældende »står under stærk indflydelse af interesser, som må anses for egnede til at øve en usaglig indflydelse på vedkommendes befatning med sagen«. En sådan habilitet medfører, at den pågældende må undlade at befatte sig med sagen.

For så vidt angår hierarkisk organiserede myndigheder må i almindelighed henvises til de forvaltningsretlige fremstillinger. Her skal kun nævnes det forhold, at de tidligere udbredte »formid-

dagsben«, i det omfang de stadig eksisterer, kan frembyde et problem i henseende til lovudkastets §3, 3), hvorefter en person er inhabil, hvis sagen vedrører klage over en myndighed, og vedkommende tidligere har medvirket ved den afgørelse, som sagen angår.

Et særligt problem i denne henseende opstår, hvis en ministeriel tjenestemand i det ministerium, hvis afgørelse indbringes for et uafhængigt ankenævn, er medlem af dette nævn. Det vil i så fald ofte være umuligt at fastslå, om den pågældende »har medvirket ved den afgørelse«. Et tilsvarende problem opstår, hvis en ministeriel tjenestemand har deltaget i en afgørelse, der er truffet af et administrativt nævn, når denne afgørelse kan indbringes for ministeren. I begge tilfælde beror vanskeligheden på, at man ikke let kan udskille enkeltpersoner som beslutningstagere i en hierarkisk organiseret institution.

Hovedreglen må være, at der gælder de samme habilitetsregler for administrative nævn som for hierarkisk opbyggede organer. Bemærkningerne til justitsministeriets lovudkast siger herom:

»På en lang række forvaltningsområder er denne uskrevne grundsætning blevet udfyldt med udtrykkelige forskrifter om spørgsmålet i forhold til forskellige kollegialt sammensatte forvaltningsmyndigheder (nævn og råd). En undersøgelse, som justitsministeriet gennemførte i løbet af 1973, gav således til resultat, at der på dette tidspunkt eksisterede over et hundrede sådanne bestemmelser. Disse bestemmelser frembyder indbyrdes adskillige variationer. Nogle går ud på, at gøre retsplejelovens regler anvendelige gennem en henvisning hertil, andre på tilsvarende måde at give en tilsyneladende udtømmende, men fra retsplejeloven afvigende opregning af inhabilitetstilfæl-

de, og atter andre på alene at regulere enkelte typer af interessekonflikter, som antages at kunne opstå særligt hyppigt på det pågældende forvaltningsområde. Disse udtrykkelige forskrifter har imidlertid ikke bidraget til at afklare retstilstanden, idet det almindeligvis antages, at der hverken kan sluttes analogt eller modsætningsvis fra de specielle forskrifter. I praksis er der således statueret inhabilitet ikke blot på ulovbestemte områder, men også - på områder for hvilke der gælder forskrifter om forholdet - uden for de lovbestemte tilfælde.

Denne udvikling har resulteret i, at der kan herske nogen usikkerhed med hensyn til, hvad der på et givet - det være sig lovreguleret eller et ulovreguleret - forvaltningsområde må antages at gælde om inhabilitet.

Dette er den principielle begrundelse for, at man i lovudkastet har foreslået en række almindelige regler om inhabilitet i forvaltningen.

Ved medlemskab af uafhængige administrative nævn opstår spørgsmålet om et medlems personlige og strukturelle uafhængighed. Strukturel uafhængighed er identisk med det traditionelle spørgsmål om inhabilitet, altså spørgsmålet om hvorvidt alene den pågældendes tilknytning til en bestemt organisation kan bewirke, at han er inhabil. Den personlige uafhængighed vil sige, at den pågældende ikke er underkastet instruktioner fra hierarkisk overordnede. Det er umuligt at nå frem til et realistisk habilitetsbegreb, hvis ikke begge forhold tages i betragtning.

Den strukturelle uafhængighed er behandlet i lovudkastets §3,3), hvorefter der er tale om inhabilitet, når vedkommende deltager i ledelsen af eller iøvrigt har tilknytning til bl.a. en forening, der har særlig interesse i sagens udfald. Den-

ne bestemmelse synes alene at være møntet på nævnsmedlemmer, der er knyttet til private foreninger m.v., og hverken denne bestemmelse eller andre af udkastets bestemmelser behandler det forhold, at f.eks. et ministerium ifølge loven skal udpege et medlem af det uafhængige nævn og udpeger en tjenestemand i det pågældende ministerium.

