

Om saglig kommunalforvaltning

*og kommunalbestyrelses-
medlemmers habilitet*

STEEN RØNSHOLDT

G · E · C Gad · København

1987

© G·E·C Gads Forlag, 1987

Omslag ved Axel Surland

Sat og trykt i Bianco Lunos Bogtrykkeri A/S, København

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse af denne bog eller dele af den er ikke tilladt ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Alle rettigheder forbeholdes.

ISBN 87-12-77937-7

Denne afhandling er af Det Juridiske Fagråd ved Københavns Universitet antaget til offentligt at forsvares for den juridiske doktorgrad.

Vagn Greve
Det Juridiske Fagråd

Forsvaret finder sted torsdag den 25. juni 1987 kl. 14.00 præcis i Anneks Auditorium A, Studiestræde 6 o.g.

Forord

Afhandlingen bygger i vidt omfang på utrykt materiale hidrørende fra de kommunale tilsynsmyndigheder, d.v.s. Tilsynsrådene og Indenrigsministeriet. Jeg har fra disse myndigheder – og især disses enkelte ansatte – mødt stor imødekommenhed og modtaget stor hjælp med at fremskaffe det relevante materiale.

Tre personer har på forskellig vis formelt været knyttet til projektet: *Rut Hynne* har forestået den meget omfattende renskrivning af manuskripterne. *Gerd Battrup* har i en periode – som videnskabelig medhjælp finansieret af Det Samfundsvidenskabelige Forskningsråd – ydet værdifuld bistand med indsamling og bearbejdning af litteratur og afgørelser. *Jette Lauridsen* har – som studentermedhjælp delvis finansieret af Det Samfundsvidenskabelige Forskningsråd – ydet et stort og samvittighedsfuldt arbejde med korrekturlæsning samt udarbejdelse af sags- og stikordsregistre.

Der er af G·E·C Gads Fond ydet støtte til bogens udgivelse.

Under arbejdet med afhandlingen har jeg været tilknyttet Det retsvidenskabelige Institut B, hvor miljøet for mig – i såvel personlig som faglig henseende – har været meget frugtbart.

Min hjerteligste tak til alle.

Maj 1987

Steen Rønsholdt

Indholdsfortegnelse

Forord
Indledning

Første del
Forhold af grundlæggende betydning for habilitetsspørgsmålet

Kapitel I
Habilitetskravene i historisk perspektiv 25

1. Indledning 25

2. Den offentlige kompetencestrukturens udvikling..... 28

 2.1 Det centrale og regionale plan 29

 2.2. Det lokale plan: Købstæderne 33

 2.3. Det lokale plan: Landet..... 37

3. Om etableringen og indholdet af de for domstolene gældende habilitetskrav..... 42

 3.1. Den skrevne regulering før retsplejeloven 42

 3.2. Habilitetsreguleringen omkring år 1800 44

 3.2.1. De til grund for habilitetskravene liggende hensyn .. 47

 3.3. Etableringen af den nugældende habilitetsregulering..... 51

4. Forholdet mellem de for administrative myndigheder og domstole gældende habilitetskrav..... 54

 4.1. Udskillelsen af de for domstole gældende habilitetskrav til alene at omfatte dommere..... 56

 4.2. Etableringen af de for administrative myndigheder gældende habilitetskrav 63

 4.2.1. Fremkomsten af kommunale habilitetskrav 63

 4.2.2. Etablering af almindelige forvaltningsmyndigheder gældende habilitetskrav 67

Kapitel II
Neutralitet og upartiskhed som habilitetskravenes grundlag i forhold til forskellige myndigheds- og afgørelsestyper 74

Indholdsfortegnelse

Kapitel III

<i>Retssikkerhed og habilitetskrav</i>	90
Ekskurs til kapitel II og III: Om begreberne judiciel og administrativ som grundlag for habilitetskravenes afgrænsning	101

Kapitel IV

<i>Almindeligt om retsgrundlagets karakter og indhold</i>	105
Fremmed ret	114
Svensk ret	116
Tysk ret	119
Engelsk ret	126

Kapitel V

<i>De til grund for habilitetskravene liggende hensyn</i>	133
1. Garantihensynet	135
2. Tillidshensynets indhold og anerkendelse	136
2.1. Kan tillidshensynet i sig selv danne grundlag for at statuere inhabilitet	140
2.2. Tillidshensynets grundlag	144
3. Modhensyn	151

Anden del

De specielle habilitetskrav

Indledning om terminologi og begreber af betydning for analysen af praksis	156

Kapitel VI

<i>Specielle habilitetskrav vedrørende interesser af privat karakter</i>	162
1. Interessebegrebet	162
2. Graden af tilknytning	166
2.1. Graden af sandsynlighed for eksistensen af en inhabilitetsbe- grundende interesse	171
2.2. Interessens tidsmæssige placering	179
2.2.1. Reguleringen af tilknytningsforhold som i tid ligger før den primære sags behandling og afgørelse	181
2.2.2. Reguleringen af tilknytningsforhold som i tid ligger efter den primære sags behandling og afgørelse	185

Indholdsfortegnelse

2.3. Sagsbehandlingsstadier	193
2.4. Den primære afgørelses form	211
2.5. Dobbeltroller og maskeskift	218
2.6. Forholdet mellem formidlede og uformidlede interesser....	230
3. Interessens materielle karakter	238
3.1. Samspillet mellem bedømmelsen af tilknytningsforholdets art og grad og den primære sags materielle karakter	244
3.2. Reguleringens materielle genstand som grundlag for bestem- melsen af interessens materielle karakter	255
4. Interessens omfang	267
5. Den primære afgørelses karakter	278
6. Bedømmelselementer som rækker ud over vedkommende kom- munalbestyrelsesmedlems tilknytningsforhold	282
6.1. Kumulation eller individualisering som grundlag for interes- sevurderingen	282
6.2. Habilitetskravenes objektive/subjektive karakter	285
6.2.1. Betydningen af at vedkommende kommunalbestyrel- sesmedlem betragter sig som inhabil	288
6.2.2. Betydningen af et kommunalbestyrelsesmedlems manglende evne eller vilje til at respektere habilitets- kravene	289
7. Initiativ-, afgørelses- og oplysningspligt	291
7.1. Almindeligt om begrebernes indhold	291
7.2. Oplysningspligtens afgrænsning	293
7.3. Sammenhængen mellem oplysningspligt og habilitetskravenes afgrænsning	295
7.4. Sammenfatning	304
7.4.1. Om mulighederne for formalisering af initiativ-, afgø- relses- og oplysningspligten	304
8. Sammenfatning og vurdering	306

Kapitel VII

<i>Specielle habilitetskrav vedrørende kommunale ansættelsesforhold...</i>	309
Indledning	309
1. Struktursager	312
1.1. Strukturbegrebets indhold	312
1.2. Struktursagen som udelukkende inhabilitetsgrund	314

Indholdsfortegnelse

1.2.1. Strukturbegrebets dominans i sager af sammensat karakter.....	320
1.2.2. Strukturbegrebets betydning i bedømmelsen af ikke-struktursager	322
1.2.3. Foreløbig sammenfatning.....	328
1.2.4. Et mønster af kriterier for slækket reguleringsintensitet.....	329
1.2.4.1. Kriteriernes indhold og indbyrdes samspil ..	343
1.2.4.1.1. Slækkelse af reguleringsintensiteten på grundlag af kriterier for graden af tilknytning.....	346
1.2.4.1.2. Slækkelse af reguleringsintensiteten på grundlag af kriterier for interessens materielle karakter	352
2. Ikke-struktursager	355
2.1. Varierende reguleringsintensitet på grundlag af materielle kriterier vedrørende løn-, arbejds- og ansættelsesforhold ...	356
2.1.1. Om arbejdsforhold i øvrigt	366
2.2. Sammenfatning	376
3. Om kommunalt ansattes habilitet i forhold til personalesager ...	378
3.1. Ansættelsessted og forvaltningsgren som udtryk for inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning	379
3.2. Ansættelsesforholdets hierarkiske placering i samspil med kriterierne ansættelsessted og forvaltningsgren	381
3.2.1. Overordnet placering som inhabilitetsårsag	382
3.2.2. Underordnet placering som inhabilitetsårsag.....	383
3.2.3. Stillinger som ikke indbyrdes er organiseret i over/underordningsforhold	387
3.2.4. Konkret interessevurdering eller formaliseret bedømmelse på grundlag af modsætningsslutninger.....	388
3.3. Sammenfatning	392
4. Ægteskab og ægteskabslignende tilknytning til kommunalt ansatte som inhabilitetsgrund	394
5. Sammenfatning og vurdering af reguleringsintensitet, form og grundlag.....	404
5.1. Om indholdet af og forholdet mellem de i praksis anvendte interessebegreber.....	407

Indholdsfortegnelse

5.1.1. Begreberne forvaltningsgren og ansættelsessted som kriterier for inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader	412
5.2. Forholdet mellem habilitetskravene gældende for henholdsvis kommunalbestyrelsen og udvalgene.....	414
5.3. Reguleringen vurderet i forhold til hensynene	421
5.4. Retspolitiske overvejelser af legislativ karakter	426

Tredje del

De generelle habilitetskrav

Indledning. Alment om generel habilitet og hensynene der ligger til grund herfor	432
Fremmed ret.....	433

Kapitel VIII

Kommunal ansættelse som årsag til generel inhabilitet i kommunalbestyrelsens udvalg.....

	442

1. Hensynene, der ligger til grund for de generelle habilitetskrav vedrørende kommunale ansættelsesforhold.....	442
1.1. Garantihensynet.....	443
1.2. Tillidshensynet	445
1.3. Det teknisk administrative hensyn.....	445
1.4. Modhensynet	447
1.5. Hensynet til ansættelsesstedets forhold.....	451
2. Kriterier af central betydning for interessevurderingen	453
3. Reguleringens forhistorie	455
4. Styrelseslovens § 29	459
4.1. Første periode efter styrelsesloven.....	463
4.1.1. Administrative funktioner som kriterium for inhabilitet	464
4.1.2. Placering i det administrative hierarki	466
4.1.3. Ansættelsesforholdets løsere/fastere karakter	468
4.2. Anden periode efter styrelsesloven	469
4.3. Sammenfatning	474
4.4. Særligt om generel habilitet som medlem af økonomiudvalget	477
4.5. Særligt om tilknytning ved ægteskab o.lign. som generel inhabilitetsgrund	481

Indholdsfortegnelse

4.5.1. Retsgrundlagets karakter og indhold i tiden før § 29, stk. 4	484
4.5.2. Praksis i perioden før § 29, stk. 4	487
5. Generelle habilitetskrav i øvrigt som disse afgrænses af kriterierne kommunale ansættelsesforhold og udvalgets kompetence	499
5.1. Afgrænsning på grundlag af kriteriet ansættelsesforhold	499
5.2. Afgrænsning på grundlag af udvalgets kompetence	503
5.3. Generel inhabilitet som borgmester	507
5.4. Særligt om kommunalt ansattes arbejde i udvalgene	510
5.5. Tilknytning uden for kommunalt regie som årsag til generel inhabilitet	512
6. Reguleringen bedømt i forhold til de specielle habilitetskrav	513
6.1. Grundlaget for at antage en mere intens regulering af speciel habilitet i udvalgene end kommunalbestyrelsen	514
6.2. Forholdet mellem de generelle habilitetskrav og de for udvalgene gældende specielle habilitetskrav	517
6.3. Forholdet mellem de specielle habilitetskrav gældende for henholdsvis stående udvalg og økonomiudvalget	523
6.4. Særligt om reguleringen vurderet på grundlag af reglerne for ægteskabelig tilknytning og lignende	524
6.4.1. Forholdet mellem de specielle habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelse og udvalg	527
7. Reguleringen bedømt i forhold til hensynene	533
7.1. Særligt om § 29, stk. 4	535
 Kapitel IX	
<i>Generelle habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser</i>	<i>542</i>
1. Retsgrundlaget	542
2. Hensynenes indhold og indbyrdes forhold	551
3. Kriterier for afgrænsningen af generelt inhabilitetsbegrundende interesser	553
3.1. Forholdet mellem speciel og generel habilitet	553
3.1.1. Afgrænsningen af de specielle habilitetskrav som indgår i bedømmelsesgrundlaget vedrørende generel habilitet	554

Indholdsfortegnelse

3.2. Kriterier for forholdet mellem speciel og generel habilitet . .	561
4. Bedømmelsesgrundlag løstrevet fra spørgsmålet om speciel habilitet	576
4.1. Foregribelse af latente interessekonflikter som en del af garantihensynet	576
4.2. Latente interessekonflikters principielle anerkendelse og placering i bedømmelsesgrundlaget	576
4.2.1. Metodiske spørgsmål	577
4.2.2. Tilfælde hvor spørgsmålet om latente interessekonflikter ikke inddrages i bedømmelsen	577
4.2.3. Tilfælde hvor spørgsmålet om latente interessekonflikter inddrages i bedømmelsesgrundlaget	582
4.2.4. Sammenfatning	594
5. Placering i det kommunale hierarki som element i habilitetsbedømmelsen	595
5.1. Kriteriets principielle anerkendelse	597
5.2. Den hierarkiske placerings betydning for tendensen til intensiveret regulering	604
6. Subjektivt udvist forhold til saglige krav og specielle habilitetskrav som grundlag for afgørelsen af generel habilitet	611
6.1. Det subjektivt udviste forholds betydning i praksis	612
7. Det af Højesteret anvendte bedømmelsesgrundlag	621
7.1. Det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet	621
7.2. Det subjektivt udviste forhold til de retlige krav	622
7.3. Graden af tilknytning set i forhold til kompetencefordelingen udvalgene imellem	622
7.4. Tilknytningsforholdets karakter	624
7.4.1. Tilknytningsforholdets formelle grundlag	624
7.4.2. Tilknytningsforholdets funktionelle karakter	625
7.4.3. Interessens materielle karakter	627
7.5. Den habilitetsmæssige betydning af placering i det kommunale hierarki	628
8. Sammenfatning og vurdering	630
8.1. Reguleringen bedømt på grundlag af de øvrige habilitets og interessetyper	633

Indholdsfortegnelse

Fjerde del

Kontrol med kommunalbestyrelsens overholdelse af gældende ret

Indledning, afgrænsning og systematik	638

Kapitel X

<i>Alment om forskellige udtryk for prøvelsens grundlag og rækkevidde</i>	642

1. Generel eller konkret prøvelse som udtryk for kontrollens rækkevidde	642
1.1. Den materielle afgrænsning af betingelserne for annulation	646
1.1.1. Om væsentlighed som udtryk for forbindelsen mellem den retlige mangel inhabilitet og den primære afgørelses saglige rigtighed	647
1.1.2. Forholdet mellem de til grund for habilitetskravene liggende hensyn og væsentlighedsvurderingen	650
1.1.3. Forholdet mellem bedømmelsen af den formelle mangels væsentlighed og en materiel bedømmelige af den primære afgørelses lovlighed/rigtighed	651
1.1.4. Den formelle mangel som prøvelsens påskud eller egentlige genstand	656
1.1.5. Om doktrinens valg mellem generel eller konkret væsentlighedsvurdering	658
1.1.5.1. Fremmed ret	658
Myndighedens og den primære afgørelses karakter som element i væsentlighedsvurderingen	659
1.1.5.2. Dansk ret	667

Kapitel XI

<i>Tilsynsmyndighedernes kontrol i habilitetssager</i>	671
1. Indledning	671
2. Der skal foreligge en retlig mangel	672
2.1. Den retlige mangels klarhed som betingelse for annulation	672
3. Kompetencefordelingen med hensyn til afgørelsen af om der foreligger inhabilitet	681
3.1. Varierende udtryk for eksistensen af en kommunalbestyrelsen tilkommende materiel kompetence	682

Indholdsfortegnelse

3.2. Tilfælde hvor tilsynsmyndighederne ønsker at gennemtvinge deres retsopfattelse	688
3.3. Tilsynsmyndighedernes dispensation fra gældende ret	692
3.4. Prøvelsens karakter af generel normering eller konkret retshåndhævelse	695
4. Tilsynsmyndighedernes praksis med hensyn til bedømmelsen af inhabilitetens væsentlighed	705

Kapitel XII

<i>Kommunal magtfordrejning som genstand for tilsynsmyndighedernes prøvelse</i>	718
1. Indledning	718
2. Begrebsmæssig afgrænsning	719
3. Almindeligt om forskellige grader af intensitet i magtfordrejningsprøvelsen	721
4. Tilsynsmyndighedernes praksis i prøvelsen af magtfordrejning ..	726
5. Gælder grundsætningen om magtfordrejning også afgørelser vedrørende kommunens indre styre	743

Kapitel XIII

<i>Tilsynsmyndighedernes prøvelse af faktum</i>	750
1. De retlige grænser for oplysning af faktum	757
1.1. Bevisbyrdeforskydning/processuel skadevirkning	761
Sammenfatning og vurdering	762

Kapitel XIV

<i>Ekskurs: En kritik af nyere magtfordrejningslære</i>	766
1. Den traditionelle magtfordrejningslæres indhold og forudsætninger	766
2. Nyere magtfordrejningslæres indhold og forudsætninger	767
3. Ideologiske forudsætninger som grundlag for vurdering af hensigtens betydning	768
4. Teoretiske konsekvenser af nyere prøvelsesteori	769
5. Den subjektive hensigt som selvstændigt i modsætning til eneste prøvelsesgrundlag	770
6. Om retsvirkningen af den usaglige hensigt som en retlig mangel ..	772

Indholdsfortegnelse

7. Om bevis(byrde) og forvaltningens hensigt.....	774
7.1. Om det i »Øvrighedsmyndighedens grænser« anvendte bevis- byrdebegreb	775
8. Hensigten som prøvelsens genstand i domspraksis	777
Kapitel XV	
<i>Det almindelige tilsyns strukturelle betingethed</i>	785
1. Legalitet eller opportunitet som grundlag for beslutning om anven- delse af retsmidler	786
2. Tilsynsmyndighedernes praksis som retskilde.....	790
2.1. Habilitetskravenes retskildegrundlag.....	792
3. Tilsynsmyndighedernes forhold til domstolsprøvelse.....	797
4. Domstolenes forhold til tilsynsmyndigheder og kommunalbesty- relser.....	802
4.1. Sammenfattende bemærkninger om forholdet mellem det almindelige tilsyn og domstolene	813
5. Afsluttende vurdering af det almindelige tilsyns funktion som retsudøver	815
Litteratur, sagsregistre og stikord.....	820
Summary	844

Første del

Forhold af grundlæggende betydning for habilitetsspørgsmålet

Indledning

Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet

I takt med kommunaliseringen af dansk forvaltning og den dermed forbundne udvidelse af de kommunale opgaver bringes temaer vedrørende saglig kommunalforvaltning og det enkelte kommunalbestyrelsesmedlems usaglige interesser i fokus. Sådanne problemstillinger er ikke nye, men accentueres stærkt af den almindelige udvikling i rettens form og indhold.

Den traditionelle forvaltningsstruktur har gennem de sidste årtier været og er stadig under stærkt pres affødt af den omfattende offentlige intervention i samfundets privatsfære. Dette forhold har som konsekvens, at offentlige og private interesser samt forskellige offentlige interesser integreres stadigt tættere. Den heraf følgende udvikling i arten og omfanget af forvaltningens opgaver nødvendiggør et åbent og fleksibelt retsgrundlag i form af rammelove og skønsmæssigt formulerede bestemmelser, hvis fortolkning eller udfyldning forudsætter et betydeligt politisk element.

Den heraf følgende svækkelse af de materielle forudsætninger for realisering af traditionelle retssikkerhedshensyn (Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt: Retfærd nr. 4 s. 68ff med henvisninger) er blevet ledsaget af, ja legitimeret ved, en ændring af de personelle kompetencenormer i retning af at overlade forvaltningskompetencens udøvelse til repræsentanter for de persongrupper og interesser, som er den offentlige reguleringsgenstand.

Kommunaliseringen af dansk forvaltning repræsenterer en central del af udtrykket for denne vægtforskydning fra retsgrundlagets materielle indhold til dets personelle og processuelle bestanddele.

Kommunalbestyrelsen konstitueres på grundlag af et folkeligt mandat. Det betyder, at forvaltningskompetencens indehavere ikke er tjenestemænd eller andre fastansatte specielt uddannede, der professionelt *forvalter* men politikere, der netop har erhvervet deres mandat på en *politisk*

engageret holdning til bl.a. rimeligheden og hensigtsmæssigheden af de ordninger og det system, de skal forvalte. Den almindelige forvaltningskompetence, som den udøves af kommunalbestyrelsen er således på politisk grundlag overladt til personer, som præsumptivt er lægfolk uden administrativ uddannelse, og som inden for kommunens grænser forudsættes at have bopæl og i vidt omfang har erhvervsmæssig og anden form for tilknytning til interesser, som traditionelt anses for at være den offentlige kompetence uvedkommende. Dette må nødvendigvis repræsentere en radikal ændring af forudsætningerne for traditionelle forvaltningsretlige krav og forestillinger om forvaltning fri for uvedkommende hensyn. Den almindeligt i teori og praksis accepterede formodning for offentlige myndigheders lovlydighed må da også have mistet noget af sin ubetingede karakter under indtryk af diverse domfældelser og sager i øvrigt om kommuners tilsidesættelse af lovgivningen (betænkning nr. 981/1983 om håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen. Og Royal Commissions on Standards of Conduct in Public Life 1976, jfr. P.W. Jackson: Local Government, third edition 1976 s. 151 om ulovligheder og korrupcion i kommunalforvaltningen). Det kan på baggrund heraf ikke undre, at habilitetskrav og andre retlige krav vedrørende saglig kommunalforvaltning pådrager sig stigende opmærksomhed.

Afhandlingens hovedemne er de for kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitetskrav og - med noget mindre vægt - de for kommunerne gældende magtfordrejningskrav samt den retlige kontrol af disse kravs overholdelse.

Habilitetskravene regulerer spørgsmålet om evnen til at indehave og udøve offentlig kompetence. De *almindelige* habilitetskrav har til formål i bred almindelighed at skabe sikkerhed for, at offentlig kompetence udøves af personer og organer, som opfylder en vis standard i henseende til faglige kvalifikationer, personlig og åndelig udvikling, tilknytning til det danske samfund samt straffri vandel (Nørgaard: Sagsbehandling v/Garde s. 49ff).

Herudover opstilles yderligere et sæt habilitetskrav, hvis sigte er sikring af neutrale og upartiske myndigheder og afgørelser. Karakteristisk for disse krav er, at de som deres genstand har vedkommende kompetenceindehavers forhold til den offentlige regulerings genstand. Det er denne sidstnævnte kategori af habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelsesmedlemmer, som er afhandlingens emne.

Disse habilitetskrav kan igen opdeles i to kategorier. De *specielle* som

Indledning

regulerer spørgsmålet, om der foreligger en interesse, der bevirker, at indehaveren af hvervet som kommunalbestyrelsesmedlem ikke må deltage i behandlingen og afgørelsen af en konkret foreliggende sag. I forhold hertil vedrører de *generelle* habilitetskrav spørgsmålet, om der foreligger interesser af en art og et omfang, som bevirker, at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem helt afskæres fra det pågældende hverv.*) Når herudover også spørgsmålet om magtfordrejning tages op, beror det såvel på den særlige forbindelse, der eksisterer mellem reglerne om henholdsvis habilitet og magtfordrejning - jfr. således Poul Andersen, der taler om habilitetskrav som regler om foregreben magtfordrejning - og - i snæver sammenhæng hermed - at karakteren og omfanget af magtfordrejningsprøvelsen er afgørende for i hvilket omfang man kan slække på habilitetsreguleringen under henvisning til, at magtfordrejning og dermed den trufne afgørelses materielle lovlighed er omfattet af efterfølgende retlig kontrol.

Den omhandlede retlige regulering er hovedsageligt casuistisk funderet. Det stigende antal af især habilitetsafgørelser nødvendiggør en retsvidenskabelig analyse og systematisering. Målet hermed er dels en retsdogmatisk klarlæggelse af gældende ret med hertil hørende retspolitiske overvejelser over og stillingtagen til formen for og indholdet af såvel den autoritativt fastsatte normering som de praktiserede retlige krav i øvrigt. Men herudover er sigtet nok så meget afdækning af (retskilde)grundlaget for de retlige krav etablering og udvikling. Begge disse målsætninger forudsætter en grundig analyse af de retsanvendende myndigheders bedømmelsesgrundlag og begrebsanvendelse. Spørgsmålet herom accensueres af, at det omhandlede retsområde har været præget af store bevægelser og eksempler på enkeltafgørelser, som vurderet på grundlag af en mere traditionel retskildeopfattelse og retsfølelse - må betegnes som opsigtsvæk-

*) Terminologien er med hensyn til generel inhabilitet forskellig i de enkelte fremstillinger. Poul Andersen benytter begrebet *speciel habilitet i vid forstand* (Dansk forvaltningsret s. 444). Nørgaard benytter terminologien *almindelig habilitet* som samlebetegnelse for samtlige de krav, der må være opfyldt for, at en person kan være lovlig udnævnt eller valgt til et offentligt hverv, medens de generelle habilitetskrav benævnes *negative habilitetskrav* (Sagsbehandling s. 45). Harder anvender - ligesom denne fremstilling - begrebet *generelle habilitetskrav* (Dansk kommunalforvaltning I s. 309). Samme terminologi anvendes af Eckhoff (Forvaltningsret s. 419).

kende. Dette i forbindelse med at retsområdet er kendetegnet ved ingen eller spredt og tilfældig domstolsprøvelse, og derudover hovedsageligt forstås af myndigheder med væsentlige politiske islæt, kan give anledning til at sætte spørgsmålstegn ved retsformen som sådan.

Afhandlingen bygger i vidt omfang på materiale, som ikke tidligere er offentliggjort. Dette gælder især afgørelser truffet af kommunerne og det almindelige kommunale tilsyn. Herudover inddrages også ombudsmandens afgørelser og den sparsomme domspraksis, der findes på området. Fremstillingen bygger alene på autentisk materiale. Der er således ikke gjort forsøg på at kompensere et i praksis mangelfuldt belyst område ved konstruerede eksempler.

For så vidt angår materialet hidrørende fra tilsynsrådene, er dette søgt indsamlet med henblik på opnåelsen af en så høj grad af repræsentativitet som muligt. Ved udvælgelsen af de tilsynsråd, hvis samlede praksis er gennemgået, er blevet lagt vægt på såvel geografisk som demografisk spredning. I øvrigt foreligger materiale fra samtlige tilsynsråd og indenrigsministeriet. Deadline for inddragelse af litteratur og andet materiale har været ultimo 1985.

Afhandlingen er systematisk opdelt i fire hovedafsnit. I det første behandles en række forskellige spørgsmål af overordnet og grundlæggende betydning for habilitetsproblematikken. Anden del omfatter fremstillingen af de for kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende specielle habilitetskrav, medens tredje del omhandler de generelle habilitetskrav. Fjerde og sidste del omfatter den retlige kontrol med kommunalbestyrelsens overholdelse af de omhandlede retlige krav.

Systematisk er første del bygget således op, at kapitlerne vedrørende de mest overordnede/abstrakte spørgsmål er anbragt først, hvorefter rækkefølgen af de enkelte kapitler er bestemt af graden af disses operative relevans for den efterfølgende fremstilling af habilitetskravene i afhandlingens anden og tredje del. Første del indledes således med et kapitel om habilitetskravene i historisk perspektiv (I). Fremstillingen heraf søger på én gang - omend på forskellige niveauer - at skildre det retsdogmatiske udviklingsforløb og herudover at give et bud på retsudviklingens sammenhæng med specifikke træk af samfunds- og især statsformens udvikling. Resultaterne heraf føres videre i det efterfølgende kapitel om den indholdsmæssige betingethed, som kendetegner bestemmelsen af begreberne neutralitet og upartiskhed, som disse begreber indgår i habilitetskravene

Indledning

gældende for forskellige myndigheds- og afgørelsestyper (II). Spørgsmålet herom er igen snævert forbundet med det i det følgende kapitel omhandlede spørgsmål om de retssikkerhedshensyn og hertil hørende begreber, som på én gang fungerer som referensramme for og normativt krav til den retlige reguleringens indhold og rækkevidde (III). Som afrunding af kapitel II og III følger en ekskurs, i hvilken det - på grundlag af engelsk ret - overvejes, om den nærmere afgrænsning af habilitetskravene lader sig foretage på grundlag af myndighedens og afgørelsens judicielle eller administrative karakter.

Kapitel IV som - i lighed med kap V - er af direkte operativ relevans for fremstillingen af habilitetskravene i afhandlingens anden del, omhandler retsgrundlagets karakter og indhold. Fremstillingen af retsgrundlaget er almindelig i den forstand, at den hovedsagelig omfatter overordnede spørgsmål gældende for samtlige habilitetskrav, herunder forholdet mellem uskreven og skreven ret, og for så vidt angår sidstnævnte om det mulige og hensigtsmæssige i at etablere et retsgrundlag, der - som forvaltningsloven - gælder for hele forvaltningen - og samtidig prætenderer at være udtømmende.

Som den direkte overgang til andet hovedafsnit følger endelig et kapitel om den mere specifikke bestemmelse af de til grund for habilitetskravene liggende hensyn, d.v.s. de hensyn som grundlæggende styrer habilitetskravenes indhold, og (derfor) også fungerer som afgørende målestok for vurdering af reguleringens adækvans (V).

Afhandlingens anden del omfatter to kapitler om de specielle habilitetskrav vedrørende henholdsvis kommunalbestyrelsesmedlemmers privatøkonomiske interesser (VI) og interesser som udspringer af vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems kommunale ansættelse (VII). De efterfølgende to kapitler i tredje del omhandler så de generelle habilitetskrav vedrørende de tilsvarende interessetyper (VIII og IX). Afgrænsningen af tilknytning ved kommunal ansættelse og tilknytning på privat/økonomisk grundlag som habilitetsspørgsmålets årsag beror dels på de grundlæggende forskelle, der karakteriserer disse interessetyper, og dels at disse to interessetyper omfatter samtlige forhold af væsentlig betydning for kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet.

Afhandlingens fjerde og sidste del indledes med nogle overordnede betragtninger over den retlige kontrols karakter og forskellige udtryk og begreber for den retlige prøvelses grundlag, udstrækning og genstand (X).

Der lægges i denne sammenhæng især vægt på forholdet mellem prøvelsen af sagsbehandlings- (proces)mangler og forskellige grader af egentlig materiel prøvelse. Spørgsmålet herom er ikke blot af betydning for prøvelsen af inhabilitet men også for prøvelsen af magtfordrejning i forbindelse med eller uafhængigt af inhabilitet.

Herefter følger så et kapitel (XI) om karakteren og rækkevidden af tilsynsmyndighedernes retlige kontrol i habilitetssager. Efter en almindelig gennemgang af betingelserne for tilsynets anvendelse af retsmidler følger nogle afsnit om tilsynsmyndighedernes faktiske administration af den retlige kontrols forskellige niveauer. Således spørgsmålet om kontrollens karakter af abstrakt eller konkret prøvelse, i forhold til såvel spørgsmålet om afgrænsningen af retsgrundlaget (jus) som spørgsmålet om den retlige mangels betydning for den trufne afgørelses materielle lovlighed i øvrigt.

I det efterfølgende kapitel (XII) gøres de tilsvarende spørgsmål til genstand for særskilt behandling i forhold til problemstillingen kommunal magtfordrejning.

Også tilsynsmyndighedernes prøvelse af faktum i såvel habilitets- som magtfordrejningssager udskilles til særskilt behandling (XIII).

Herefter følger som ekskurs et kapitel om og kritik af nyere magtfordrejningslære (XIV). Når dette kapitel betegnes ekskurs, beror det på, at emnet - som umiddelbart omhandler teori og praksis vedrørende domstolsprøvelse - synes at have såvel principiel som faktisk betydning for karakteren og udstrækningen af det almindelige tilsyns retlige prøvelse i almindelighed og magtfordrejningsprøvelse i særdeleshed.

Afhandlingens sidste kapitel (XV) omfatter forskellige forhold af betydning for belysningen af det almindelige tilsyns strukturelle betingethed. Spørgsmålet herom omfatter forhold, som direkte har deres udspring i selve tilsynssystemet. Det vil sige: Sammensætningen af tilsynets opgaver. Forholdet mellem legalitets- og hensigtsmæssighedskontrol. Forholdet mellem tilsynsmyndighederne indbyrdes (indenrigsministeriet og tilsynsrådene). Forholdet mellem tilsynsmyndighederne og kommunalbestyrelserne. Men herudover inddrages også faktorer af mere indirekte betydning. Herunder tilsynsmyndighedernes forhold til domstolene. Og domstolenes forhold til tilsynsmyndighederne. Dette samlede kompleks af sammenhænge og relationer fører ud i nogle grundlæggende overvejelser af retskildemæssig karakter, hvorefter kapitlet - og afhandlingen - afsluttes med nogle retspolitiske overvejelser over og kritik af retstilstanden på området.

Indledning

I det følgende vil kursiveringer i teksten være forfatterens, medmindre andet anføres.

Kapitel I

Habilitetskravene i historisk perspektiv

1. Indledning

De til grund for habilitetskravene liggende hensyn: At sikre rigtige afgørelser og de retsundergivnes tillid til offentlige institutioner, d.v.s. den offentlige virksomheds legitimation, er grundlæggende for et consensusorienteret retssystem. Derimod er disse hensyns specifikke indhold og rækkevidde naturligvis historisk betingede udtryk for den samfunds- og statsform, som er habilitetsreguleringens genstand.

Habilitetsregler er udtryk for og afledt af krav om *adskillelse mellem funktionen som udøver af magt og funktionens indehaver som person*. Som sådant er habilitetsbegrebet formentlig lige så gammelt som tanken om at lade stridigheder afgøre af udenforstående personer/instanser. Habilitetskravene har da også deres udspring i retsplejen. Som følge heraf har de klassiske habilitetsgrundsætninger domstolene som deres genstand, jfr. sætningerne om *nemo iudex in re sua*, *no man a judge in his own case*, *niemand darf Richter in sein eigenen Sache sein* og ingen dommer maae dømme i de sager, som hannem selv gielde paa.

I forhold til dommeren i en tvist mellem to ligestillede parter er kravet om neutralitet og uhildethed en selvfølgelighed. Domstolsinstituttets ræson er i forhold til sagens parter netop, at dommeren står uden for disse i betydningen, at dommeren er neutral og uhildet i forhold til de i sagen involverede interesser /parter.

Men hermed hører selvfølgeligheden også op. Selv ikke det ovenfor refererede meget enkle habilitetskrav kan - hverken i henseende til interessens materielle karakter eller graden af tilknytning - uden videre lægges til grund som det givne udgangspunkt for andre offentlige funktioner end netop dommerens i en tvist. Adskillelsen af henholdsvis offentlig og privat (retlig) kompetence og de heraf udspringende interesser er resultat af en gradvis historisk proces, hvis udgangspunkt er et samfund

Første del. Kap.I.1.

kendetegnet ved dyb integration af en spinkel offentlig (retlig) struktur i samfundets dominerende private sfære.

Så meget mindre har adskillelse af forskellige offentlige funktioner og dermed interesser kunnet være udgangspunktet for en myndighedsstruktur kendetegnet ved en meget høj grad af »enhedsforvaltning«.

Historisk er en retstilstand, som bygger på forudsætningen om adskillelse af interesser, hvis udspring er samfundets private og/eller offentlige sfære, separering af forskellige former for offentlig virksomhed herunder adskillelse af forvaltning og dømmende myndighed, resultat af en fortløbende dynamisk proces.

Anskuet i et større perspektiv er habilitetskravene blot at betragte som en del af den samlede offentligretlige kompetencestruktur, hvis grundlæggende udviklingstræk har været udvidelse af kompetencens materielle omfang - og i snæver forbindelse hermed - en stadig højere grad af bureaukratisering og specialisering af kompetencestrukturens organer og personer.

Habilitetskrav, som rækker ud over det klassiske krav om upartiskhed gældende for dommeren i en tvist, er snævert bundet til den offentlige magts *bureaukratisering*. Som bureaukratiets kendetegn kan med udgangspunkt i Max Weber (Makt å byråkrati) angives følgende kendetegn:

Den offentlige myndigheds organisering på grundlag af fast afgrænsede (regelbundne) og dermed indbyrdes adskilte kompetencer.

Adskillelse af myndigheds og privatsfære. Herunder separering af den enkelte myndighedsperson/embedet fra privatlivet udspringende interesser.

Etablering af en *professionel* embedsstand, med monopol på offentlige embeder.

Den enkelte embedsbesættelse sker ved *udnævnelse* på grundlag af regler, herunder krav om professionel *uddannelse*.

Embedet lægger principielt beslag på indehaverens fulde arbejdskraft.

Embedet besættes principielt livsvarigt og/eller dets tidsmæssige varighed er reguleret ved regler.

Embedsførelsen er vederlagt med *fast løn*.

Embedsudøvelsen sker på grundlag af *regler*.

Kap.I.1.

Etableringen af disse helt grundlæggende bureaukratiske kendetegn er resultat af et historisk forløb præget af alle tænkelige overgangsformer og blandingsforhold. (Om bureaukratiseringens forudsætninger, se Max Weber op.cit. s. 115-124).

Habilitetskravene må under et betragtes som en del af bureaukratiseringens udtryk og forudsætning. Samtlige de i indledningen anførte tre kategorier af habilitetskrav sigter således grundlæggende - omend på forskellige niveauer - mod uretmæssig anvendelse af offentligretlige beføjelser. Herunder især varetagelse af kompetenceindehaverens (egne) private interesser, men også mod sammenblanding af forskellige offentlige funktioner og interesser. Helt overordnet - i sidste instans - sigter disse retlige krav mod hensynet til legitimeringen af staten som *retsstat*. I overensstemmelse hermed kan tidsfæstelsen af udviklingens gennembrud sættes til perioden for etableringen af den borgerlige *retsstat*, d.v.s. til den sene absolutisme (Dahlberg-Larsen s. 29-59. Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns* Band 2, s. 522-47 især s. 524-26).

Det er således under enevælden, at de organisatoriske forudsætninger for udviklingen af *retsstaten* og dermed de moderne habilitetskrav etableres. Anerkendelse og gennemførelse af princippet om magtadskillelse. Den offentlige kompetences faglige kvalificering, herunder afviklingen af et system kendetegnet ved embedsbesættelse på grundlag af privilegier og nådesakter. Etableringen af en egentlig embedsstand og et bureaukrati.

Som grundlag for fremstillingen sættes følgende teser:

- At habilitetskravene har deres udspring i *retsplejen*.
- At de almindelige bureaukratiske organisationsprincipper først gennemføres i forhold til domstolene. (Domstolenes formelle uafhængighed er det helt afgørende element i legitimeringen af staten som *retsstat*)
- At udviklingen af mere detaljerede habilitetskrav gældende for domstolene må ses i sammenhæng hermed og som udtryk herfor.
- At de for forvaltningsmyndigheder gældende habilitetskrav er afledte *retsplejekrav*.
- At spørgsmålet om særlige forvaltningen gældende habilitetskrav først aktualiseres med adskillelsen af dømmende og udøvende magt.
- At de specielle habilitetskrav - og de generelle habilitetskrav som sigter

Første del. Kap.I.2.

mod foregribelse af speciel inhabilitet - primært afspejler hensynet til retssikkerhed i snæver forstand, som dette hensyn klart kommer til udtryk i domstolsprocessen.

- At udviklingen af de specielle habilitetskrav gældende for forvaltningen i overensstemmelse hermed er udtryk for en almindelig judicialisering af forvaltningsprocessen.
- At udviklingen af de for kommunerne gældende habilitetskrav må forstås på baggrund af, at den kommunale forvaltning kun i modificeret form lader sig omfatte af den almindelige bureaukratiseringsproces, som har kendetegnet forvaltningens udvikling i almindelighed.
- At de kommunale habilitetskrav derfor i vidt omfang også fungerer som substitut for de (stats)forvaltningen i øvrigt gældende almindelige bureaukratiske principper, hvis hovedsigte ikke er retssikkerhed i snæver forstand.

Fremstillingen vil systematisk blive inddelt i tre hovedafsnit: Om den offentlige kompetencestrukturs udvikling (1). Om etableringen og udviklingen af de for domstolene gældende habilitetskrav (2). Om forholdet mellem de for administrative og dømmende myndigheder gældende habilitetskrav (3).

Fremstillingen bygger på en grov kategorisering i tre historiske perioder: Tiden før enevælden, enevælden og tiden efter etableringen af den moderne retsstat.

2. Den offentlige kompetencestrukturs udvikling

Selv om det ideologisk/statsretlige grundlag for enevælden var en opfattelse, hvorefter der kun eksisterer én statsmagt *), er det alligevel i denne periode, at der successivt sker en udsondring af de enkelte statsmagter og i sammenhæng hermed en udvikling af de (øvrige) organisatoriske forudsætninger for retsstaten.

*) Kongeloven opererer således ikke med adskillelse mellem retspleje og forvaltning. Den dømmende magt nævnes overhovedet ikke særskilt i forbindelse med opregningen af de øvrige statsfunktioner (Kai Frederik Hammerich: Den danske dommerstand under enevælden s. 125-27 og Højesteret 1661 - 1961 s. 8).

Kap.I.2.1.

Udviklingen kan med rimelighed opdeles i tre hovedfaser, som i stikordsform kan karakteriseres som følger:

1660 - 1730: Enevældens indførelse afføder en nyetablering af den øverste statsstyrelse med oprettelse af centralt administrative kollegier og Højesteret. Samtidig gennemføres en principielt lige adgang for adelige og borgere til embeder og gods, og der gennemføres en begyndende adskillelse af embede og embedsindehaver.

1731 - 1770: Perioden er præget af koncentrations- og professionaliserings-tendenser. Således gennemføres en omfattende kumulering af underordnede embeder, som danner grundlag for etablering af en egentlig embedsmandsstand. I forbindelse hermed udvikles bureaukratiske udnævnelsesprincipper. Perioden er generelt præget af øget embedsmandsstyre/mindre kongelig intervention.

1771 - 1848: I denne periode slår bureaukratiseringen afgørende igennem og retsstaten etableres. Adskillelsen af de enkelte statsmagter tilendebringes i det væsentlige ved oprettelsen af hof- og stadsretten, landsretterne samt nedlæggelsen af rådsstuerterne m.fl. Det patrimonielle styre på landet afvikles, og embedsmandsstyre trænger også igennem lokalt.