Uanset hvilke principielle uafhængighedskrav man vil opstille, er det indlysende, at i praksis - i hvert fald over et længere tidsrum - vil et sådant medlem være underkastet instruktion fra det ministerium, hvori han er ansat. Om nogen personel uafhængighed kan der altså ikke være tale. Det siger sig selv, at det kan føre til helt uløselige problemer, hvis f.eks. flertallet af et nævns medlemmer er underkastet lovens habilitetskrav, samtidig med at eventuelle tjenstemandsmedlemmer er underkastet instruktion. Når selve formålet med at nedsætte sådanne nævn er at skabe uafhængighed, må en ministeriel instruktion, hvad enten den er formel eller uformel, betragtes som »usaglig indflydelse«, jfr. Poul Andersens definition.

Ifølge udkastets §5 må den, der er inhabil som hovedregel ikke medvirke ved sagens behandling. Spørgsmålet er, om denne regel også omfatter medvirken ved deltagelse i nævnets sekretariat. Der findes f.eks. tilfælde, hvor et nævns sekretariatsforretninger udøves af et ministerielt kontor. Hvis der er rekurs til ministeriet, kan dette kontor så medvirke ved den ministerielle behandling? Også de øvrige problemer i forbindelse med forholdet mellem ministerium og nævn, der er anført foran, vil få tilsvarende betydning for så vidt angår sekretariatet. Problemet er ikke omtalt i justitsministeriets lovudkast.

For så vidt angår et medlems person-

lige uafhængighed skal jeg alene behandle spørgsmålet om interesseorganisationers forhold til de medlemmer, de har udpeget.

Ved nedsættelse af domstolslignende administrative nævn er det indlysende, at også medlemmer, der er valgt af interesseorganisationerne, er uafhængige af de organisationer, der har valgt dem, i den forstand at organisationerne ikke er berettiget til at instruere sine repræsentanter om, hvilken stilling de skal tage i de enkelte sager. Det er vanskeligere at afgøre spørgsmålet for så vidt angår de kollegiale organer, der udøver sædvanlige administrativ virksomhed. Det er indlysende, at de pågældende interesseorganisationer har valgt deres nævnsmedlemmer, fordi disse skal varetage organisationens interesser i den pågældende forvaltningsgren, og interessensynspunktet er ofte understreget af lovgivningen derved, at interesserepræsentanterne udpeges i par f.eks. een fra arbejdsgiverforeningen og een fra den faglige forening af arbejdstagere.

I sådanne tilfælde kan der opstå den situation, at §3,3), i lovudkastet simpelt hen ikke vil kunne fungere. Hvor det nævnte paritetsforhold er klart udtrykt i lovgivningen, kunne vanskelighederne måske overvindes derved, at man ved en tilføjelse til forvaltningsloven undtog voldgiftslignende organer, men i de tilfælde, hvor mange indbyrdes modstridende interesser er organisatorisk repræsenteret, kan det traditionelle habilitetsbegreb hverken anvendes eller omgås.

Kommunalreformen har som bekendt ført til, at habilitetsspørgsmålet har fået en voksende aktualitet inden for dette område. Den kommunale styrelseslov, lovbeK. nr. 188 af 22. april 1981 §14, stk. 1, har sin egen habilitetsbestemmelse, der henlægger det til kommunalbesty-

relsen at afgøre, hvorvidt et medlem har en sådan interesse i en sag, at han er udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens forhandling og afstemning om sagen. Udkastet til en forvaltningslov og bemærkningerne hertil omtaler i realiteten ikke særligt kommunalbestyrelsens eventuelle inhabilitet.

De sager, der rejses i så henseende, behandles af tilsynsmyndighederne, ombudsmanden eller domstolene. De trufne afgørelser kan - hvad enten denne bestemmelse vil blive påberåbt eller ej - omfattes af lovudkastets § 3,1), hvorefter den, der virker inden for den offentlige forvaltning er inhabil i forhold til behandling af en bestemt sag, hvis vedkommende har en særlig økonomisk eller personlig interesse i sagens udfald eller tidligere i samme sag har været repræsentant for nogen, der har en sådan interesse.

De retsvidenskabelige fremstillinger af dette spørgsmål viser klart, hvor forskelligt habilitetsspørgsmålet inden for kommunestyret er fra habilitetsspørgsmål inden for andre områder af den offentlige forvaltning, og derfor hvor vanskeligt det er at træffe en afgørelse i de enkelte tilfælde. Årsagen er naturligvis, at kommunen er en begrænset lokal enhed, hvor den del af befolkningen, der er politisk aktiv, er overskuelig. Desuden har kommunen en generel dirigerende funktion, således at de generelle synspunkter meget let kommer på tværs af de personlige interesser. Der er trods alt noget rigtigt i den traditionelle formulering, at kommunalbestyrelsen har såvel »lovgivende« som »udøvende« beføjelser.