2.1. Det centrale og regionale plan

I den middelalderlige stat sondres nok mellem statsmagts tre funktioner: lovgivende, udøvende og dømmende magt, men disse funktioner hvilede i reglen på de samme myndigheder og personer. Herredsting, landsting og danehof udøvede i forbindelse med kongen den centrale statsmagt (J.Nellemann: Civilprocessens almindelige del 1877 s. 60. Matzen: Dansk retshistorie s. 186). Kongen/danehoffet, senere rigets råd, var både lovgiver og øverste dommer, og herudover henhørte mange administrative funktioner under disse organer/personer. Kongens direkte medvirken i retsplejen gav sig - udover sporadisk deltagelse i landstingenes virksomhed - udtryk i, at kongen på et tidligt tidspunkt rådede over sin egen domstol; rettertinget, som i vidt omfang fungerede i konkurrence med de øvrige domstole (Nellemann: Civilprocessens almindelige del, 1887 s. 61). Der

Første del. Kap.I.2.1.

eksisterede fuldstændig personsammenfald mellem kongen og rigsråderne som medlemmer af rettertinget og disse personer som indehavere af den lovgivende magt (Højesteret 1661-1961 II s. 5).

Med enevælden i 1660 etableredes centrale administrative kollegier og Højesteret, hvormed forudsætningen for den senere funktionsadskillelse på øverste retsanvendende plan er etableret (Frank Jørgensen og Morten Weitrup: Dansk centraladministration i tiden indtil 1848, s. 21-36 og 53-66. Poul Johannes Jørgensen s. 556-58)

Det forhold at rettertinget blev afløst af Højesteret indebar ikke formelt nogen svækkelse af kongens position i retsudøvelsen. I Højesteret var kongen lige som i rettertinget den egentlige dommer, medens de øvrige medlemmer var kongens bisiddere (Hammerich: Den danske dommerstand under enevælden s. 126). Selv om kun få af rettertingets medlemmer fik sæde i Højesteret og selv om også borgerlige medlemmer nu blev optaget har der formentlig ikke i de første af enevældens år eksisteret nogen stor forskel mellem disse retters arbejdsmåde og grundlag (Højesteret 1661-1961 s. 10). Ændringerne sætter først mærkbart ind i den sidste fjerdedel af 1600'tallet (op.cit. s. 10). Og først fra midten af 1700'tallet indskrænkedes kongens personlige deltagelse ved domsmagtens udøvelse til Højesterets åbning (Nellemann s. 64).

Som grundlag for en vurdering af kongens/den samlede statsmagts faktiske indflydelse på udøvelsen af den dømmende magt er det imidlertid nok så væsentligt at konstatere, at der som medlem af Højesteret hovedsagelig rekrutteredes personer fra centraladministration og militær. Den øverste ledelse af Højesteret var således på et tidspunkt sammenfaldende med ledelsen af kancelliet (Griffenfeldt var præsident for Højesteret og præsident for kancelliet i 1674, Hammerich, s. 132). De i Højesteret afgjorte sager refereredes i konciliet, der således - selv om det bestrides af den senere retsteori (Stampe) - fik karakter af en slags overinstans (Højesteret 1661-1961 I s. 277-82).

På det regionale plan repræsenterede landstingene - som appelinstant for herreds-, birke-, bytingene samt almindeligvis også for rådstueretterne, også efter enevældens gennemførelse en konsekvent udsondring af dømmende myndighed. Set i forhold hertil er oprettelsen af Højesteret således udtryk for en harmonisering af det centrale og regionale niveau, eller om man vil en fuldbyrdelse af den udvikling som på det centrale plan allerede

før enevælden var sat i gang med oprettelsen af kongens retterting (Matzen: Retshistorie s. 187).

For så vidt angår den regionale administrative forvaltning afføder enevældens indførelse derimod betydelige forandringer. De tidligere len fik således i 1662 navn af amter og lensmændene af amtmænd, hvori lå en intention om at erstatte det middelalderlige feudale lensbegreb med egentlige embeder. Denne udvikling understøttes af, at adelens tidligere ret til lenene bortfaldt, og især af at amtmændene - undtagen i de fortsat bortforpagtede amter - alle blev sat på fast løn (Poul Johannes Jørgensen s. 558). Lensmændenes tidligere kompetenceområde blev med omdannelsen betydeligt indskrænket. Således blev de militære funktioner udskilt, og skatteinddrivelse samt godsbestyrelse blev henlagt til amtsskriveren (senere amtsforvalteren), som stod under et vist tilsyn af amtmanden, men ikke var hans fuldmægtig (Poul Johannes Jørgensen, op.cit. s. 558). Amtmandens væsentligste funktioner var herefter at føre tilsyn med lokalforvaltningen uden for købstæderne (Birgit Løgstrup: Jorddrot og offentlig administrator s. 132-34).

Da lensmændene blev til amtmænd blev stiftlensmændene til stiftamt-mænd. Fra 1671 udvidedes stiftamtmandenes funktioner betydeligt, idet stiftamtmanden fik status af overøvrighed over hele stiftet og skulle som sådan have både amtmænd og købstadsmagistrater under sig. Også tilsynet med retsbetjentene blev henlagt til stiftamtmanden, der desuden i forbindelse med biskoppen skulle danne stiftets gejstlige øvrighed (Poul Johannes Jørgensen s. 558. Helle Linde: Magistrat og borger s. 97).

For rekrutteringen til de højere embeder d.v.s. kollegierne, højesteret, landstingene, stiftamtmands- og amtmændsembederne gælder, at rekrutteringsgrundlaget umiddelbart efter enevældens indførelse først og fremmest var den gamle adel, men at borgerskabet efterhånden får en stigende og allerede under enevældens første fase (indtil 1720) en dominerende andel (Dansk socialhistorie 3, s. 399)

Kvaliteten af den tidlige enevældes ledende embedsmænd vurderes i almindelighed positivt, jfr. således udsagn om, at 'landsting og højesteret var derimod besat af den kreds af personer, der ved fødsel, stand og uddannelse - om ikke nødvendigvis en juridisk uddannelse - var udset til at varetage statsopgaver og træffe bestemmelser om andres forhold ...' (Ditlev Tamm: Om dommerstanden og domstolene under enevælden,

Første del. Kap.I.2.1.

Juristen og Økonomen 1978 s. 102. Som tilfælde hvor der dog peges på enkelte forekomster af lakajisme og embedssalg, se Hammerich: Festskrift for Juridisk eksamen s. 282. Sigurd Jensen: Københavns bystyre ved 1750 i Stadsadministration i Norden på 1700'tallet s. 84. Grethe Ilsøe: Vejen til embede s. 105-06).

De første betydningsfulde tiltag i retning af en i organisatorisk og personel henseende formel afgrænsning af jurisdiktion og administration blev indledt i 1771 initieret af især Struensee. Ved oprettelsen af hof- og stadsretten i København sigtedes der således klart mod en adskillelse af dømmende og administrativ myndighed. Herefter skulle justitsvæsenet i København ikke længere forvaltes af magistraten. Der blev gennemført et princip om to-instansbehandling. Og den ny domstol måtte ikke beskæftige sig med forvaltningsopgaver (Harald Jørgensen: Thi kendes for ret s. 157-59). Yderligere blev der udstedt forbud mod, at hof- og stadsrettens dommere - og højesteretsdommerne - havde andre hverv (op.cit. 159). Dommerne skulle for fremtiden ikke længere aflønnes med sportler men sættes på fast løn (op.cit. s. 162 og s. 174ff). Som et led i den samlede udvikling kan disse tiltag ses i forbindelse med, at cancelliinstruksen af 20. april 1771 forbyder cancelliembedsmænd at beklæde andet embede, og at højesteretsinstruksen af 1771 afskaffer begrebet »refererede domssager«, hvorved kongens deltagelse i udøvelse af den dømmende magt også formelt ophæves (Hammerich: Den danske Dommerstand under Enevælden s. 143).

At vægtfordelingen i problemstillingen mod enevældens afslutning ganske er forrykket fra spørgsmålet om domstolenes forhold til kongemagten til domstolenes forhold til forvaltningen i øvrigt, kommer klart til udtryk, når en forfatter med yderst systemkritisk observans udtaler:

»At det måske kan undre, at der tales om domstolenes mangel på uafhængighed og upartiskhed, da dette resultat følger af sig selv, idet domstolene ifølge forfatningen ikke kan være uafhængige. Ifølge forfatningen (kongelovens 4) kan kongen sige: »Dømt til straf og domstolene må fordømme, frifinde og de må frifinde«. At han kan undtage hvad og hvem han lyster ud af lovens almindelige befaling (kongelovens § 4)«. Ikke desto mindre fastslår forfatteren at domstolenes uafhængighed vist nok her i landet er som i andre lande. »Men enkelte fænomener turde vel tyde på, at kongelovens bestemmelser ikke ganske var glemt«. (Hother Hage: De faste statsdommere og edssvorne retter 1847 s. 67).

Den adskillelse af dømmende og udøvende myndighed, der var blevet gennemført med oprettelsen af Højesteret og som efterhånden udviklede sig, havde ikke sit grundlag i retlige doktriner men alene i almene fornuftssætninger og praktiske hensyn til hensigtsmæssig arbejdsdeling, (Hammerich s. 125). Til forskel herfra var den med oprettelsen af hof- og stadsretten gennemførte adskillelse mellem udøvende og dømmende magt klart funderet i ønsket om at gennemføre Montesquieus' magtadskillelæse (op.cit. og Ditlev Tamm om grundlaget for Stampedes argumentation for rettens fortsatte eksistens efter Struensees fald. Juristen 1978 s. 109. Harald Jørgensen s. 158).

2.2. Det lokale plan: Købstæderne

Kommunerne har i Danmark deres oprindelse i byerne, eller rettere de byer der havde status af købstæder.

Set i socio-økonomisk perspektiv udgjorde købstæderne i middelalderen en kvalitativt betydningsfuld, men kvantitativt ringe del af den samlede nationale befolkning og økonomi. Købstæderne og især København blev katalysator for en væsentlig del af grundlaget for produktivkræfternes udvikling og opbygning af den handelskapital, der var afgørende for merkantilismen og grundlaget for den senere kapitalisme.

Set i et retligt perspektiv betingede den socialøkonomiske spaltning af samfundet en tilstand præget af manglende national retsenhed, som dette bl.a. kommer til udtryk i udviklingen af købstadsretten med dertil hørende organisatorisk struktur: Bytinget, rådet, magistraten, rådstueretten. Borgeren/købmanden måtte nødvendigvis sikres et værneting indrettet med henblik på de retsforhold, som var særegne for købmandsstændens og købstædernes forhold. Det oprindelige system fra hvilket købstadsretten havde udskilt sig kunne således - i al sin ufuldstændighed - fortsætte sin eksistens som grundlag for den retlige regulering af det danske bondesamfund. Dette forhold afspejler sig også klart i eksistensen af en vis lokal selvforvaltning, som med vekslende indhold og rækkevidde gennem hele middelalderen bidrog til forenkling og indskrænkning af de statslige opgaver. (Matzen: Dansk retshistorie I 1877 s. 189).

Hvad angår forholdet mellem judicielle og administrative funktioner adskiller købstædernes sig derimod ikke fra den øvrige del af retssystemet.

Første del. Kap.I.2.2.

Også købstadsretten er karakteriseret ved nærmest total sammenblanding af administrative og dømmende funktioner.*)

Købstadsstyrets administrative funktioner var talrige og i vidt omfang af blandet juridicel/administrativ karakter.**)

Men herudover havde den kongeligt udnævnte magistrat som egentligt judicielt virksomhedsområde også at fungere som rådstueret. Kompetenceforholdet mellem rådstueretten og bytinget er usikker og formentlig ret forskellig fra købstad til købstad (Poul Johannes Jørgensen s. 435, 510 og 516ff. Helle Linde: Købstadsadministrationen i Danmark s. 13 og samme: Borger og magistrat s. 27-37 og 73-97).***)

*) Om kompetencefordelingen med hensyn til fastsættelse af købstadslovgivningen, se Poul Johannes Jørgensen: Dansk retshistorie 6. oplag 1974 s. 101 og 426-28. Erik Kroman: Håndbog for danske kommuner III. Den retsulighed, der eksisterede købstæderne imellem som følge af den meget forskellige udformning af købstadsretten, søgtes i forskellige omgange elimineret ved centrale uniformeringsforsøg. Som et sådant kan anføres udarbejdelsen af Københavns byret af 1443, der kom til at tjene som paradigma for det meste af landet. (Op.cit. *Poul Johannes Jørgensen*: Dansk Retshistorie s. 105) Herudover søgtes uniformeringen også gennemført ved rigslov, jfr. Christian IV's Reces af 1643. Det er blevet anført, at Christian IV ved forordning af 17. april 1619 får gennemført fælles købstadslovgivning (Håndbog for danske kommuner I 1954 s. 31). Denne forordning om borgmestre, overformyndere, overkøbmænd, kæmnere og andre bys- og købmandsforvaltere indeholdt imidlertid kun 27 paragraffer og fylder 8 sider, hvorfor forordningen naturligvis ikke kan repræsentere en egentlig udtømmende kodifikation af den samlede købstadsret (C.V.A. Secher: Corpus Constitutum Danæi 1558-1961). Udligningen af den eksisterende retsulighed købstæderne og landdistrikterne imellem må i det væsentlige afvente Danske Lov (Op.cit. *Poul Johannes Jørgensen* s. 149)

**) Jfr. Poul Andersen 5. udg. 1965 s. 88f. Inger Dübeck: »Alt hvis politien virkelig vedkommer«, Danske love i 300 år s. 145ff. Helle Linde: Købstadsadministration i Danmark i »Stadsadministration i Norden på 1700'tallet« s. 13 og samme i »Magistrat og borger« s. 27-37 og 73-97.

***) Henrik Stevnsborg: »Tak Gud, min Søn, at du ikke kom for Riberret«. Retspleje i Ribe 1590-94 i Grethe Christensen m.fl. (red.). Tradition og kritik. Festskrift til Svend Ellehøj, 1984 s. 226.

Formålet med etablering af byting ved siden af herreds-, birke- og landsret var at skabe særlige værneting for borgerne, hvor disse kunne regne med, at retsgrundlaget var den korrekte anvendelse af købstadsretten. Og da appelsystemet slog igennem var det naturligt, at landstinget blev appelinstans for bytinget og rådstueretten. Men da en sådan ordning ikke kunne garantere realisering af hensynet til købstadsrettens anvendelse, lykkedes det nogle købstæder at holde sig fri af denne appelordning. I sådanne tilfælde blev rådstueretten appelinstans for bytinget. Magistraten var således - dels i egenskab af rådstueret, dels som overret i byerne med landstingsret - et judicielt organ (Hammerich: Den danske dommerstand under enevælden s. 109). Rådstueretten havde som speciel domstol et omfangsrigt og betydningsfuldt virkefelt (Poul Jørgensen s. 511). Som fælles kompetenceområde for rådstueretterne kan peges på konsumptions-sagerne, sager om handel og forprang, d.v.s. de sager der vedrørte købstædernes eneret på handelen. Rådstueretten dømte endvidere sammen med byfogeden i almindelige kriminelle sager vedrørende liv og ære, jfr. Danske Lov 1-5-19.*)

I købstæder, der var tillagt landstingsret, var højesteret appelinstans for rådstuerettens domme. Byfogeden, der i lighed med magistratens (øvrige) medlemmer var kongelig udnævnt, fungerede også som dommer i bytinget og fra 1741 som anklager i rådstueretten. Herudover varetog byfogeden

»Konklusionen er uundgåelig: Ribe Byting har været et dommerpassivt, nærmest forbrugerstyret, organ, hvis kendemærker var det private og det erstatningsorienterede. Krumtappen i tingets retspleje var forudsætningen om, at parterne - so oder so - »ville træffe aftale om at bilægge en tvist ved henholdsvis betaling og modtagelse af bøder«

Går vi derimod til de sager, hvori Ribe Rådstueret har medvirket, skifter billedet brat. Ikke nok med at sagerne er ganske få i forhold til massen af sager ved Bytinget. Deres hele natur er også en anden. Det private glider, ligesom interessen for at genoprette, i baggrunden. I stedet træder en straffende øvrighed. Offensiv såvel med hensyn til at iværksætte påtale som med hensyn til at føre sager til doms med et erklæret præventivt mål«.

*) Om udstrækningen og sammensætningen af den kompetence Københavns magistrat udøvede som rådstueret indtil oprettelsen af hof- og stadsretten 1771, se Harald Jørgensen: Thi kendes for ret s. 11 og 27ff)

Første del. Kap.I.2.2.

også en række politimæssige opgaver, herunder udpantning af skatterestancer og bøder samt eksekution af straffe.*)

I købstæder med landstingsret var rådstueretten som anført appelinstant for bytingets domme. I disse tilfælde udviklede byfogedembedet sig som følge heraf til underret, hvilket vil sige, at byfogeden beklædte bytinget som underret, medens borgmester og råd sad som overret (Matzen: Dansk retshistorie 1877 s. 96-97 og samme Dansk retshistorie II s. 12). I de fleste byer kendtes imidlertid hverken denne dobbelte fogedfunktion eller sondringen mellem fogedens og rådets virksomhed, »idet de tværtimod regelmæssigt optrådte og handlede i forening som et udtryk for byens samlede øvrighedsmyndighed *både på forvaltningens og retsplejens område*« (Matzen: Dansk retshistorie s. 97).

Allerede før 1600 måtte borgmestres og rådsmedlemmers mødepligt som dommere indskræpes. Efterhånden udvikledes imidlertid en højere og højere grad af funktionsdifferentiering, således at fogeden væsentligst kom til at stå som repræsentant for statsstyret, medens rådet blev bærer af den lokale selvforvaltning. I forbindelse hermed overgik retsplejen mere og mere til fogeden, således at der kommer til at fremstå en sondring mellem »rådhus« som sæde for rådet, og bytinget som ledes af fogeden. Gennem lang tid er der tale om konkurrerende jurisdiktioner, (Op.cit.) hvilket bl.a. fremgår af de nævnte bestemmelser, som indskræper reglen om, at samtlige rådmænd skal beklæde dommersædet, ligesom det pålægges borgmester og råd at dømme i sager, som fogeden anlægger.

Efter forordning af 28/1 1682 skulle embederne som borgmester, rådmænd, byfoged og byskriver i købstæderne således besættes med de »bedste og vederhæftigste borgere«. (Helle Linde: Købstadsadministration s. 25) I begyndelsen af enevælden rekrutteredes magistratsembederne stadig blandt byernes købmænd, men der synes relativt tidligt at være sket en vis professionalisering. Embederne som byfogeder og byskriver var så omfattende, at det stort set var umuligt at have privat virksomhed ved

*) Før dette tidspunkt var sådanne sager, hvor byfogeden havde påtaleret blevet afgjort af stiftamtmanden. I tilfælde, hvor byfogeden efter ændringen i 1741 var leder af magistraten, konstituerede stiftamtmanden enten en sættemand eller en anklager, jfr. reskript af 6. april 1742. (Helle Linde: Magistrat og borger s. 13-37)

siden af. Når det således i en anmodning af 1650 fra borgerstanden om, »at købstædernes øvrighed og betjente måtte aflægges med nødtørftig opholdsmiddel formedels deres næringsforsømmelse«, er det udtryk for, at den gamle folkelige retspleje med forening af dommergerning og privat erhvervsvirksomhed ikke kunne bære. Derfor var der allerede tidligt mange byfogeder som kumulerede andre embeder, især som rådmænd (*Helle Linde: Købstadsadministration i Danmark i »Stadsadministration i Norden på 1700'tallet«* s. 43 og samme forfatter: *Magistrat og borger* s. 13ff). Det bliver således mere og mere almindeligt, at magistratsementerne besættes af folk, med anden administrativ baggrund (*Op.cit.* s. 14f). Omdannelsen af de underordnede dommere og forvaltningsementsmænd til en egentlig embedsstand med doms- og forvaltningsvirksomhed som eneste beskæftigelse havde ikke umiddelbart til virkning, at ændre rådets og magistratens karakter af eksklusiv forsamling af repræsentanter for købmandsoverklassen. Udviklingen har således bevæget sig fra en tilstand, hvor borgmester og rådmænd énsidigt har været rekrutteret fra købmandsoverklassen mod en gradvis overgang til rekruttering, som ikke direkte havde sit grundlag i men dog en socialt betinget tilknytning hertil (*Helle Linde: Magistrat og borger* s. 13ff. *Håndbog for danske kommuner I* s. 29. *Hammerich: Festskrift* s. 280. *Sigurd Jensen: Københavns bystyre* s. 91).

2.3. Det lokale plan: Landet

Det grundlag for et lokalt selvstyre, der fandtes i den tidlige middelalders landsbyer, blev kvalt under kongemagtens, adelens og kirkens knægtelse af bondestanden. Der eksisterer derfor ikke nogen landkommunal parallel til købstæderne før grundlæggelsen af den nuværende kommunestruktur i begyndelsen af det 19. århundrede (*Håndbog for danske kommuner I* 1954 s. 33f *Niels Herlitz: Nordisk offentlig Rätt I* 1957 s. 64ff).

Styreformen på landet var under den tidlige enevælde patrimonial og kendetegnet ved, at alle - såvel borgerlige som adelige - godsejere var tillagt en betydelig offentligretlig kompetence i forhold til deres fæstebønder, og i visse relationer i forhold til alle, der i øvrigt boede på godsets område.*)

*) I 1688 udgjorde private godser 63,7% og selvejet blot 1,7% af landets jord. (*Dansk socialhistorie* 3, s. 385)

Første del. Kap.I.2.3.

Denne kompetence, på hvis udøvelse kongemagten kun havde begrænset indflydelse, var i vidt omfang blot udtryk for en fortsættelse og intensivisering af den også før enevælden gældende styrelse af landet. Umiddelbart synes denne kompetenceordning i strid med kongelovens absolutistiske princip. Grundlaget herfor var også delvist af praktisk karakter, idet den tidlige absolutistiske stat ikke havde kapacitet til selv at etablere et lokalt styre. Men forholdet kan endvidere også ses som en art kompensation til adel og godsejere på det lokale plan for mistede positioner på centralt plan (Birgit Løgstrup: Jorddrot og offentlig administrator s. 30ff og Benito Scocozza: Feudalismen s. 290ff).

Som eksempel på sådanne offentligretlige beføjelser kan nævnes, at godsejerne inddrev og indestod for bøndernes skattebetaling til gengæld for egen skattefrihed (Birgit Løgstrup s. 72f og 96f). Godsejerne forestod militærudskrivningen (i samarbejde med lensmanden) og forestod forvaltningen af skiftesager (DL 5-2-90).

Godsejerne stod under et vist tilsyn af amtsforvalteren, sessionen og amtmanden. Privilegerede og adelige godsejere udøvede dog selv amtmandsfunktionen, men stod så under tilsyn af stiftamtmanden. Imidlertid bevirkede den vage karakter af reguleringens grænser, at tilsynet blev af begrænset betydning.

Udover den almindelige godsejerkompetence var der tillagt privilegerede og adelige godsejere *birkeret*, d.v.s. ret til at udnævne birkedommere (fra 1696 formelt dog kun indstillingskompetence til kongen). Med birkeretten var forbundet hals- og håndsret, d.v.s. kompetence til at rejse tiltale i sager, der kunne falde ud til livs- eller legemsstraf og til at fuldbyrde straffen (DL 5-20-3). Sigt- og sagefald, d.v.s. kompetence til at tiltale i andre straffesager med ret til eventuelle bøder (DL 5-20-3).

Grundlaget for godsejerens kompetence var ikke udnævnelse, men automatisk virkning af jordens (hovedgårdens) erhvervelse. Godsejeren fungerede således på én og samme tid som administrator af sine (godsets) private interesser og som administrator af de offentlige interesser, der var knyttet til de tillagte offentlige (retlige) beføjelser. Integrationen af offentlig/privat kompetence kommer klart til udtryk i Danske Lovs bestemmelse om, at adelens særlige offentlige myndighed (jus patronatus og birkeretten) kunne udlægges som pant for privat gæld og indløses igen når som helst DL 5-3-22). Eksemplerne på konkret sammenblanding af offentlige /private interesser og kompetencer er talrige. Eksempelvis

Kap.I.2.3.

eftergaves lejemålsbøder som del af betingelserne for indgåelse af privat fæstemål. Og brud på offentlig politiforanstaltning kunne straffes med fortabelse af det privat indgåede fæstemål (til husbonden). (Birgit Løgstrup: Jorddrot og offentlig administrator s. 30-32 og 215ff og 315ff*)

Birkeretsinstitutionen blev gradvist reformeret og afviklet. Birkeherrens ret til at udnævne birkedommeren - med efterfølgende kongelig konfirmation - blev ændret til en ret for birkeherren til at fremlægge forslag for kongen, (Løgstrup: Jorddrot og offentlig administrator s. 359-72) og i 1809 blev der udstedt forbud mod at anvende birkedommeren i godsets administration (Op.cit.). Om skiftet i grundlaget for kampen mod birkerne fra at være en del af magtspillet kongen/godsejere til at være det kommende forfatningssystems ideologi, se Løgstrup: Godsejer, administrator s. 27-28.

Med landboreformerne i slutningen af 1700'tallet, herunder mange godsers bortsalg af fæstegods til selveje, brød den patrimonielle styreform sammen, og i forbindelse hermed opløsning af de fleste private birke (I slutningen af 1700'tallet og begyndelsen af 1800'tallet overgik 2/3 af gårdene til fri ejendom. Dansk socialhistorie, 4 s. 119). Hermed er vejen banet for nye styreformer på landet. Med ændringerne af herredsfogedem-

*) Det anførte kan ikke tages som udtryk for, at enevælden ikke kendte og anerkendte materielretlige grænser som disse eksempelvis kommer til udtryk i formelle lighedsprincipper, hvorefter de lige skal behandles lige efter loven. Dette kan bl.a. illustreres gennem en historie, som fortællers af Birgit Løgstrup i Jorddrot og offentlig administrator s. 38, jfr. s. 149-52: 'Godsejeren indestod for bøndernes skatter, som indbetaltes til amtsforvalteren. Denne kunne inddrive skatterestancer hos godsejeren med militær eksekution. Det blev Holberg som ejer af Brorup Gård udsat for i 1740, da han skyldte 140 rigsdaler af oktober kvartals skat. Han havde anmodet om nogle dages udsættelse men fik i stedet besøg af en korporal og to ryttere, der havde ordre til at blive på gården indtil restancen var betalt. Korporalen skulle have 2 mark pr. dag og rytterne hver 18 skilling. Dette var den sædvanlige inddrivelsesmetode over for godsejerne. Holberg klagede til rentekammeret. Det resulterede i, at amtsforvalteren fik en alvorlig næse, dels fordi han ikke havde reflekteret på Holbergs skrivelse om udsættelse, dels fordi andre proprietærer i amtet uanfægtet havde restancer fra flere kvartaler op til 2.844 rigsdaler. Der var altså udøvet forskelsbehandling fra amtsforvalterens side. Derimod var godsejerne frit stillet med hensyn til inddrivelsen af restancer fra sine bønder'.

Første del. Kap.I.2.3.

bederne i 1790 gennemførtes væsentlige retsstatslige/bureaukratiske principper også for underrettsdommerne. Således nye ansættelseskriterier - jurist med 1. karakter - og overgang fra aflønning med sportler til fast løn (Birgit Løgstrup: Dommer og administrator s. 41ff og s. 78).

Imidlertid resterede langt op i tiden forskellige forhold med rødder tilbage i det gamle system. Således kan peges på, at herreds- og byfogederne stadig varetog såvel dømmende som administrative opgaver. Byfogederne blev endog efter kommunaloven af 1868 ofte borgmestre for de nye købstadskommuner, som ikke havde en magistrat (Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, 5. udg. s. 98 og Gerd Battrup: »Retten til kommunalt selvstyre«, upubliceret arbejdspapir 1986). Og først ved lov af 15. april 1930 om fuldmægtige ved underretterne uden for København, blev det forbudt dommerfuldmægtige at have bibeskæftigelse som private vinkelskrivere (H. Hjort-Nielsen: Af den danske sagførerstands historie, Festschrift for juridisk eksamen s. 400-401). De ansatte på herredsfogedens kontor blev i meget vidt omfang aflønnet ved privat virksomhed med tilknytning til fogedkontorets funktioner (Birgit Løgstrup: Dommer og administrator s. 64ff). Den endelige gennemførelse af princippet om adskillelse af dømmende og udøvende myndighed måtte afvente retsplejeloven.*)

Ligeledes blev med indførelsen af den inkvisitoriske straffeprocess (forordning af 21. maj 1751) den tidligere adskillelse af anklagemyndighed og domstol ophævet (Birgit Løgstrup: Dommer og administrator 1790-1868. Allerede i 1686 oprettedes den såkaldte inkvisitionskommission i København, se Harald Jørgensen: Thi kendes for ret s. 103).

Som et andet aspekt af den offentlige administrations professionalisering/bureaukratisering skal også peges på gennemførelsen af mandligt køn som grundlæggende kvalifikationskrav til såvel uddannelse som embeder. Hermed gennemførtes en fuldstændig udelukkelse af kvinder fra offentlige hverv og

*) Der skal i øvrigt peges på, at den kumulering af embeder, som i sig selv var en væsentlig del af grundlaget for etableringen af en professionel embedsstand, også indebar nedbrydning af tidligere eksisterende adskillelse af funktion og hverv, jfr. således forbuddet i DL 1-5-17 mod at dommere betjente mere end ét embede. Denne bestemmelse blev først formelt ophævet ved reskript af 26. april 1737 til stiftamtmand og amtmand (reskriptet er optrykt i Grethe Ilsøe: Vejen til embede s. 28).

Kap.I.2.3.

embeder, hvilket ikke helt så absolut havde været tilfældet tidligere. Omend i begrænset omfang havde kvinder således i enevældens tidligere faser fungeret som offentlige administratorer. Dels i kraft af godsejerskab men tilsyneladende også i enkelte tilfælde som indehavere af egentlige offentlige embeder (Dagligt liv i Danmark 1720-1790 s. 414) red. Asel Steensberg, København 1971)

Om embedsmændenes kvalitet og kvalifikationer skal i korthed anføres følgende. Embedsmændene på lander forudsattes rekrutteret fra de bedste bønder (Ditlev Tamm: Om dommerstanden under enevælden, Juristen 1978 s. 102 og Hammerich: Festskrift s. 279).

Om underretternes dommere kan anføres, at de var uden særlig uddannelse, og at embedet i meget høj grad havde karakter af bijob. Danske Lov 1-5-18 forudsætter således, at herredsfogeden også var agerdyrker (Hammerich: Den danske dommerstand under enevælden s. 28). For så vidt angik de private birker blev dommerembedet besat i overensstemmelse med birkeherrens ønsker. Det vil typisk sige vedkommendes tjenestefolk, eller som det udtrykkes »den der kan fås for ringe penge og dømmes som birkeherren vil have« (Op.cit. s. 29).*)

Et andet afgørende skridt til bedring af underretsdommernes kvalifikationer var oprettelsen af den - eller rettere de - juridiske eksaminer i 1736 som grundlag for adgang til underretsembeder (Ditlev Tamm: Juristen 1978 s. 106ff. Hammerich s. 279ff og Poul Johannes Jørgensen: Festskrift s. 89ff). Det varer imidlertid adskillige år før den juridiske eksamen faktisk slår igennem, og der er eksempler på, at ansøgere med juridisk eksamen blev forbigået ved besættelse af embeder som underretsdommere til fordel for ansøgere uden eksamen (Birgit Løgstrup: Dommer og administrator s. 44. Grethe Ilsøe: Vejen til embede s. 10ff og 74ff).

*) Beskrivelsen af retsbetjentene på landet er især hos Hammerich meget negativ og tilsyneladende præget af datidens indberetninger, der - naturligvis - må omfatte de mest groteske tilfælde. Ditlev Tamm refererer et par af disse men tager et vist forbehold og nævner, at der også findes rosende omtale af indberetningerne. Christian V. Johansen og Henrik Stevnsborg konkluderer på baggrund af en undersøgelse af domme i to herreder, et byting og en rådstueret i enevældens første fase, at de ikke har fundet holdepunkter for den af Hammerich overleverede tese om underretsdommernes uduelighed i det undersøgte materiale (Danske Lov i 300 år s. 179ff). Ditlev Tamm antager også, at det negative billede først og fremmest har dækket forholdene i de private birker.

Første del. Kap.I.3.

3. Om etableringen og indholdet af de for domstolene gældende habilitetskrav

3.1. Den skrevne regulering før retsplejeloven

Ældre lovgivning og litteratur opererer foruden med speciel inhabilitet også med almindelige habilitetskrav i betydningen krav til faglig kvalifikation, etisk og social habitus som betingelse for dommerens udnævnelse og - i snæver sammenhæng hermed - forhold der kan bevirke at dommeren må fratræde embedet. Derimod opereres ikke med generel inhabilitet - eller med Poul Andersens terminologi speciel inhabilitet i vid forstand - d.v.s. habilitetskrav hvis sigte primært er at foregribe fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet.

Indtil der med retsplejeloven i 1919 blev etableret en principielt udtømmende regulering af de specielle habilitetskrav på skrevet grundlag, var retsgrundlaget sammensat af en række skrevne enkeltregler og uskrevne grundsætninger. Den centrale skrevne regel var bestemmelsen i Danske Lov 1-5-6, hvorefter

»Ingen Dommer maae dømme i de Sager, som hannem selv gielde paa; Men da skal i hans Stæd, om han eene betiener Retten en anden boesat og vederhæftig Dannemand af Stædets Øvrighed, eller Herskab, dertil forordnes«.

Denne bestemmelse var udtryk for en kodificering af hidtil gældende ret.

Bestemmelsen er enslydende med den tilsvarende i »det første projekt« til lovbog, jfr. forarbejderne til kong Christian V's Danske Lov ved V.A. Secher og Chr. Strøchel, 1. bind 1891. Som en væsentlig kilde til Danske Lov kan anføres recessen af 1643 eller den såkaldte Christian IV's »store reces«, som i II.6.18. indeholder en bestemmelse om, at

»I hvert herrit oc birk skal forordnis en vis boesat oc vederheftig dannemand til herrids- eller birkefoget oc af dend, høiheden tilhører, tagis efter recessen i æd«.

For disse herreds- og birkefogeder gælder følgende habilitetsforskrift:

»Gielder sagen herrids- eller birkefoget paa eller nogen af den formedelst sygdom er forhindret, sette dend, rettighed dertil hafver, en anden boesat oc vederheftig dannemand i steden igien, som saa lenge bestillingen kand betiene.«

Kap.I.3.1.

Recessen af 1643 er et led i bestræbelserne på at tilvejebringe en procesreform. Tilsvarende målsætning lå til grund for udarbejdelsen af Danske Lov. Arbejdet påbegyndes med et kongeligt Missive af 1632 (10. januar), i hvilket opgaven blev udstukket som udarbejdelse af »en form paa alle slags proces og dele« (Corpus Constitutione Daniæ V 1639-50 s. 125). Af Missivet fremgår klart, at det er den egentlige domstolsproces, der sigtes til.

Et forsøg på i 1637 at udarbejde en almindelig stadsret blev ikke endeligt ført igennem. Et udkast herom er bevaret og sammenstillet af Erslev, jfr. Munch: Købstadsstyrelsen i Danmark Bd I s. 34-37.

Til Danske Lov 1-5-6 knyttede sig bestemmelserne i 1-13-15 og 1-13-16 om forbud mod at føre vidner, når disse særlig var tilknyttet en af sagens parter ved fjendskab eller slægts- og svogerskab, jfr. også 5-3-10, hvorefter meddomsmænd i øvrighedssager ikke måtte være beslægtede med parterne.

Fra fremkomsten af Danske Lov til 1771 - året for Hof- og Stadsrettens oprettelse fremkom som supplement til DL 1-5-6 reskript af 24. august 1689 til magistraten i Bergen, hvorefter medlemmerne skulle afholde sig fra at dømme i sager, når de var parterne så nært beslægtede som besvogrede eller søskendebørn (Brorson: Forsøg til første bogs fortolkning 1797 s. 306. Nellemann: Civilprocessens almindelige del 3. udg. 1887 s. 213). Ligeledes forordning for Højesteret den 19. august 1735, som dog blot gentager forbudet mod at dømme i sager, når dommeren er part, men herudover også indeholder et almindeligt forbud mod at højesteretsdommere - som sagførere - fører sager for retten (Nellemann, op.cit. s. 204 og 207). Landstingsinstruks af 23. januar 1739 (jfr. forordning af 19. august 1735 for Norge) påbyder dommerne at vige deres sæde og ikke overvære voteringen i sager, hvor de »på nogen måde er interesseret« og tillige sager, når de er knyttet ved slægts- eller svogerskabsforhold til en af sagens parter (Brorson, op.cit. s. 306).

Omfanget af skrevne regler øges kvantitativt i slutningen af 1700'tallet og begyndelsen af 1800'tallet. Nellemann henviser således i civilprocessens almindelige del (3. udg. 1887 s. 204-17) til:

Højesterets instruks af 7. december 1771.

Instruks for Overhofretten af 14. januar 1778.

Første del. Kap.I.3.1.

Forordning af 8. juni 1787.

Forordning af 5. juli 1793.

Forordning af 10. juli 1795 (forligskommissionen).

Canc.prom. af 27. januar 1798.

Eskript af 22. februar 1800.

Forordning af 11. juni 1800.

Forordning af 8. januar 1802.

Forordning af 25. maj 1804.

Forordning for landsretterne af 25. januar 1805

Reskript af 3. august 1816.

Reskript af 23. juli 1825.

(Lov om Sø- og Handelsretten af 19. februar 1861).

(Lov af 26. maj 1868 (Sagførerloven)).

Bortset fra bestemmelserne i Danske Lov omfattede ovennævnte regler i det store og hele alene de overordnede domstole. Der er således tale om de på fastsættelsestidspunktet optimale habilitetskrav, hvorfor man formentlig kan antage praktiseringen af en mindre intens regulering i almindelighed. I det følgende vil reguleringens udstrækning og indhold blive søgt præciseret for perioden fra omkring år 1800 til slutningen af 1800'tallet, som retsudviklingen lader sig belyse på grundlag af retsdogmatisk litteratur.

3.2. Habilitetsreguleringen omkring år 1800

Speciel inhabilitet afgrænses begrebsmæssigt som følger: »Naar en dommer saaledes ansees inhabil i Henseende til hans Vilie, kalde Juristerne ham i Særdeleshed suspect (judex suspectus) ...«. (Nørregaard: Forelæsninger over den danske og norske Ret, 1790 § 1449, stk. 2).

Habilitetskravets genstand angives således at være dommerens *vilje*. Imidlertid fremgår det klart, at spørgsmålet om der foreligger en inhabilitetsbegrundende interesse afgøres på grundlag af en *objektiv forbindelse*, jfr. »udvortes Aarsag skulde kunne lade sig forføre til at handle imod sin Pligt som Dommer«, i modsætning til spørgsmålet om vedkommendes

subjektive evne eller vilje til at abstrahere fra denne inhabilitetens årsag.

Af ordlyden i Danske Lov 1-5-6 ses det klart, at bestemmelsen helt unuanceret blot statuerer speciel inhabilitet i tilfælde, hvor sagen gælder vedkommende dommer selv. Spørgsmålet må herefter være, hvor langt udtrykket »hannem selv gielde paa« rækker.

Herom udtaler Nørregaard:

»Om Sagen, hvori han skal udøve sit Dommer-embede er hans egen Sag (causa judicis propria), det er saaledes beskaffen, at dens Udfald ved Retten kan enten middelbar eller umiddelbar medføre for Dommeren nogen Fordeel eller Skade ...«. (L. Nørregaard: Forelæsninger over den danske og norske Ret, § 1449)

Denne (højeste) grad af inhabilitet omfatter således alle tilfælde, hvor den primære afgørelse enten umiddelbart eller *middelbart* kan medføre skade eller fordel for dommeren. Dermed antages DL 1-5-6 ikke at kunne begrænses til tilfælde, hvor vedkommende selv er part.

Således anvendes i Instruktion for Højesteret 1771 følgende formulering: »*hvori han selv paa nogen slags maade maatte være interesseret* ... (Højesteretsinstruks 7. december 1771 § 14). Instruksen for overhofretten af 14. januar 1778 § 12 og 13 bestemmer, at de tilforordnede ikke må sidde i retten eller votere i sager, »i hvilke de selv *i en eller anden måde* er interesserede eller enten af parterne så nær som søskendebørn eller nærmere beslægtede eller besvogrede ...«. (Brorson: Forsøg til første Bogs Fortolkning 1797 Bd 1 s. 306).

Bestemmelser i Danske Lov vedrørende vidner anføres som støtte for habilitetsregler, der statuerer inhabilitet som følge af slægt- og svogerskabsforhold. Imidlertid antages disse bestemmelser ikke umiddelbart at kunne overføres (analogt) som habilitetskrav. Det anføres således, at »vidner kan også i almindelighed ved partiskhed blive farligere for parterne end dommeren«. (Op.cit. s. 305).*)

*) Reglen om, at meddomsmænd i odelssager ikke må være beslægtede med nogen af parterne i Danske Lov 5-3-10 »er nok uden Tvivl ei saa meget befalet for Slægtskabets Skyld, so fordi en Odelssag i Almindelighed kan siges at være en heel Slægtes egen Sag, hvoraf altsaa følger, at naar den ene eller den anden Parts Slægtninge er Meddomsmænd, ere de virkelige Dommere i en sag, af hvis Udfald de selv kan have Fordeel eller Skade«. (Nørregaard: Forelæsninger over den danske og norske Ret 1790 § 1449).

Første del. Kap.I.3.2.

Landstingsanordningen af 1739 fastsætter at ingen landsdommer må betjene retten i ham selv pågældende sag; »han maa heller ikke bivaane Voteringen, mindre selv votere Sagen naar en af Parterne er ham saa nært beslægtet som Søskendebørn eller besvogret«. (Jfr. Brorson: Forsøg til første Bogs Fortolkning 1797 Bd 1s. 306).

Man må imidlertid være opmærksom på, at *middelbare* interesser/tilknytningsforhold som disse bl.a. kommer til udtryk ved slægt- og svogerskab ikke ved nogen almindelig lov er påbudt som inhabilitetsgrund (Nørregaard: Forelæsninger over den danske og norske Ret 1790 § 1449). På baggrund heraf rejses det spørgsmål, hvordan habilitetskravene kan afgrænses i forhold til underretterne. Trojel udtaler således, at lovene ikke i forhold til *underretterne* forbyder dommerne at dømme i sager, som angår hans slægtninge, (Peter Kofoed Trojel: Commentaires eller forklaring over den danske og norske Lov 1790), og på linje hermed udtales, at lovgivningen »taler da ikke om de egentlige Underretter; Befalingen i 5-6-10 og Forordningen af 19. august 1735 Artikel 2 kan ikke henregnes til disse Bestemmelser; Odelsrettens Natur viser, at Sagen er paa en vis Maade Dommerens egen. Vi see dog, at Overdommerne endog i Sager, som kan paaankes, at denne Grund (der må tænkes på slægtskab og svogerskab) bør fratræde Retten« (Brorson: Forsøg til første Bogs Fortolkning 1797 Bd 1 s. 307).