En folketingsmand, der er lærer i folkeskolen, kan naturligvis deltage i vedtagelsen af en skolelov, og har vel ovenikøbet særlige chancer for at kunne deltage i det lovforberedende arbejde, men må en

folkeskolelærer, der er medlem af en kommunalbestyrelse, deltage i afgørelser vedrørende det lokale skolenævn, hvori han er ansat? Og må erhvervsdrivende, der er medlemmer af kommunalbestyrelsen, yde leverancer til kommunen eller - endnu værre - deltage i konkurrencen om, hvem der skal have disse leverancer?

Jeg skal ikke komme ind på de mange afgørelser, der allerede er truffet af tilsynsmyndighederne på dette område, men alene understrege, at de i mange tilfælde indebærer konflikter, der er særlige for kommunestyret. Hverken de enkelte afgørelser eller den foreliggende litteratur giver nogen klar vejledning for habilitetsproblemets specielle karakter i den kommunale forvaltning. På den anden side har problemet efterhånden antaget en sådan størrelse, at tiden måske er inde til at løse det ved et mere deltageret formelt regelsæt end det nugældende.

Erik Harder (s. 153), hvis fremstilling stort set hviler på praksis, omtaler habilitetsproblemet således: »Den reelle grund til, at inhabilitetsspørgsmål rejses er, at der ikke foreligger en umiddelbar tillid til, at medlemmet vil løse konflikten mellem modstridende loyalitetshensyn til kommunens fordel«. Allerede her ved er vi inde i en realistisk drejning af habilitetsproblemet specielt i kommunerne, som nok kan give anledning til selvstændige overvejelser med tillidsspørgsmålet som udgangspunkt.

Afsluttende skal det bemærkes, at justitsministeriets lovudkast, dersom det gennemføres, ikke vil gøre det lettere for den administrative teori at finde ud af, hvad man skal forstå ved offentlig forvaltning. Udkastets § 1 fastslår ganske vist, at loven skal gælde for alle dele af den offentlige forvaltning, hvilket er den samme formulering, som findes i offentlighedslovene fra 1964 og 1970, men si-

ger intet nærmere om, hvad der skal forstås herved.

For så vidt angår statsforvaltningen udtaler lov om revision af statens regnskaber, nr. 321 af 26. juni 1975 sig indledningsvis generelt - »statens regnskaber« - men tilføjer, at rigsrevisionen i fuldt omfang skal omfatte regnskaber fra institutioner, foreninger, fonde m.v., hvis udgifter eller regnskabsmæssige underskud dækkes ved statstilskud eller ved bidrag, afgift eller anden indtægt i henhold til lov. Reelt betyder det, at disse institutioner er en del af statsapparatet i revisionsmæssig henseende.

Udkastet til forvaltningslov omfatter

lige som offentlighedsloven »den offentlige forvaltning«, men tilføjer, at vedkommende minister kan fastsætte regler om, at loven skal gælde for de nævnte institutioner m.v., som altså ikke uden videre henregnes til den offentlige forvaltning i henseende til reglerne om sagsbehandling.

Det er vanskeligt at se, at pragmatiske hensyn kan retfærdiggøre en varierende anvendelse af begreberne, men som forholdene er, vil den offentlige forvaltning altså være et organisatorisk begreb, der må fastlægges for hver enkelt lov, der anvender begrebet.

(1) *Lovhjemmel*. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 4. udg. Kbh. 1964, 387 ff, Juridisk Grundbog, W. E. von Eyben (Red) 3. udg. I, Kbh. 1975, 206 ff, Ole Nørgaard Madsen, Planlægning i offentlige forvaltning, 2. udg. Århus, 1980, 61 ff, Bent Christensen, Forvaltningsret. Hjemmels-spørgsmål, Kbh. 1980.

(2) *Begrundelse*. Poul Andersen anf. v. 313 ff; Juridisk Grundbog 169 ff; Carl Aage Nørgaard, Forvaltningsret. Sagsbehandling, 2. udg. ved Jens Garde, Kbh. 1981, 169 ff.

(3) *Habilitet*. Poul Andersen anf. v. 313 ff; Erik Harder, Dansk Kommunalforvaltning I, 2. udg. 1974, 163 ff; Juridisk Grundbog 233 ff; Carl Aage Nørgaard anf. v. kap. II (47 ff).