Endvidere kan nævnes, at Kofoed-Trojel i et afsnit om forkerte domme og årsagerne hertil anfører »frændskab«. Frændskab sættes lig selskab. I den anførte sammenhæng forstås udtrykket som dækkende for såvel slægt- som svogerskab (Peter Kofoed Trojel: Commentaires eller Forklaring over den danske og norske Lov 1790 s. 226). Den inhabilitetsbegrundende grad af frændskab strækker sig ikke længere end til søskendebørn og lige så nært besvogrede. (Op.cit.) Om denne inhabilitetsgrund udtales direkte, at »ved Underretterne forbyder Loven ikke udtrykkeligt Dommere, at dømme i Sager, som angaar hans Slægtninge, undtagen måske i Raadssager (5-1-10)« (handelssager, jfr. afsnit 2.2. ovenfor (Op.cit.)).

At de for underretterne gældende habilitetskrav ikke på formaliseret grundlag afgrænses så intensivt som habilitetskravene gældende for statens øverste domstole, udelukker naturligvis ikke at tilsvarende habilitetskrav faktisk er blevet praktiseret. Spørgsmålet herom lader sig imidlertid ikke besvare på det foreliggende grundlag. *)

3.2.1. De til grund for habilitetskravene liggende hensyn

En væsentlig faktor i grundlaget for det konkrete udøvede skøn vedrørende et forholds inhabilitetsbegrundende karakter må naturligvis være indholdet og afgrænsningen af de hensyn, habilitetskravene sigter mod at realisere.

Udgangspunktet er - ikke overraskende - hensynet til at etablere garanti imod pligtstridig handlen og urigtige afgørelser, jfr.:

»§ 1449. - II. Betreffende en Dommers Inhabilitet i henseende til hans Villie, da grunder samme sig fornemmelig paa en Mistanke mod Dommeren, at han navnlig af en eller anden udvortes Aarsag skulde kunne lade sig forføre til at handle imod sin Pligt, som Dommer«. (L. Nørregaard: forelæsninger over den danske og norske Ret 1790 § 1449 1. stk.)

Det er i denne sammenhæng tankevækkende, at bestikkelser betragtes som inhabilitetsårsag. Forholdet behandles på samme måde som andre inhabilitetsårsager. Konstruktionen er en generel væsentlighedsvurdering, idet inhabiliteten statueres på grundlag af forholdets (bestikkelsens) almindelige egnethed til at påvirke dommeren. Muligheden for at denne på trods af bestikkelsen kunne træffe en korrekt afgørelse holdes teoretisk åben, jfr.

»2) Om Dommeren har ladet sig, som man kalde det, bestikke (judex corruptus), 1-5-3. Forord. 23. Octbr. 1700); thi uagtet en Dommer vel af Parterne kunde tage Penge eller Andet, og dog alligevel forrette sit Embede, som han burde, saa giver dog saadan en Opførsel Anledning til en ikke lidet grundet mistanke mod Dommeren, for hvilken han i det mindste som suspect bør vige sit Sæde.

I denne Henseende er det derfor og, at Forordningen af 19. Aug. 1735, for saameget som mueligt at forebygge Mistanke mod Dommeren, har befaleet, at ingen Dommer maae enten selv, eller ved Fuldmægtig concipere eller forfatte Stævninger og Indlægger i de Sager, som for ham indstævnes, og han selv skal kiende og dømme udi, under 50 Rsd. Straf til næste Hospital 1ste Gang, 2den Gang dobbelt, 3die Gang at have sit Embede forbrudt. Antager han sig begge Parter Sag, og skriver Stævninger og Indlægger for dem begge, skal han uden

*) Sandsynligheden taler for, at retstilstanden har svinget fra sted til sted og måske også fra sag til sag. Som et konkret eksempel på regulering af en lokal ret ved skrevne regler kan anføres resf. af 24. august 1689, hvorefter magistraten i Bergen skal afholde sig fra at dømme i de sager, hvor de er parterne så nært beslægtede eller besvoglede som søskendebørn (Brorson: Forsøg til første Bogs Fortolkning 1797 Bd 1 s. 306).

Første del. Kap.I.3.2.1.

al Naade miste in Bestilling, og desuden være General-Fiskalens Tiltale undergivet til Straf paa Ære og Boeslod«. (L. Nørregaard: Forelæsninger over den danske og norske Ret 1790 § 1449)

Habilitetskravenes rækkevidde kan imidlertid - på grundlag af tillidshensynet - afgrænses videre end, hvad garantihensynet i sig selv kan begrunde. Tillidshensynet formuleres eksplicit, når det siges, at formålet med kravet om, at dommeren skal være edssvoren, er »saa meget som muligt at rydde al Mistanke om en Dommers Retsskaffenhed af Vejen«. (Op.cit. ad § 1450)

Som anført ovenfor eksisterede der ikke udover D.L. 1-5-6 almindeligt gældende lovbestemmelser vedrørende dommers specielle habilitet. De øvrige anførte skrevne retskilder har karakter af specialregler, der kun direkte gælder for reglens formelle adressat (højesteret, hof- og stadsretten, landstingene etc.).

Tillidshensynet tjener helt klart som grundlag for en udvidelse af de skrevne (specielle) reglers rækkevidde til også at omfatte ulovbestemte tilfælde, jfr.:

»Uagtet man nu ikke af disse her anførte enkelte, og maaskee paa særdeles Aarsager grundede Lovsteder, kan i hensigt til alle andre Dommere gjøre nogen almindelig Slutning, betreffende deres Slægtskab eller Svogerskab med nogen af Parterne, og endnu mindre betreffende det Venskab eller Fiendskab, hvori de kunde staae med nogen af Parterne; saa raader dog alligevel ofte forsigtighed en Dommer til, paa Grund af en eller anden af disse Aarsager, efter Omstændighederne at vige sit Sæde, paa det han kan undgaae den almindelige Mands Mistanke, der er så skadelig for enhver Dommers Anseelse og Karakter i Staten«. (Op.cit. § 1449)

Jfr. hertil en udtalelse, hvorefter »forsigtighed byder altsaa Dommeren endog i unævnte Tilfælde at følge disse Bestemmelser Analogi«. Der sigtes hermed til tilknytning ved slægtskab /svogerskab (Brorson: Forsøg til første Bogs Fortolkning 1797).

Denne mulighed for »analogislutning« på grundlag af tillidshensynet er af særlig relevans i forhold til den ovenfor anførte tvivl med hensyn til, om slægtskab/svogerskabsforhold begrunder inhabilitet i forhold til lokale domstole/øvrighedsmyndigheder, jfr. »men en fornuftig Dommer bør altid sky endog Skin af Partiskhed og nært paarørende Sager kan næsten siges at gælde ham selv paa« (Peter kofoed Trojel: Commentaires eller Forklaring over den danske og norske Lov 1790 Bd 1 s. 226).

Tilsvarende gælder for så vidt angår venskab/fjendskab, som end ikke er omfattet af de skrevne specialregler. Det fremgår således klart, at loven heller ikke i henseende til venskab/fjendskab er udtømmende (Nørregaard: Forelæsninger over den danske og norske Ret 1790 § 1449 jfr. ovenfor). Dommeren har således pligt til også i forhold til denne type tilknytningsforhold at udvise stor forsigtighed med den konsekvens, at dommersædet efter omstændighederne må viges, »for at undgå den almindelige Mands Mistanke«, en mistanke »der er saa skadelig for enhver Dommers Anseelse og Carakteer i staten«. (Op.cit.)

Tillidshensynet tjener således som grundlag for den optimale habilitetsmæssige fordring. Dette hensyn skal imidlertid afvejes med et (mod)hensyn til domstolenes/forvaltningens effektivitet, som dette kommer til udtryk i forbudet mod at lade habilitetskravene danne grundlag for ansvarsforflygtigelse. Jfr.:

»Endelig maae vi til Slutning, i Hensigt til en Dommers Habilitet og Inhabilitet i Almindelighed erindre noget, som tildeels forhen er blevet anmærket, dette nemlig: At som en Dommers Embeds Udøvelse ikke aleene er en ham i Staten af Regenten forundt Rettighed, men fornemmelig tillige en ham af Regenten paalagt høist vigtig borgerlig Pligt, hvilken han ei uden gyldige Aarsager maae undslaae sig for at opfylde; saa seer man letteligen, at en Dommer ei kan, enten efter eget Godtbefindende, naar han lyster, eller formedelst den eene eller begge Parters ugrundede Erceptioner, vige sit Sæde. Cfr. Forordn. af 19. Aug. 1735 Art. 1, hvor det endog forbydes vedkommende Øvrighed at beskikke Sættedommere, med mindre de mod den ordinaire Dommer giorte Erceptioner befindes lovlige«. (Nørregaard, Op.cit. § 1456)

Det fremgår således heraf, at selv om den person, der er habilitetskravenes genstand, på den ene side må udvise forsigtighed i forhold til tillidshensynet, så »maa han og paa den anden Side tage sig i agt for, at han ei støder an mod Forordningen af 17. Aug. 1735 ..., som befaler at ingen Underretsdommer maa enten af Magelighed, Føjelighed eller Undseelse vige sit Dommersæde«. (Op.cit.).

Afgørelsen må i det enkelte tilfælde bero på en afvejning af de anførte hensyn; »Dommerne bør dog bruge største forsigtighed; Mistanken er på den eene Side ubehagelig for den retskafne Dommer; han kan derimod paa den anden Side letteligt forsee sig ved uden gyldig Aarsag at vige sit Sæde ...« (Brorson: Forsøg til første Bogs Fortolkning 1797).

»Men som han heri viser Forsigtighed paa den eene Side, saa maae han og paa

Første del. Kap.I.3.2.1.

den anden Side tage sig i Agt for, at han ei støder an mod Forord. af 19. Aug. 1735 den 2den §, som befaler, at ingen Underrets-Dommer maae enten af Magelighed, Føielighed eller Undseelse vige sit Dommer-Sæde« (Nørregaard: Forelæsninger over den danske og norske Ret 1790, § 1449).

Hvad angår vægtfordelingen disse modstående hensyn imellem antages tillidshensynet i sidste instans at være tungestvejende, jfr.:

»Dog med alt dette formeene vi alligevel, at en Dommer, som ved slige Begivenheder er i Tvivl om, hvad enten han efter at Erception imod hans Habilitet er fremsat, skal vige sit Sæde, eller ikke, handler klogere med at vige sit Sæde, end med at paatvinge sig som Dommer den Part, der imod ham haver erciperet« (Nørregaard, op.cit. § 1456).

Det fremgår heraf, at dommeren i respekten af gældende habilitetsregler skal undgå, at disse tillægges et for vidtgående indhold. på den anden side tilrådes det dommeren i *tvivlstilfælde* at lade tvivlen komme en afgørelse om *inhabilitet* til gode.

Men at også (mod)hensynet til den dømmende og udøvende magts effektivitet tillægges en central betydning, understreges, når en fremstilling af habilitetskravene indledes med følgende konstatering: »Dommeren maa ikke forlade sit Sæde uden i tilfælde«, hvorefter følger opsummeringen af inhabilitetsgrunde (Høyer: Juridiske Collegium 1796 for så vidt den danske og norske Proces vedkommer s. 53).

Habilitetskravene formuleres således som *et forbud* mod at dommeren forlader sit sæde, medmindre der foreligger inhabilitet.

Det må betragtes som udtryk for et retsområde under udvikling, at retssystemet ikke ubetinget søger habilitetstanken fremmet eller i hvert tilfælde praktiseret. I et almindeligt reskript fra Danmark og Norge af 30. april 1761 fastsættes således, at de 'ordentligt beskikkede Retsbetjente, som på grund af Inhabilitet maae vige deres Sæde, ikke af den Grund skal miste deres Embedsindkomster. De er berettigede i saadanne Sager at oppebære Gebyr og øvrige Indkomster knyttet til den enkelte Sag. Og det er den Part, som begærer indsættelse af en Særdommer, der maae betale det som vedkommende i almindelighed kan opnaa Overenskomst om med Retsbetjenten, eller om en saadan eenighed ikke lader sig tilvejebringe efter Øvrighedens Afgørelse«. Som motivation for denne regel anføres, at det ofte kan forekomme, at en part »uden synderlig Fornødenhed begærer en Sættedommer eller Skriver, hvorved de ordentlige Retsbetjente betages

noget af den Fortjeneste, som de med rette kunne have« (Brorson: Forsøg til første Bogs Fortolkning 1797 Bd 1 s. 309f, jfr. de øvrige bestemmelser der fastslår denne retsstilling).

3.3. Etableringen af den nugældende habilitetsregulering

Nellemanns beskrivelse af de nugældende specielle habilitetskrav til dommere (Civilprocessens almindelige del 3.udg. 1887), svarer stort set til den aktuelt gældende retsstilling, som denne beskrives i Civilprocessen (B. Gomard: Civilprocessen 1984 s. 578ff ... og Gomard/J. Møller: Kommenteret retsplejelov 1982 s. 64-68).

Retsplejelovens § 60, stk. 1 indeholder en positiv opsummering af inhabilitetsgrunde:

Slægtskab/svogerskab i op- og nedstigende linje eller i sidelinjen så nær som søskendebørn til en af sagens parter, slægtskab/svogerskab til en i sagen optrædende advokat, anklager m.v. Tidligere handling i sagen som syn- og skønsmand, advokat m.v. samt tidligere handling i sagen som dommer eller domsmand/nævning i den overordnede instans.

Foreligger et af de i bestemmelsen angivne forhold er dommeren ubetinget inhabil.

Habilitetsafgørelser i medfør af denne bestemmelse har i vidt omfang karakter af simpel subsumption, medens anvendelsen af bestemmelsen i øvrigt kan give anledning til afgrænsningsspørgsmål. Retsplejelovens § 62 er af en anden beskaffenhed, idet denne bestemmelse har karakter af en standardklausul uden egentligt materielt indhold. Inhabil er dommeren i medfør af denne bestemmelse, »når andre omstændigheder foreligger, som er egnet til at vække tvivl om hans fuldstændige upartiskhed«. Bestemmelsen henviser således blot til de almindelige uskrevne retsgrundsætninger på området. Hvis der ikke på grundlag heraf er etableret et umiddelbart anvendeligt retsgrundlag, træffes afgørelsen på grundlag af et skøn over, om det foreliggende tilknytningsforhold konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse.

Som tilknytningsforhold omfattet af § 62 anføres forhold, hvis betydning under de foreliggende omstændigheder må sidestilles med de i § 60 angivne. Hermed tænkes bl.a. på tilfælde af fjernere slægtskabs-, svogerskabsforhold eller forlovelse. Slægtskab mellem dommerne i den under- og overordnede instans, eller mellem dommerne ved en kollegial domstol. Endvidere omfattes forhold,

Første del. Kap.I.3.3.

hvor dommeren klart har udtalt sig tidligere i sagen. Tilfælde hvor der foreligger et tæt kollegialt forhold (Gomard: Civilprocessen s. 580f ... Gomard /Møller: Kommenteret retsplejelov 1982 s. 67-68).

Beror dommerens tilknytning til sagen på forening af flere embedsvirksomheder i dommerens person, medfører tilknytningen dog ikke inhabilitet, når der ikke er grund til at antage, at dommeren som følge heraf har nogen særegen interesse i sagen, jfr. Rpl. § 60, stk. 2.

Parallelt hermed kan anføres Nellemanns beskrivelse af de stort set tilsvarende inhabilitetsårsager:

Hvor dommeren er part, statueres inhabilitet, »selv om det er nok så åbenbart at dommeren liden eller ingen personlig interesse har i sagen« (s. 205). Selv om dommeren således ikke er part, statueres inhabilitet, »hvor han har en personlig interesse i den foreliggende sags udfald, således at deraf kan flyde skade eller fordel for ham« (s. 205). Som generel modifikation anføres tilfælde, hvor interessen er »så fjern og så middelbar, at den ikke bør komme i betragtning«. Eller hvor graden af sandsynlighed i øvrigt er meget lille, således »når sagens udfald kun aldeles eventuelt kan få indflydelse på hans forhold« (s. 205).

I forbindelse med opsummeringen af inhabilitetsbegrundende slægts- og svogerskabsforhold bemærker man sig især, at Nellemann forstår overretsansordningernes forbud mod at dømme i sager, hvor familiemedlemmer er parter, som udtryk for en »almindelig grundsætning« (s. 211-13), cfr. Nørregaard m.fl. 90 år tidligere.

Om slægts- og svogerskabsforhold til sagfører (s. 215). Tidligere aktivitet i sagen som syns- og skønsmand, vidne, sagfører m.v. (s. 207-09). Om tidligere funktion i sagen som dommer i underinstans (s. 205).

Om andre forhold (»62-forhold«) se således tidligere udtalelser om sagen (s. 206-07). Ansættelsesforhold, tyende- og tjenesteforhold etc. (s. 213). I forbindelse med angivelsen af venskab/fjendskab o.lign. som inhabilitetsårsag bemærker man sig særligt, at Nellemann antager analogi fra reglerne om vidner, cfr. Nørregaard m.fl. 90 år tidligere (s. 213-14). Om hengivenheds- eller velviljeforhold, herunder modtagelse af gaver etc. (s. 214-15). Den blotte tilknytning som arving, når dette ikke udspringer af i øvrigt inhabilitetsbegrundende slægtskabsforhold, bevirker ikke inhabilitet (s. 205).

Selv om de anførte habilitetsårsager således i formel henseende er stort set sammenfaldende med de af retsplejeloven omfattede, må man være opmærksom på, at spørgsmålet om reguleringens faktiske udstrækning og gennemslag ikke kan besvares uafhængigt af den samlede historiske

kontekst som udgør reguleringens ramme, herunder indholdet og sammensætningen af den kompetence, som er habilitetsreguleringens genstand på reguleringstidspunktet. Betydningen af dette forbehold kan eksempelvis illustreres på grundlag af bestemmelsen om, at dommeren ikke bliver inhabil som følge af tidligere funktioner i sagen under udførelsen af andre embedsfunktioner. En faktisk forskel i retsstillingen henholdsvis anno 1887 og 1986 udspringer således allerede af forskellen i underrettsdommernes administrative funktioner som politi og borgmester (Op.cit. s. 209-211. Se i øvrigt om dommeres »strukturelle inhabilitet« Rønsholt: UfR 1980 s. 288f...).

Til yderligere illustration og perspektivering af det anførte forhold kan peges på selvsamme Nellemanns optræden over for en byfoged i Århus:

I 1887 havde den russiske gesandt krævet påtale mod bladet »Demokraten«, en sag som byfoged NN i Århus skulle behandle. Justitsminister J. Nellemann skrev i den anledning et brev til stiftamtmand T.A.J. Regensburg, i hvilket han beder denne om at »oppe NN lidt, hvis han skulle tage denne Sag for slapt og søvnigt. Skete der nogen Skandale i den Sag som den f.eks. hvis M i Lighed med andre lignende Herrer unddrager sig en idømt Straf ved at rejse eller deslige, vil det kunne komme til at gå ud over NN og sandsynligvis medføre hans Afsked. Han maa ikke tro, at jeg har glemt hans Optræden ved flere Lejligheder, og skulde han berede Regieringen Vanskeligheder og Ubehageligheder over for Rusland, ville vi ikke længere finde os i ham«. Refereret efter Troels G. Jørgensen i »Tre professorer« 1958 s. 192-93 af Ross i Statsforfatningsret II s. 541, note 7.

Undersøgelsen af retsplejelovens forarbejder understøtter antagelsen om, at retsplejelovens habilitetsbestemmelser stort set blot var en kodifikation af gældende ret.

Retsplejelovens bestemmelser om inhabilitet svarer således med enkelte redaktionelle ændringer til de bestemmelser, der blev foreslået allerede i udkastet af 1877. Heri anføres om reglen svarende til § 62, at der er tale om tilfælde, hvor det ville være ubilligt, om dommeren påkendte en sag over for en part, der nærer mistillid til ham (38.2.). Afgørelsen af om § 62 skal finde anvendelse, er overladt til rettens frie skøn. Der gælder således ikke nogen begrænsning i de typer indsigelser, der kan hævdes som inhabilitetsårsag (40.1.).

Det anførte udkast er i det væsentlige identisk med det af Nellemann i 1868 udarbejdede foreløbige udkast til en lovgivning om procesmåden i

Første del. Kap.I.3.3.

borgerlige sager. Dette udkast, som efter langvarig udvalgsbehandling, uden afgørende afvigelser dannede grundlag for det første egentlige retsplejeforslag (1880).*)

Og forslaget af 1901 svarer såvel i form som indhold i det væsentlige til 1880-forslaget. Som forskel kan peges på, at inhabilitet som følge af slægts- eller svogerskab udvides til søskendebørn, og at det tidligere forslags § 35 underkastes en sproglig simplificering.

Da forslagene af 1880 og 1901 for så vidt angår de specielle habilitetskrav, jfr. § 32 og 34 nærmest er sprogligt identiske med ordlyden af retsplejelovens § 60-62, og da den af Nellemann beskrevne retstilstand/de beskrevne typetilfælde stort set svarer til retsstillingen som den beskrives i den nuværende civilproces, (Gomard: Civilprocessen 1984 s. 578f og 547-55. Gomard og Møller: Kommenteret retsplejelov 1982 s. 64-68) kan man vel slutte, at der ikke er sket væsentlig udvikling af de specielle habilitetskrav gældende for dommere gennem de sidste hundrede år. De skrevne kilder Nellemann henviser til, stammer især fra 1700'tallets slutning og 1800'tallets begyndelse, medens den praksis Nellemann underbygger sin argumentation med, er nyere, og især stammer fra 1800'tallets anden halvdel.

Retsplejeloven er således udtryk for kodifikation af de tidligere gældende specielle bestemmelser, d.v.s. en habilitetsregulering hvis grundstruktur blev etableret i 1700'tallets slutning, udviklet som regler rettet til de overordnede domstole. Habilitetsreguleringen karakteriseres herefter af stadig større detaljeringsgrad og af reguleringens udvidelse til i 1800'tallet også at omfatte de underordnede domstole.

4. Forholdet mellem de for administrative myndigheder og domstole gældende habilitetskrav

Af ordlyden i DL 1-5-6, hvorefter »ingen dommer maae dømme i de Sager ...«, fremgår klart, at bestemmelsens direkte anvendelsesområde var

*) Som umiddelbare forskelle på lovforslagets angivelse af inhabilitetsårsager kan anføres begrænsningen af inhabilitetsbegrundende slægts- og svogerskabsforhold til sidelinjen via søskende.

domstolene, herunder myndighedspersoner under udøvelsen af dømmende myndighed. Da der ikke fandtes almindelige forvaltningsmyndighed gældende habilitetskrav, bliver spørgsmålet om Danske Lov 1-5-6 eller et tilsvarende habilitetskrav også fandt anvendelse på forvaltningsmyndigheder/sager.

Forordning af 7. april 1639 om borgmestre, overformyndere, overkøbmænd, kæmnere og andre bys- og købmænds forvaltere. Corpus Constitutinium Daniæ 1558-1660. V.A. Secher. § 14 fastsætter, at taxemændene for så vidt angår ansættelsen af deres egen skat må takseres af andre (af lensmanden) udpegede taxere.

§ 26: »Oc ligesom ingen for Rigdom, Medhod, Slegt oc Svogerskaf skyld skulde til nogen Bestilling ...«. Bestemmelsen forbyder favorisering/forbigåelse ved uddeling af bestillinger grundet i ovenfor anførte tilknytningsforhold.

Af § 2 i forordningen for Norge af 19. august 1735 fremgår, at også i forhold til spørgsmålet om ret/pligt til substitution behandles dommere og øvrighedspersoner efter samme regler, *samt at habilitetsreglerne om sager, der vedrører den pågældende selv, eller sager, i hvilke der foreligger slægtskabsmæssige tilknytningsforhold er såvel dommer som øvrighedsperson inhabile.*

Den anførte bestemmelse fastsætter, at ingen underretsdommer må enten af magelighed, føjelighed eller undsigelse vige sit dommersæde; øvrighedspersonen må ej heller under kongens nådes forlig anordne nogen anden i hans sted, medmindre han virkelig er syg, eller sagen ham selv pågælder, eller han til tinge søges for nogen sag, som hans ære, gode navn og rygte pågælder, eller når han i odelssager er nogen af parterne beslægtede ...» (Brorson: Forsøg til den tredie bogs fortolkning, 1. bind, 1796 s. 48).

Før tilkomsten af rättegångsbalken i 1734 fandtes der ikke i svensk ret bestemmelser om speciel habilitet. I tiden umiddelbart efter lovens ikrafttræden blev dens bestemmelser ikke antaget uden videre at være anvendelige på forvaltningsforhold. I anledning af et spørgsmål fra admiralitetskollegiet i 1752 om, hvorvidt lovens bestemmelser var anvendelige på »hushållsmål« svarede K: MAJ: T 18. december 1752:

»Att som lagen i rättegångsbalken 13:1 tydliga utsätter bland laga jäv de händelser att (domaren och part är i viss skyldskap) eller då domaren eller hans skyldomän äger i saken del eller någon synnerlig nytta eller skada därav vänta, vilket i avseende till grunden och beskaffenheten bör även till hushållsmål lämpas. Alltså haven i sådant vi slika händelser att iakttaga«.

I en artikel fra 1934 om »rättegångsbalkens betydelse på stats- og förvaltningsrättens område« behandler Niels Herlitz spørgsmålet om, i hvilket omfang der

Første del. Kap.I.4.

stadig skete overførelse af rättegångsbalkens habilitetsbestemmelser. Henrik Munkteall skriver i »Om jävsförhållanden inom statsförvaltningen 1936, at der utvivlsomt synes at have været stærk tendens til at antage 1752 årsbrevet som gældende for forvaltningen i almindelighed, men at »beträffande frågan om gällande jävsbestemmelser inom förvaltningen torde det få anses som nästan undantagslös regel, att K.Br. 18. dec. 1752 ... bör betraktas som en död bokstav«. Munkteall afviser alene, at 1752 årsbrevet i 1936 har retskildeværdi i sig selv, men at det princip brevet er udtryk for - at rättegångsbalkens bestemmelse i et omfang tillempe på forvaltningsforhold - stadig var gældende.

På Nordisk Administrativ Forenings møde i 1954 var der tilsyneladende ret til diskussion mellem Merikovski fra Finland og Ole Westerberg fra Sverige om 1752 årsbrevets aktuelle betydning. Selve det forhold, at der gjaldt en vis overførelse af rättegångsbalkens bestemmelser synes der dog enighed om (NAT 1955 s. 329-59).

4.1. Udskillelsen af de for domstole gældende habilitetskrav til alene at omfatte dommere

I det følgende vil det bliver undersøgt, hvorledes spørgsmålet er besvaret i ældre litteratur fra perioden omkring år 1800, 1825 og 1890, idet det som anført indledningsvis antages, at de specielle habilitetskrav som udgangspunkt også har været gældende for udøvelse af administrativ myndighed.

De almindelige habilitetskrav med hensyn til værdighed etc. gældende for dommere og andre øvrighedspersoner synes at have været sammenfaldende. For administrative embedsmænd gjaldt følgende regel: »Embedsmændens ære bør være ubesmittet; statens ve og hvermands sikkerhed fordrer dette; den sagsøgte for en sådan sag, som her forudsættes, kan altså ikke forestå sit embede«. (Brorson: Forsøg til den tredje bogs fortolkning, 1. bind 1796, s. 46)

For så vidt angår de tilsvarende for dommere gældende regler, se L. Nørregaard: Forelæsninger over den danske og norske Ret, 5. del 1970 § 1451:

»III. Betreffende en Dommers Inhabilitet i henseende til hans udvortes Tilstand, da haver samme følgende Aarsager:

1) Om Dommeren er berøgtet, der er: om han i Staten mangler enten alene den specielle simple Agtelse, eller tillige den almindelige simple Agtelse Loven siger nemlig i 1-5-1- Art., at dommere skulde være uberygtede Dannemænd.

Kap.I.4.1.

A. En Dommer er inhabil formedelst Mangel af den almindelige simple Agtelse i Staten:

a) Naar han ved Dom er fældet paa sin Ære, og altsaa er dømt til den større Infamie. 1-5-1. Ja det som meere er:

b) Naar han aleene til Tinge tiltales for en Sag, som hans Ære, eller gode Navn og Rygte og Oprigtighed paagielder; thi da siger Lovens 1-5-2 cfr. med 3-4-4, at hen ei maae beklæde Dommersædet, førend han ved endelig dom er frikiendt og erklæret. Hvoraf følger:

a) At denne Inhabilitets Aarsag ei ophører, om Dommeren i en saadan Sag kunde blive forligt med sin Contrapart; thi Loven vil, at Dommeren, om ikke paa den eene, saa paa den anden Maade, skal ved endelig Dom frikiendes og erklæres; skulde altsaa hans Contrapart forlade den mod ham reiste Æresag, maae Dommeren alligevel udføre samme, for at faae den ommeldte Frifindelses Dom.

b) Siden Loven i dette Tilfælde forudsætter, at Dommere søges og tiltales til Tinge, hvilket ei kan siges at skee uden ved Stævning; saa blive følgen heraf, at en Dommer ei er forbunden at vige sit Sæde for bare og løse beskyldninger, men han bør derved at blive, indtil han lovligen søgt vorder.

B. En Dommer er ligeledes inhabil formedelst Mangel af den Specielle simple Agtelse i Staten, naar han efter forordn. af 23. Octbr. 1700 er dømt uværdig til

...

Det ovenfor anførte afsnit hos Brorson omhandler øvrighedspersoners pligt til at vige deres sæde, når sager vedrørende deres ære er rejst imod dem. De nærmere betingelser i den henseende vil ikke blive taget op på dette sted. Den afgørende pointe i denne sammenhæng er, at reglerne synes at være de samme for dommere og øvrighedspersoner, jfr. »*øvrighedspersoner, dommere og skrivere*«. (Brorson: Forsøg til tredie Bogs Fortolkning 1. bind, 1796 s. 46).

Det drøftes efterfølgende, om lovstedet henregner skriveren under øvrighedspersonerne. Det anføres, at dette spørgsmål i almindelighed må besvares med et nej. I forhold til det foreliggende spørgsmål anføres det imidlertid, at svaret er temmelig ligegyldigt, idet resultatet bliver det samme »*for sager som deres ære eller gode navn og rygte og oprigtighed paagielde*«. Udtrykket angives at måtte forstås som enhver sagsgivelse, med hvilken embedsmanden beskyldes for handlinger, som, dersom de foretagne, måtte gøre ham uværdig til bestyrelsen af de offentlige forretninger.

Første del. Kap.I.4.1.

Derimod synes der at eksistere en forskel med hensyn til placeringen af kompetence i habilitetsspørgsmål, hvorom det hedder, at »Sigtelsen mod Magistratspersonen maa efter det foregaaende Lovsted indberettes til Kongen, dersom han ikke godvilligt vil vige sit Sæde. Dommeren paakiender i hensigt til sig selv Sigtelsens Beskaffenhed i denne henseende, naar Erceptionen for Retten fremsættes; han afgør og, om Skriveren i Retten kan forestaa sit Embede. *Om Forretningerne uden for Retten synes det samme at gielde som for Magistraten*«. (Brorson: Forsøg til tredje Bogs Fortolkning, 1796 s. 48).

Det citerede stykke synes at måtte forstås således, at den inhabilitetsbegrundende sigtelse imod magistratspersoner må indberettes til kongen, såfremt den vedkommende ikke godvilligt viger sit sæde. Derimod gælder for dommere, at disse selv påkender sigtelsens beskaffenhed i denne henseende, ligesom dommeren også afgør spørgsmålet om, hvorvidt skriveren i retten kan forestå sit embede. For så vidt angår forretningerne uden for retten, er reglerne de samme som for magistraten.

Hvordan det end forholder sig med udlægningen af disse ikke alt for præcise kilder, må den antagelse kunne lægges til grund, at sondringen mellem dømmende myndighed og øvrighedsmyndighed i forhold til habilitetskravenes rækkevidde må være mindre relevant, i jo højere grad administrative og judicielle funktioner er sammenblandede, jfr. således et ret så håndfast udsagn i denne henseende, fremsat i slutningen af det 18. århundrede: »Da Købstædernes Øvrigheder er til dels Dommere og til dels Magistrat, saa er og deres Pligter alle de samme, som indeholdes i Lovens første Bog, 5. Kapitel og 3. Bog 1-4 (Dons: Forelæsninger over den danske og norske lov, 1. del 1788 s. 149). Her ser man helt eksplicit udtalt, at magistraterne har karakter af blandede administrative/judicielle myndigheder, og at som følge heraf de for domstolene gældende procesregler også gælder magistraternes virksomhed (Om beføjelser og pligter i øvrigt se opsummeringen op.cit. s. 149-53).

Antagelsen om, at der ikke i habilitetsmæssig henseende er grundlag for en sondring mellem dømmende myndighed og øvrighedsmyndighed i det omfang, disse funktioner sammenblandes bestyrkes yderligere af det forhold, at det personelle og funktionelle sammenfald mellem dømmende og administrativ myndighed, som i 1800'tallet videreføres på det lokale plan, jfr. ovenfor afsnit 2.3. ..., i vidt omfang har korresponderet med et materielt sammenfald mellem karakteren af henholdsvis øvrighedsmyndighed og dømmende myndighed.

Offentligretlige afgørelser har således i helt overvejende grad haft karakter af, hvad der i moderne sprogbrug netop betegnes som *myndighedsudøvelse*, påbud, forbud, tilladelser i modsætning til generelle reguleringer eller offentlige ydelser.

Forskellen mellem øvrighed og dømmende myndighed bliver således hovedsageligt af formel/funktionel karakter. Imidlertid øges opmærksomheden over for eksistensen af denne forskel, hvilket klart kommer til udtryk i de af Ørsted opstillede kriterier for afgrænsningen af henholdsvis dømmende myndighed og øvrighedsmyndighed. Ørsted definerer øvrighed som »saadanne Personer som Regeringen har betroet at vaage over de Love, hvis Overholdelse interesserer det offentlige«. (Ørsteds supplement til Nørregaards Forelæsninger over den danske og norske private ret, 2. bind 1806 s. 209)

Om domstolene udtaler Ørsted, at »fra den dømmende Myndighed adskilles Øvrighedsmyndighedsmagten, der er en Green af den saakaldte executive, eller bedre regjerende Magt (potestas rectoria) derved at hün blot påkjender de Retstretter, som blive fremførte fra samme, uden at være pligtig til at vaage over den Offentliges Interesse«. (Op.cit. s. 210).

Senere anfører Ørsted, at selv om sontringen ikke altid så skarpt lader sig foretage, så er funktionerne dog begrebslig forskellige. »Og det er ikke uden juridisk følge at skjelne det, Dommeren foretager sig i sin egentlige dømmende function, fra de Bestanddele af den magistralske Myndighed, som ere indblandede i hans Embede«. Således kan dømmende funktioner alene omstødes ved anke til højere domstol, hvorimod øvrighedsforretningerne hører under højere øvrigheds nærmere bedømmelse (Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, 3. bind 1828 s. 6).

Det er af de anførte kilder ikke ganske klart, om Ørsted hermed har villet give udtryk for den opfattelse, at der i forvaltningen skulle gælde andre habilitetskrav end de, der gælder for domstolene. Ørsteds sigte synes imidlertid først og fremmest at være selve spørgsmålet om adskillelse/sontring mellem dømmende og administrativ myndighed. Sentensen »selv i Christian V's lov findes denne forskel temmelig nøje iagttaget, og man finder på flere steder dommere og øvrighed udtrykkelig adskilte fra hinanden«, med en henvisning til bestemmelser, hvor dommere og øvrighed udtrykkelig er udsondret fra hinanden - bl.a. Danske Lov 1-5-6 - altså bestemmelsen om dommeres specielle habilitet - synes at bekræfte, at Ørsteds hovedsigte er sontringen domstole/øvrighed som sådan.

Første del. Kap.I.4.1.

Imidlertid synes de anførte kilder af Ørsteds samtid også at være blevet tillagt den betydning, at dommerne i habilitetsmæssig henseende er stillet anderledes end øvrighedspersoner, jfr. således Christian Ehlers Hertz, (Bemærkninger til den første bog af Danske Lov, 1837) hvor det om Danske Lov 1-5-6 anføres, at der er tale om et af de lovsteder, »der viser, at der ofte i loven gøres forskel på dommere og øvrighed, cfr. Ørsteds Haandbog i dansk Lovkyndighed, 3. bind s. 2«. Idet det antages, at cfr. skal opfattes synonymt med jfr., må bemærkningen opfattes som udtryk for, at sondringen mellem judiciel myndighed og øvrighedsmyndighed *er* af relevans for afgrænsningen af habilitetskravene.

Også Nellemann opererer med en skarp sondring mellem judicielle og administrative myndigheder/funktioner:

»Ligeledes maa den omhandlede Udskillelse gjøres, uden Hensyn til om Embederne ere saaledes organiserede, at de judicielle Autoriteter ere befrie-
de for alle administrative Forretninger og omvendt, eller om disse Functioner
udøves af de samme Embedsmænd; thi dette sidste er dog naturligviis ikke til
hinder for at skjelne mellem, hvad den paagjældende Embedsmand udfører
som dommer, og hvad han foretager i Egenskab af Øvrighedsperson« (Civil-
processens almindelige del, 3. udg. 1887 s. 69).

Genstanden for Nellemanns behandling af spørgsmålet er procesretten. Som afgørende kriterium for om »Grænsen imellem Administrationens og Domstolenes kompetence ...« sættes, »om den endelige Afgjørelse tilfalder den ene eller den anden af disse ...« (op.cit. s. 70). Nellemann opererer i denne henseende med et udførligt system af kriterier til bestemmelse af kompetencens materielle karakter. Således om afgørelsen i sin form er generel (op.cit. s. 84). Om retsforholdet efter sin »objektive natur« er privatretlig (op.cit. s. 78-80). Om afgørelsen indebærer pålæggelse af straf (op.cit. s. 82). Samt om den pågældende sag/afgørelse er omfattet af endelighedsbestemmelser (op.cit. s. 84-98).

At sondringen mellem judicielle og administrative myndigheder/funktioner også er af betydning for habilitetskravenes rækkevidde, fremgår klart, når det afvises, at de specielle habilitetskrav også skulle gælde i forhold til »jurisdictio voluntaria«, som af forfatteren anses for en administrativ funktion.*)

Det ovenfor behandlede spørgsmål om forholdet mellem de for domstolene og øvrighedsmyndigheder gældende habilitetskrav er snævert forbundet med spørgsmålet om habilitetsreguleringens generelle udviklings- og intensitetsniveau på et givet tidspunkt.

Efter sin ordlyd regulerer Dansk Lov 1-5-6 kun den højeste grad af tilknytningsforhold, der kommer til udtryk i vedkommendes egen (part eller partsliggende) interesse i sagen. Et sådant helt elementært habilitetskrav har utvivlsomt også i vid udstrækning været gældende for udøvelse af forvaltningsmyndighed.

Man må i denne forbindelse være opmærksom på, at såvel underretter som lokale øvrighedsmyndigheder typisk har haft deres virksomhedsområde i meget små integrerede samfund med de deraf følgende snævre grænser for det praktisk mulige intensitetsniveau i habilitetsreguleringen.

For underretternes og den lokale forvaltnings vedkommende må tilknytningen mellem den offentligretlige kompetences bærere og det lokalsamfund, fra hvilket disse udgår - og som er genstand for kompetencens udøvelse - forudsætningsvis have været så snæver, at det, målt med nutidens alen, i sig selv ville give anledning til omfattende habilitetsproblemer, jfr. ovenfor.

Og det forhold at magistratsmedlemmerne og medlemmerne af rådstueretterne - ligesom på landet retsbetjentene - blev rekrutteret lokalt bevirkede sammen med det forhold, at de pågældende på grund af manglende eller ringe vederlag måtte beholde deres borgerlige næring et habilitetsproblem, jfr. ovenfor afsnit 2.2. Og da dommerne tilmed som udgangspunkt blev rekrutteret blandt bybefolkningens overklasse, købmandsstanden, opstod der risiko for, at de pågældende via dommerhvervet kom i konflikt med deres forretningsforbindelser. Det forhold, at der i begyndelsen af det 18. århundrede sker en egentlig forskydning i retning af embedsbesættelse med folk udefra, som er nødt til at ernære sig af embedet, afhjælper naturligvis problemet. At problemet dermed langt fra

*) »Derimod synes de for Dommerinhabiliteten gjældende Regler ikke at kunde finde Anvendelse, naar der blot handles om Udøvelsen af den saakaldte *jurisdictio voluntaria*; Dommeren bliver altså ikke inhabil til at tinglæse sine egne eller sine beslægtedes Dokumenter ...« (op.cit. s. 217). Tilsvarende træder klart frem af argumentationen for at betragte skifteforvaltere, fogder og auktionsforvaltere for omfattede af dommerhabilitetsreglerne (op.cit.).

Første del. Kap.I.4.1.

kan betragtes som elimineret udtrykkes klart af Hother Hage: »Vi må allerede her fremhæve, at underdommerne tillige er administrative embedsmænd og politimestre. Som sådanne kommer de i stadig berøring og konflikt med borgerne. De erholde venner og fjender i deres kommune, og de bliver således let tilbøjelige til at vise strenghed mod én, mildhed mod en anden« (De faste Statsdommere og edssvorne Retter 1847).

Dette forhold må i forbindelse med den høje grad af integration mellem udøvende og dømmende myndighed have betinget, at habilitetskravene på det lokale plan så langt op i historien i det store og hele har været sammenfaldende for de to myndighedstyper, og at habilitetsreguleringen har været af helt elementær karakter, i betydningen at kun meget nære grader af tilknytningsforhold har konstitueret inhabilitet.

Intensiveringen at de for dommere gældende habilitetskrav må herefter betragtes som udtryk for udviklingen af en retsopfattelse, hvorefter domstolsafgørelsen fordrer særlige retssikkerhedsgarantier. En opfattelse, som fra de øverste trin i domstolshierarkiet forplantede sig til underretterne med mulighed for at slå afgørende igennem i takt med disses udskillelse fra lokalforvaltningen.

Til yderligere illustration og perspektivering af de anførte sammenhænge kan peges på nogle træk i udviklingen af engelsk ret. I slutningen af det 15. århundrede var kommunestyret placeret i hænderne på *the justices of the peace*. Via lovgivningen blev der i perioden op til det 19. århundrede konstant overført kompetence af administrativ karakter til dommerne, således at de i løbet af tudor-perioden udviklede sig i retning af at være indehavere af den generelle kommunale kompetence. De udøvede deres magt gennem »county quarter sessions«, med hensyn til fattiglovgivning, vedligeholdelse af veje, broer og tugthuse. Ligesom de også forestod administrationen af beværterbevillinger. Der blev oprindeligt ikke gjort noget forsøg på at adskille disse funktioner fra judicielle funktioner udøvet af de samme dommere. Resultatet heraf var, at der opstod en sammenblanding af administrative og judicielle funktioner, og at disse funktioner - uanset deres art - blev udøvet snart via quarter sessions eller i rettens form (grand jury) (Hart's Introduction to the law of local government and administration, ninth edition 1973 s. 376. Wade: Administrative law 1977 s. 96f).

Kontrollen med kommunerne var af retlig karakter og blev udøvet af de overordnede domstole.

Delvis som følge af lovændringer, delvis som følge af praktisk nødvendighed skete der dog en udskillelse af de kommunale anliggender (udøvet i quarter sessions) fra de egentlige judicielle opgaver, således at førstnævnte blev udøvet

i administrative i modsætning til judicielle former (op.cit. s. 176 og 97). Imidlertid kom denne praktisk gennemførte adskillelse mellem administration og retssag for sent til at ændre den retlige natur (legal nature) af begge former for virksomhed, som blev varetaget i quarter sessions. Resultatet heraf var, at begge kompetenceområder i retlig henseende blev betragtet som »judicial«.

Som en afledt virkning af denne sammenhæng afgrænses de for kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitetskrav yderst intenst (Wade s. 403). Man kan således i almindelighed konstatere, at der ikke er nævneværdige forskelle med hensyn til intensiteten i afgrænsningen af de henholdsvis for domstolene og kommunerne gældende habilitetskrav (op.cit. s. 403).

I tysk/prøjsisk ret sætter adskillelsen af judicielle/administrative organer (personer) og funktioner på det lokale plan tidligt ind. Dette kommer bl.a. til udtryk i, at der allerede i slutningen af 1700'tallet opstilles særlige - helt elementære - kommunale habilitetskrav (Geyer s. 31).

4.2. Etableringen af de for administrative myndigheder gældende habilitetskrav

4.2.1. Fremkomsten af kommunale habilitetskrav

Habilitetskrav gældende for administrative myndigheder, som rækker ud over det helt elementære forbud mod at træffe afgørelse i egne sager, synes tidligst - omend nok så vagt - at være formuleret/etableret i forhold til kommunalbestyrelsesmedlemmer.

Udgangspunktet har klart været de for dommere gældende habilitetskrav, jfr. Danske Lov 1-5-6 og den usikkerhed der er knyttet til reglernes nærmere afgrænsning er - i lighed med det ovenfor anførte om de for dommere gældende habilitetskrav - centreret omkring den habilitetsmæssige betydning af familie- og slægtskabsforhold.

Retsgrundlaget vedblev helt op til styrelsesloven i 1969 i hovedsagen at være uskrevne grundsætninger - om end delvist optaget i de kommunale forretningsordener, jfr. kap. VIII. Hverken anordning af 24. oktober 1837 angående købstædernes økonomiske bestyrelse eller den tilsvarende anordning om landkommunalvæsenet af 18. august 1841 rummer således bestemmelser vedrørende de her omhandlede habilitetsspørgsmål.*) I det

*) I lovgivningen vedrørende kommunale opgaver findes dog relativt tidligt eksempler på habilitetsregler. Se f.eks. lov om istandsættelse og vedligeholdelse af private veje af 14. april 1865, jfr. lov nr. 139 af 30. november 1876.

Første del. Kap.I.4.2.1.

omfang spørgsmålet om habilitet blev gjort til genstand for behandling på formaliseret grundlag, var regeldannelsen udtryk for en meget snævrere opfattelse af habilitetskravenes rækkevidde end den der præger moderne kommunalret.

Landkommunalloven af 1867 § 3 og købstadskommunalloven af 1868 § 6 bestemmer, at »beslægtede i op- eller nedstigende Linje må ikke på samme Tid have Sæde i Rådet«.

Denne for så vidt opsigtsvækkende regel om generel inhabilitet som medlem af *kommunalbestyrelsen* afspejler et samfund, hvor man åbenbart har betragtet risiko for politisk sammenspisthed og magtkoncentration på familie- og slægtskabsmæssigt grundlag for en større fare end konkrete tilfælde af speciel inhabilitet på tilsvarende grundlag. Det retlige grundlag for afgørelse af spørgsmålet herom er således uskravne grundsætninger af ret så usikkert indhold. Af indenrigsministeriets skrivelse af 5. december 1851 fremgår det således, at det anses for vanskeligt at opstille ubetingede regler om speciel inhabilitet vedrørende de anførte grader af slægt- og svogerskab. Udgangspunktet er helt domineret af tilknytningsgrader, der konstituerer en egeninteresse i snæver forstand. Således udtaler Schou (Landkommunernes forfatning og styrelse 1881), at »ifølge Sagens Natur og Lovgivningens Grundsætninger (danske Lov 1-5-6) kan ingen afgive sin Stemme i sin egen Sag, og det Sogneraadsmedlem, hvem den foreliggende Sag paagjælder, kan derfor ikke deltage i Afstemningen«. (Op.cit. s. 78) For så vidt angår andre mere indirekte grader af tilknytningsforhold anføres, at lovgivningen intet udtrykkeligt forbud indeholder imod, at sognerådets medlemmer deltager i behandlingen af sager, som personligt angår deres pårørende (beslægtet eller besvogret), og *nogen almindelig eller ubetinget regel herom lader sig næppe opstille*. Der henvises til den ovenfor anførte indenrigsministerielle skrivelse af 5. december 1851. Afgørelsen af sådanne habilitetsspørgsmål må i det enkelte tilfælde være afhængig af, »hvorvidt vedkommende Sognerådsmedlems Egeninteresse derved påvirkes, saa at Sagen kan siges, omend kun middelbart, at gælde ham selv« (Op.cit. s. 79).

Hvad der nærmere ligger i afgrænsningen, at interessen »middelbart« skal være vedkommendes egen forekommer ikke ganske klart. Men i hvert tilfælde synes man ganske fremmed over for den tanke, at *identifikation* i sig selv skulle kunne begrunde inhabilitet. Interessen skulle kunne afgrænses som personlig i snæver forstand.

Der kan måske nok på uskrevent grundlag opstilles en formodning for inhabilitet.

Indenrigsministeriets skrivelse af 5. december 1851 danner i det væsentlige også grundlag for retsstillingen senere. Således hedder det hos Oxholm (Landkommunernes Styrelse 1935 s. 93f og P. F. Schou: Kjøbstadens forfatning og styrelse 1901 s. 461), at der ingen udtrykkelige lovregler findes med hensyn til, om et sognerådsmedlem kan deltage i behandlingen af sager, som personligt angår deres *pårørende* (Jfr. indenrigsministeriets skrivelse af 5. december 1851). Det anføres imidlertid også, at det stedse har været anset som stemmende med »*lovgivningens grundsætninger*«, at ingen kan stemme i en sag, der vedrører ægtefælle og beslægtede eller besvogrede i lige op- eller nedstigende linje? (Indenrigsministeriets skrivelse af 23. april 1930 og Sogneraadstidende 1930-31 s. 104).

Reguleringens tyngdepunkt er først og fremmest den *direkte personlige* interesse. Et sognerådsmedlem bør således ikke deltage i rådets forhandlinger angående køb til skole af ham tilhørende grund. (Sogneraadstidende 1918-19 s. 358) Et sognerådsmedlem kan heller ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om meddelelse af bevilling til gæstgivere i en ham erhvervet ejendom (Indenrigsministeriets skrivelse af 22. januar 1920, Sogneraadstidende 1919-10 s. 468).

Som anført ovenfor er regulering af sådanne tilknytningsgrader og interessetyper ikke udtryk for nogen nydannelse. Således udtaler indenrigsministeriet (Skrivelse af 12. september 1855), at et medlem af sogneforstanderskabet er specielt inhabil ved ansættelse af egen ydelse (højtidsoffer).

Er interessen af mere indirekte/formidlet karakter, bliver retsstillingen tilsvarende usikker. Som anført kan vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem ikke deltage i egen skatteansættelse (Jfr. Schou: Kjøbstadskommunernes styrelse s. 480). Men indenrigsministeriet har udtalt, at en regnskabsfører for en skatteyder ikke på forhånd er udelukket fra i sin egenskab af sognerådsmedlem at deltage i behandlingen af den pågældendes skatteansættelse, men sognerådet måtte selv under appel til amtsrådet afgøre spørgsmålet om, hvorvidt medlemmet på grund af en personlig interesse i sagen skulle vige sit sæde forinden afstemningen (Indenrigsministeriets skrivelse af 4. april 1927 og Sogneraadstidende 1927-28 s. 37).

Det kan i forhold hertil forekomme bemærkelsesværdigt, at habilitetsreguleringen for så vidt angår sager vedrørende kommunens *indre styre* fra et

Første del. Kap.I.4.2.1.

tidligt tidspunkt synes at have været præget af en ret så høj grad af intensitet. Således anfører Oxholm med henvisning til kancelliskrivelse (af 22. august 1844), at »en Skolelærer bør vige sit Sæde i alle Sager, der vedkommer hans egen Skole, eller, saafremt han tillige er Kirkesanger, hans stilling som saadan«.

Det er imidlertid lidt usikkert, hvor langt denne skrivelse rækker. Den opstillede regels sigte synes primært positivt at fastslå, at en lærer - selv om vedkommende er bruger af skolejorden - kan være medlem af sogneforstanderskabet. På den anden side fastslår skrivelsen klart, at han bør fratræde »i alle de sager der vedkomme hans egen Skole ...«.

For så vidt angår tilknytning som kirkesanger, er retsvirkningen inhabilitet i forhold til alle sager, der vedkommer »hans stilling som saadan«.

Rent sprogligt er de to tilfælde behandlet fuldstændig integreret, jfr.

»give Skolelærere den i Anordningen om Landkommunevæsenet af 13de August 1841 § 3 ommeldte Valgret og Valgbarhed - svares, at der i den citerede Anordnings Bestemmelse Intet kan været til hinder for, at en skolelærer, som bruger af Skolejord, vælges til Medlem af et Sogneforstanderskab, men isaafald bør han i alle de Sager, der vedkomme hans egen Skole, eller, saafremt han tillige er Kirkesanger, hans Stilling som saadan, fratræde Forstanderskabet, hvorhos det iøvrigt nøie bør paasees, at Skoleunderviisningen Intet lider ved hans Funktioner i Sogneforstanderskabet«.

Og spørgsmålet må da også være, om intensiteten i afgrænsningen ikke er tænkt at skulle være den samme. Forklaringen på den forskellige sproglige fremtrædelsesform kunne således være, at datidens skolestørrelse/struktur etc. i sig selv betinger en tæt - til sammenfald grænsende - nær tilknytning mellem sager vedrørende skolen og vedkommende lærers stilling, et forhold som vel ikke i samme grad kan antages for så vidt angår forholdet mellem kirkens sager i almindelighed og kirkesangerens stilling (om sogneforstanderskabets/sognerådets kompetence i sager af betydning for kirken, se Schou 1881, s. 327 og 130-40).

Tilsvarende kan måske anføres når købstadskommunalloven af 1868 § 33 bestemmer, at »dog kan Ingen deltage i paakiendelsen af en Regnskabsudsættelse som vedkommer den Forvaltning i hvilken han som medlem af et stående udvalg eller ifølge et særligt ham overdraget kommunalt hverv har andel i«.

4.2.2. Etablering af almindelige forvaltningsmyndigheder gældende habilitetskrav

Med gennemførelsen af den organisatoriske adskillelse af dømmende og udøvende magt aktualiseres spørgsmålet om forholdet mellem de for domstolene og forvaltningen gældende habilitetskrav.

Teoriens behandling af spørgsmålet tager i perioden efter århundrede-skiftet udgangspunkt i den opfattelse, at de for dommere gældende habilitetskrav er særligt strenge, hvorfor de ikke kan antages at omfatte forvaltningsmyndigheder.

Habilitetsspørgsmålet behandles af Poul Andersen i 1924 (om ugyldige forvaltningsakter). Med udgangspunkt i konstateringen af de retstekniske vanskeligheder, som er forbundet med magtfordrejningsprøvelse - hvor magtfordrejning anerkendes som en »subjektiv ugyldighedsgrund« - konstaterer Poul Andersen, at der kan »være trang til en regel om, at et forvaltningsorgan er udelukket fra at fungere, *hvor det - omend kun rent objektivt - er væsentligt interesseret i den foreliggende sag*« (op.cit. s. 305).

Spørgsmålet om analogi fra retsplejelovens regler diskuteres ikke. Spørgsmålet for Poul Andersen er, om en regel som formuleret ovenfor »kan betragtes som en *retsgrundsætning*, der må være gældende uden positivt at være udtalt« (op.cit., Poul Andersens kursivering). Resultatet heraf bliver, at det »kun i almindelighed kan siges, »at et forvaltningsorgan er udelukket fra at fungere, hvor vedkommende embedsmand har en *personlig* og *væsentlig* interesse i den pågældende forvaltningsakt. I sidstnævnte henseende må det kræves, at den foreliggende interesse er af en sådan betydning, at den med rimelighed kan antages at kunne øve indflydelse på afgørelsen« (kursiveringen indsat af Poul Andersen). Poul Andersen anfører yderligere, at »stærkt må det betones, at kun en *særlig* personlig interesse i sagen kommer i betragtning ... (op.cit. s. 307-08, Poul Andersens kursivering). Såvel Poul Andersens udtryksform som de anvendte eksempler indicerer en begrænset reguleringsintensitet. De omhandlede enkeltkrav er da også af meget elementær karakter. Således udtaler Poul Andersen om inhabilitet som følge af slægts- og svogerskabsforhold, at »snarere kunne dette - i analogi med proceslovens regler - være rimeligt om visse nære *familie- og svogerskabsforhold*. Dog kender jeg intet eksempel på, at et sådant har medført annullation af en forvaltnings-akt« (op.cit. s. 308).

Første del. Kap.I.4.2.2.

Poul Andersen yder ikke den kommunale habilitetsproblematik særlig opmærksomhed. Og der anvendes omtrent ingen danske kilder, men derimod henvisninger til fransk og især svensk og tysk ret (jfr. op.cit. s. 308-10).

I 1930 antager Poul Andersen som udgangspunkt, at der i forvaltningsretten findes uskrevne grundsætninger om speciel habilitet. »Herfor taler dels afgørende grunde efter sagens natur, dels de ovennævnte andre spredte positive bestemmelser (Hovedpunkter af forvaltningsretten I s. 267-68). De behandlede /formulerede habilitetskrav er stadig af elementær karakter. Poul Andersen inddrager nu dansk lovgivning og praksis, herunder og især kommunalretlig praksis (op.cit. s. 267-68).

Om inhabilitet på grund af familie- og slægtskabsforhold udtaler Poul Andersen for det første, at regler, som de der findes i retsplejeloven herom, »lader sig naturligvis ikke opstille uden positiv hjemmel, idet navnlig en analogi fra retsplejelovens bestemmelser ikke tør drages. Det afgørende må være - også hvor sagen angår pårørende, jfr. Ind.min.'s skr. 5. dec. 1851 - om den foreliggende interesse er af en sådan betydning, at den med rimelighed kan antages at øve indflydelse på afgørelsen (op.cit. s. 268).

I 1946 (Dansk forvaltningsret, 2. udg.) er habilitetskravene beskrevet mere detaljeret og nuanceret. Poul Andersen henviser bl.a. til de i 30'erne udkomne svenske værker om emnet.*)

I forbindelse hermed formulerer Poul Andersen også mere nuanceret de til grund for habilitetskravene liggende hensyn, og opererer herunder med afvejning af garantihensynet over for hensynet til organets funktionsmulighed/effektivitet herunder substitutionsproblematikken etc. (op.cit. s. 437f).

Afvisningen af analogi fra retsplejeloven opretholdes, omend måske i en mindre kategorisk form (op.cit. s. 438-39). I forbindelse hermed bemærker man sig fremkomsten af en grundsætning om inhabilitet som følge af familie- og slægtskabsforhold, i forhold til hvilken kommunalretlig praksis spiller en helt central rolle (op.cit. s. 439).

*) Henrik Munktell om Jävs för hållanden inom statsförvaltningen, Uppsala 1936. Halvar G. F. Sundberg: Jävsbestemmelser i kommunalrätten, Svensk Stadsförbundets Tidsskrift 1934 s. 77f. Gabriel Thulin: NAT 1936 s. 238ff.

Udvidelsen i omfanget af offentlige opgaver i 1930'erne og 40'erne antager nærmest eksplosiv karakter efter krigen. Statsinterventionen griber ikke blot om sig i omfang men antager også ændrede former. Således eksempelvis styring ved øget anvendelse af »korporative råd og nævn« (se om begrebet Drude Dahlerup m.fl. Økonomi og politik 1975 årgang 49. For en diskussion af begrebet Henning Jørgensen: Korporatisme teori og fagbevægelser – Fagbevægelsen og krisen - Samfundsvidenskabeligt forlag 1982). I kølvandet på denne udvikling får også spørgsmålet om habilitetskravenes nærmere afgrænsning og grundlag fornyet aktualitet.

Om analogi fra retsplejelovens regler hedder det hos Poul Andersen i 1956 (Dansk forvaltningsret, 3. udg.), at »disse bestemmelser kan ikke finde *almindelig analogisk* anvendelse inden for forvaltningen ...« (op.cit. s. 420-21). Er der tale om en klagesag, »må det antages, at den pågældende ikke kan tage del i klageinstansens behandling af sagen, jfr. retsplejelovens § 60, 1. stk. nr. 5 (op.cit. s. 424). Om inhabilitet som følge af slægtskabs- og familiemæssig tilknytning hedder det, at »også i ulovbestemte tilfælde vil imidlertid pårørendes interesse kunne medføre inhabilitet ... I praksis er det fra gammel tid antaget, at medlemmer af kommunalbestyrelser ikke kan stemme i en sag, der angår ægtefælle eller beslægtet eller besvogret i op- eller nedstigende linje. I almindelighed kan afgrænsningen formentlig ikke være snævrere« (op.cit. s. 425). Og »ej heller kan den der udøver et offentligt hverv, behandle eller tage del i behandlingen af sager, der vedrører tilsyn eller kontrol med hvervets udførelse, jfr. KKL § 29, 4. stk. (op.cit.).

Habilitetsspørgsmålet behandles særligt med henblik på nævn og råd af Bent Christensen (Nævn og råd 1958), og for så vidt angår kommunerne af Erik Harder (NAT 1955 s. 359-73 og Sognerådstidende 1956 s. 32-46 og 212ff). Begge forfattere tilslutter sig teoriens almindelige antagelse om, at retsplejelovens regler ikke uden videre lader sig anvende analogt på nævn eller kommuner, men at de principper som kommer til udtryk i retsplejeloven også er af betydning for habilitetskravene gældende for disse myndighedstyper.

I tiden op til Harders artikler 1955 havde habilitetsspørgsmålet - i lighed med det ovenfor anførte om det 18. århundrede - næsten udelukkende været fokuseret på spørgsmålet om familie- og slægtskabsrelationer som inhabilitetsårsag.

Af særlig praktisk betydning for den øgede fokusering på habilitetspro-

Første del. Kap.I.4.2.2.

blematikken blev ombudsmandens praksis. Men op til 1970 er kommunale habilitetssager næsten ikke repræsenteret heri. *)

For så vidt angår ikke-kommunale habilitetssager er ombudsmandens praksis i perioden frem til 1970 helt domineret af spørgsmålet om to-instans inhabilitet. Reglen herom cementeres af ombudsmanden som en del af forvaltningsprocessen, idet de i strid med reglen eksisterende ordninger karakteriseres som »uforenelige med almindelige retsplejeprincipper«, (FOB 1956 s. 96) da »almindelige processuelle regler kræver« ... (FOB 1958 s. 31). På grundlag heraf reagerer ombudsmanden med en til tider alt andet end sagtmødig opfordring til ændring af retstilstanden - idet der peges på varig ændring af de pågældende myndigheders sammensætning (Se eksempelvis FOB 1969 s. 88). **)

Med hensyn til spørgsmålet om inhabilitet som følge af familie- og slægtskabstilknytning fastslår ombudsmanden princippet om at de forvaltningsmyndigheder gældende habilitetskrav ikke kan være strengere end de tilsvarende for dommere (i medfør af retsplejeloven) gældende. Ombudsmanden fandt således ikke grundlag for kritik, idet slægtskabsforholdet mellem en politifuldmægtig og en fraskilt far i en samkvemssag, ikke var så nært at det ville falde ind under retsplejelovens § 60 (FOB 1963 s. 61). Og for så vidt angår spørgsmålet, om forholdet er omfattet af den videregående bestemmelse i retsplejelovens § 62, stk. 1 vedrørende »andre omstændigheder, der kan vække tvivl« udtaler ombudsmanden benægtende med henvisning til manglende analog anvendelse af retsplejeloven inden for forvaltningen, da »det ikke tør antages, at forvaltningsmyndighedernes virksomhed er omgærdet med lige så stærke retlige garantier som domstolenes, jfr. Poul Andersen 4. udg. 1963 s. 445 og Bent Christensen: Nævn og råd s. 176 (FOB 1963 s. 61).

*) Se dog FOB 1966 s. 68 om generel habilitet som medlem af magistrat. Og FOB 1965 s. 159 om det habilitetslignende spørgsmål der er knyttet til kommunalbestyrelsesmedlemmers modtagelse af invitationer fra kommunale leverandører.

**) Som andre sager vedrørende to-instans inhabilitet kan anføres: FOB 1957 s. 63. FOB 1957 s. 90. FOB 1959 s. 130. FOB 1963 s. 29. FOB 1964 s. 93. FOB 1964 s. 116. FOB 1968 s. 76.

Fra begyndelsen af 1970'erne kan spores en klar udvikling i såvel antallet af habilitetssager som i grundlaget for disses afgørelse. I snæver sammenhæng med en klargøring/specificering af de til grund for habilitetskravene liggende hensyn og bedømmelsesgrundlagets enkelte bestanddele i øvrigt intensiveres habilitetsreguleringen. Især synes fremhævelsen af tillidshensynet af betydning i denne henseende. Ombudsmanden udtaler således, at »inhabilitetsregler bør forstås vidt under hensyntagen til, at deres formål ikke alene er at modvirke usaglige hensyn i den offentlige forvaltning, men *tillige at bidrage til at skabe tillid i videre forstand til myndighederne og deres afgørelser*« (FOB 1974 s. 262). Og hensynet hertil begrænses vel at mærke ikke til tilfælde - som det anførte - hvor forvaltningen udøver en domstolslignende funktion, men anføres også i forbindelse med kommunale habilitetssager, hvor den primære sags genstand er kommunens indre forhold.

Fra denne periode spiller ombudsmanden en meget central rolle i udviklingen af de for forvaltningen gældende habilitetskrav i almindelighed og de kommunale habilitetskrav i særdeleshed. Denne udvikling er - omend ikke eksplicit - så dog i sit resultat og grundlag udtryk for et ønske om og forsøg på at indsnævre den almindeligt i teorien antagne forskel mellem intensiteten i habilitetsregulering gældende for henholdsvis forvaltning og domstole. Midlet er hævde af retsplejelignende idealer om funktions- og interesseadskillelse i kommunerne.*)

Denne udvikling er bemærkelsesværdig, fordi den i perioden gennemførte kommunalisering af dansk forvaltning klart repræsenterer et brud på den beskrevne historiske udvikling af den offentlige magts bureaukratisering. Man kunne på baggrund heraf måske forvente, at den almindelige antagelse om og understregning af mindre strenge habilitetskrav gældende for forvaltningen ville blive understreget i forhold til kommunalbestyrelsen som forvaltningsmyndighed. Imidlertid ser man omvendt, at den almindelige af-judicialisering som kommunaliseringen generelt må siges at være udtryk for imødegå af ombudsmanden ved hævde af habilitetskrav i forhold til myndigheds- og afgørelsestyper, som i bred almindelighed kan karakteriseres som alt andet end judicielle.

*) Om udviklingen og karakteren af ombudsmandens bedømmelsesgrundlag se i øvrigt Rønsholdt: NAT 1977 s. 1ff.

Første del. Kap.I.4.2.2.

Imidlertid er vurderingen af et sådant tiltags forhold til den samlede udvikling yderst vanskelig, allerede fordi denne »samlede« udvikling er sammensat af flere udviklingsforløb og/eller retninger, hvis betydning som vurderingsgrundlag bl.a. afhænger af, på hvilket niveau vurderingen foretages. Således kan den judicialisering styrelseslovens gennemførelse i sig selv er udtryk for, især dennes bestemmelse om enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmers og mindretals retsstilling, såvel ses som udtryk for bureaukratiseringstendenser, som for udvikling/styrkelse af det kommunale demokrati. Og tilsvarende kan udviklingen i retning af skærpet retligt ansvar for kommunalbestyrelsesmedlemmer ses som udtryk for bureaukratisering og/eller som kompensation for den af-judicialisering/bureaukratisering (kommunalisering om man vil) som udviklingen mod slækket habilitetsregulering, modificeret delegationsforbud samt i det hele åbnin-gen/udvidelsen af de retlige grænser for lovlige kommunale hensyn er udtryk for (Med henblik på den bredere undersøgelse af disse sammenhænge, jfr. utrykt arbejdspapir af Gerd Battrup).*)

Når problemstillingen kommer så særlig tydeligt til udtryk i svensk ret, beror det formentlig bl.a. på eksistensen af en i princippet klar sontring mellem det egentlige kommunale selvstyreområde og den del af den kommunale forvaltning, hvor kommunen fungerer som statens forlængede arm (jfr. yderligere herom kap. II-IV).

I denne sammenhæng skal i øvrigt peges på, at heller ikke de for domstolene gældende habilitetskrav er uforanderlige størrelser, og at der i

*) Som eksempel til klar illustration af sådanne forskellige/modgående tendenser til henholdsvis judicialisering/af-judicialisering af kommunalforvaltningen kan peges på, at der i de aktuelle svenske overvejelser om forholdet mellem kommunallagen og förvaltningslagen er stillet forslag om, at forvaltningslovens bestemmelser om speciel habilitet også kommer til at omfatte oreglerad kommunalvirksomhed (SOU 1983:73 s. 75-77 om revision af forvaltningsloven). Til forslaget realisering peges specifikt på, at forvaltningslovens habilitetsforskrifter overføres til kommunallagen ved, at der tilføjes sidstnævnte en bestemmelse, hvorefter der »i ärenden som avser myndighetsutövning mot enskild gäller 4 og 5 § förvaltningslagen (1971:209) om jäv« (SOU 1985:29 s. 96). Omvendt foreslås de gældende valgbarhedsbegrænsninger for tjenstemandsansatte i ledende kommunale stillinger ophævet, idet der henvises til, at »*de politiska partierna bör vid nomineringarna bedöma om det är lämpligt att vissa statsliga eller kommunala tjänstemän nomineras til kommunala förtroende uppdrag*« (SOU 1985:29 s. 71).

Kap.I.4.2.2.

grundlaget for deres udvikling/forandring også indgår påvirkning fra de forvaltningen gældende habilitetskrav. Således hedder det hos *Gomard*: »Civilprocessen, 1. udg., at »ejer dommeren blot en enkelt aktie i et børsnoteret selskab, som er part i sagen, *er han formentlig inhabil*« (s. 549 note 7). I 2. udg. hedder det imidlertid, at det forhold, at dommeren er »garant eller aktionær med mindre beløb i sparekasse eller aktieselskab, der er part i sagen, *bevirker ikke i almindelighed inhabilitet, sml. forslag til forvaltningsloven § 3, stk. 1, nr. 3*« (s. 579).

Kapitel II

Neutralitet og upartiskhed som habilitetskravenes grundlag i forhold til forskellige myndigheds- og afgørelsestyper

Habilitetsreglerne - der repræsenterer den specifikke retslige regulering af kravene til neutralitet og upartiskhed i forhold til den enkelte sag - må naturligvis afgrænses under hensyntagen til, at indehaveren af offentlig (retlig) kompetence også er medlem af det samfund, som er kompetenceudøvelsens genstand. Den enkelte myndighedsperson kan derfor ikke realistisk opfattes som en ubeskreven tavle i henseende til de modstridende interesser, sociale, politiske og ideologiske forestillinger, der gør sig gældende i dette samfund. Men spørgsmålet om habilitetskravenes ydre grænser kan ikke alene besvares med henvisning til denne elementære konstatering af dobbeltrollen som samfundsmedlem og forvaltningsmyndighed.

Også de offentlige myndigheder er engageret i den tillagte kompetences udøvelse. Dette engagement kan i det enkelte tilfælde konstituere en retlig mangel, herunder magtfordrejning. Men engagementet kan også - selv om det for så vidt danner grundlag for forudindtagethed/partiskhed - være fuldt lovligt. Problemet bliver således hvordan det inhabilitetsbegrundende engagement afgrænses i forhold til offentlige myndigheders *strukturelt betingede* mangel på neutralitet og upartiskhed (Jfr. *Steen Rønsholdt*: UfR 1980 s. 284 med henvisninger). Som følge heraf kan den indholdsmæssige bestemmelse af begreberne uafhængighed og upartiskhed ikke med mening foretages løst fra den samlede kontekst af myndighedsstruktur/offentligretlige kompetencer som er habilitetskravenes genstand (*Bent Christensen*: Nævn og råd s. 142).

Habilitetskravenes retssikkerhedsmæssige udgangspunkt er beskyttelse af »borgeren« mod offentlig magt/kompetenceudøvelse. Indholdet af

begreberne neutralitet og upartiskhed står da også klare i forhold til den klassiske trekant: Dommeren som opmand i en civil sag mellem to private parter. Ifølge sprogbugen udtrykker begrebet upartiskhed forbuddet mod, at indehaveren af afgørelseskompetencen (dommeren) »holder med« den ene af sagens parter. I forhold hertil rummer begrebet neutralitet et videregående forbud mod engagement i sagen, selv om et sådant engagement ikke har nogen af sagens parter som sådanne for øje.*)

Den høje grad af integration mellem udøvende og dømmende myndighed har som anført historisk betinget, at habilitetskravene - som i øvrigt efter deres indhold kan betegnes som elementære - i betydeligt omfang har været gældende for såvel dømmende som udøvende myndigheder. I forhold til dette udgangspunkt har habilitetskravenes udvikling været knyttet til den offentlige kompetences udbygning og specialisering. Det er domstolenes udskillelse fra den øvrige offentligretlige kompetencestruktur som har dannet grundlag for udviklingen af de for dommere gældende habilitetskrav, som vi i dag kender dem. De for forvaltningen gældende habilitetskrav synes derimod ikke historisk at have været tillagt tilsvarende opmærksomhed. Denne del af habilitetsreguleringen har i vidt omfang været afgrænset negativt i forhold til de for domstolene gældende habilitetskrav.

Spørgsmålet bliver herefter, om og i bekræftende fald hvordan den

*) *Prodromos Dagtoglau* opererer med *unparteilichkeit* og *neutralität* som modstillede størrelser. Neutralität tillægges betydningen »nicht-intervention« og i denne betydning kan som det fastslås i hvert tilfælde den moderne socialstat ikke være neutral. Men i denne henseende anses heller ikke dommeren/domstolen for neutral: »Der Ausdruck *neutraler Richter* ist wieder spruchsvoll, denn, indem der Richter sich mit dem Streitfall befasst, bleibt er ihm nicht fern und kann begrifflich unmöglich neutral sein«. (Befangenheit und Funktionen häuffung in der Verwaltung. Festgabe für Ernst Forsthoff 1967 s. 67) I modsætning hertil sættes begrebet *unparteilichkeit*. Upartiskhed er således ikke udtryk for ikke-intervention (neutralitet) men er derimod en positiv egenskab knyttet til interventionen. Såvel domstolene som forvaltningen er omfattet af kravet om upartiskhed, men indholdet/rækkevidden heraf er ikke ganske identisk. Den antagne forskel omfatter imidlertid alene upartiskhed i »institutioneller« forstand. Hvad derimod angår upartiskhed i »personeller« forstand er det normative krav til domstole og forvaltning identisk for så vidt angår forbud mod at varetage private interesser (Op.cit. s. 67f).

Første del. Kap.II.

stedfundne adskillelse og udbygning af offentligretlig kompetence afspejler sig i de for den enkelte myndigheds- og afgørelsestype antagne habilitetskrav. Hvad er det for træk ved domstolsafgørelsen som betinger afgrænsningen af de for domstolene gældende habilitetskrav. Og hvorved adskiller forvaltningsmyndigheden og forvaltningsafgørelsen sig herfra. Og hvordan lader specielt kommunalbestyrelsen som forvaltningsmyndighed sig indplacere i denne sammenligning.

Med udgangspunkt i den almindelige antagelse om, at de for domstolene gældende habilitetskrav er udtryk for den optimale fordring til upartiskhed - jfr. grundsætningen om, at forhold som ikke i medfør af retsplejeloven bevirker inhabilitet for dommere heller ikke kan antages at bevirke inhabilitet for forvaltningsmyndigheder (*Carl Aage Nørgaard, v/Jens Garde: Sagsbehandling* 1981 s. 62 og *Poul Andersen: Dansk forvaltningsret* 5. udg. 1965 s. 445f) - kan kategorierne af offentlige myndigheder indordnes på en skala, som i grove træk viser den antagne forholdsmæssighed i habilitetsreguleringens intensitet myndighedstyperne imellem:

Domstole/ domstolslignende forvaltningsorganer/ traditionelle forvaltningsorganer/ ministerkompetence/ kommunalbestyrelse/ parlament

Denne skalas basale grundlag er sontringen mellem den *politiske* og dermed arbitrære i modsætning til den *retlige* (regelbundne) afgørelse repræsenteret ved skalaens yderpunkter parlamentet og domstolene.

Imellem disse spektrets to yderpoler udfolder vekslende mellemformer sig. De optimale habilitetskrav sættes lig de for domstolene gældende, og disse kravs tillem্পning på andre myndighedstyper bestemmes netop af disses større eller mindre lighed med domstolene.

På det højeste politiske plan repræsenteret ved lovgivningsmagten kan man ikke tale om neutralitet i traditionel forstand. Dette organs funktion er netop - på politisk grundlag - at *vælge*, hvilke interesser der skal fremmes i modsætning til - eventuelt på bekostning af - andre interesser. Beslutningsprocessens mål er således at udpege visse interesser som *almene* og dermed som værende af offentlig karakter. (Om begrebet *almen interesse* som element i habilitetsafgørelsens bedømmelsesgrundlag, jfr. kap. VI).

Dette forhold afspejles i folketingets personelle sammensætning, konstitution og virkemåde samt i det materielle grundlag for dets beslutninger. Med respekt af grundloven er der materiel frihed for lovgivningsorganet. Dettets kompetence forestås af læge personer, som på grundlag af erhvervs-

eller politiske tilknytningsforhold forudsættes at være involveret i interesser, som i forhold til forvaltningens og domstolenes virksomhed er uvedkommende. Disse personer vælges til for et bestemt tidsrum at varetage transformationen fra politik til ret.

Sammenhængen mellem eksistensen og indholdet af habilitetskrav og organets/afgørelsens politiske karakter fremgår klart af gældende ret vedrørende folketinget. For dette organ eksisterer der hverken regler om speciel eller generel inhabilitet. De enkelte medlemmer af folketinget kan således deltage i behandlingen og afgørelsen af sager, i hvilke de personligt er sagens genstand. De enkelte medlemmer deltager også i bevillings-spørgsmål med hensyn til institutioner og grupper, til hvilke de er knyttet som repræsentanter og administratorer. At en lov vil få voldsom økonomisk betydning for de enkelte folketingsmedlemmer eller interesser, til hvilke de er knyttet, er uden betydning for deres habilitet. Det gælder også, selv om det pågældende forslag eller spørgsmål har en specifik betydning for det folketingsmedlem der rejser det.

Så meget desto mindre er folketingsmedlemmers tilknytning til interessegrupper og organisationer af habilitetsmæssig betydning. Det kan tværtimod konstateres, at der eksisterer en tæt forbindelse mellem folketingsmedlemmers interestetilknytning og de samme medlemmers placering på udvalgsposter af relevans for sådanne interesser.

Spørgsmålet om folketingsudvalgsmedlemmers og ordføreres tilknytning til ordførerskabets saglige substans er behandlet af Erik Damgaard: Folketinget under forvandling.

S. 225-227: »Folketingsmedlemmernes udvalgsplacering, deres tilbøjelighed til at fastholde denne over en tid og deres specialiseringsområder i plenumforhandlingerne er nært forbundet med deres sektortilknytning. I udvalgene udgør ordførerne vigtige undergrupper, idet de tegner partiernes synspunkter vedrørende bestemte emner. Det undersøges derfor i hvilken grad specielt ordførerne har tilknytning til de samfundsområder, hvortil behandlingsemnet knytter sig. Det dominerende træk i billedet er, at ordførere med tilknytning til de respektive området som regel repræsenterer et stort flertal af mandaterne i tinget, i gennemsnit 3/4 af medlemstallet under begge samlingerne. Det er derfor rimeligt uanset det begrænsede datagrundlag at drage den konklusion, at tendensen til sektorrelateret arbejdsfordeling er endnu mere udpræget, for så vidt angår det antal mandater, partiernes ordførere repræsenterer. Bestemte forslag sendes ikke blot til behandling i et udvalg af medlemmer med »overrepræsentation« af bestemte karakteristika, de håndteres endvidere af en

Første del. Kap.II.

snævrere gruppe af medlemmer, der - under hensyn til antallet af partifæller - i endnu højere grad repræsenterer disse egenskaber.

...

Lidt paradoksalt og tilspidset formuleret indikerer resultaterne, at *ingen* sektor er *underrepræsenteret* men at *alle* er *overrepræsenteret* i beslutningsprocessen. Visse karakteristika kan være over- eller underrepræsenteret i parlamentet som helhed, men vedrørende emner, der primært angår en bestemt sektor, bevirker specialiseringen, at medlemmer med særlig tilknytning til det pågældende område i »uforholdsmæssig« høj grad varetager behandlingen.

Denne betragtningsmåde synes ikke at være fremmed for politikere i reflekterende stunder:

'Sætter folketinget - jeg citerer nu en folketingsmand - dets sportsidioter i et sportsudvalg, bliver det støtte for sporten. Sættes de socialt interesserede i det sociale udvalg, læreren i undervisningsudvalg, de forsvarsinteresserede i militæret o.s.v. bliver det dyrt. Jeg glemmer ikke min egen situation, da jeg som nybagt handelsminister ville sætte sukkerroepriisen ned - hvad så sandelig var berettiget - og opdagede, at hele folketingets sukkerudvalg - på en nær - var valgt på Lolland'« (*Philip* 1972).

Dansk ret er på dette område udtryk for et forholdsmæssigt liberalt standpunkt. I svensk ret er retsstillingen i højere grad præget af et forvaltningsretligt forbillede.*)

Common Law-reglerne er ikke anvendelige i forhold til lovgivningsmagten. At medlemmerne af lovgivningsorganet har ret til - og måske ligefrem forventes - at fremvise »political bias« kan vel ikke overraske. Hvad derimod angår personlige ikke-politiske motiverede interesser, anføres, at et medlem ikke *bør* deltage i behandling af spørgsmål, i hvilket vedkommende har privat-økonomiske interesser. Deltager vedkommende alligevel vil dette forhold ikke *i sig selv* influere på gyldigheden af den truffe beslutning. Det antages imidlertid, at hvis et medlem af underhuset deltager i afstemningen vedrørende et

*) Således begrænses rigsdagsmedlemmernes ret til at deltage i rigsdagsmøder og udvalg af bestemmelsen om »*jäv i rigsdagsmöder og udvalg*« (*Henrik Zahle*: Statsvetenskapligt tidskrift 1983 s. 340, hvor der henvises til Rigsdagsordningen 2:11, 4:13, jfr. Regeringsformen 4:4, *Holmberg og Stjernquist* s. 172, 623, 697-98, *Petrén og Ragnemalm* s. 118)

I engelsk ret forudsættes at gælde habilitetskrav for parlamentsmedlemmer, men retsstillingen er kun delvist afklaret.

spørgsmål, i hvilket vedkommende har privatøkonomiske interesser, kan vedkommendes stemme blive »disallowed«. Det anføres imidlertid også, at denne regel ikke er særlig præcis, og at den aldrig har været bragt i anvendelse (*S.A. Smith: Judicial Review of Administrative Action*, 1980 s. 251f).

»They might not to show personal bias, or to participate in deliberation on a matter in respect of which they have a private pecuniary interest but their participation in such circumstances will not *in itself* affect the validity of a legislative instrument« (Op.cit. s. 252 note 45).*)

I tysk ret antages ikke at gælde habilitetskrav for statslige parlamentsmedlemmer. Som afgørende for denne retstilstand angives hensynet til uhindret udøvelse af den på grundlag af folkeligt mandat tillagte kompetence. (*Armin Geyer: Das Mitwirkungsverbot für persönlich beteiligte Gemeindevertreter unter besondere Berücksichtigung ihrer Stellung als gewählte Volksvertreter*, s. 2, 13, 25 og 29)

At der ikke gælder habilitetskrav som ved udelukkelse af vedkommendes deltagelse i kompetencens udøvelse kan afskære personlige/usaglige interesser, er imidlertid ikke ensbetydende med, at sådan interessevaretagelse er lovlig. Habilitetsreguleringen er således ikke en nødvendig følge af materielle retskrav, der begrænser lovligheden af usaglig interessevaretagelse. (*Geyer s. 4*):

»Jede Verwendung öffentlicher Befugnisse für private Zwecke bedeutet eine unzulässige Entfremdung öffentlicher Macht und damit eine Überschreitung der Grenze materieller Machtbefugnis« (*Geyer s. 17*).

For så vidt angår de lavere niveauer af det udøvende statslige myndighedshierarki lader neutralitetsbegrebet sig i højere grad forene med traditionelle forestillinger. Såvel den dømmende som den udøvende magt er underkastet legalitetsprincippet. Afgørelser skal træffes i overensstemmelse med gældende ret, og neutralitet bliver således et udtryk for, at rettens grænser ikke overskrides til fordel/ulempe for de personer og interesser, som er genstand for henholdsvis domstolens og forvaltningens afgørelser.

Imidlertid er der også til såvel dømmende som udøvende magt i vekslende grader knyttet elementer af policymaking. Dette kommer bl.a. til udtryk i retsgrundlagets karakter og - for så vidt angår den udøvende magt - i myndighedernes konstitution og virkemåde.

*) Om reguleringen i amerikansk ret af lobbyist virksomhed og usaglig indflydelse i øvrigt i forhold til lovgivningsprocessen se *Introduction to the American Public Law System* 1975 s. 109. *Jerry L. Mashaw. Richard A. Merrill.*

Første del. Kap.II.

I jo højere grad det anvendte retsgrundlag klart og udtømmende angiver retsfaktum og retsfølge i desto højere grad udgør dette grundlag i sig selv en tilstrækkelig garanti eller et substitut for neutralitet. Men den fuldt lovbestemte afgørelse er langt fra en selvfølge. Alle grader af ufuldstændighed i retsgrundlagets beskrivelse af betingelser og indhold forekommer (Se Bent Christensen: Hjemmelsspørgsmål). Retsgrundlagets ufuldstændighed har således som forudsætning, at indehaveren af udøvende og dømmende magt må foretage en nærmere fortolkning eller udfyldning af retsgrundlaget inden for de grænser, der sættes af retskilderne i vid forstand. I forhold til sådanne vage, elastiske, skønsmæssige afgørelser kan retsgrundlaget kun inden for meget vide rammer siges at rumme en reel neutralitetsgaranti. En sådan må i stedet søges i de organisatoriske og processuelle former, afgørelserne tilvejebringes under.

Domstolene repræsenterer prototypen på neutrale/funktionelt upartiske organer. Dommerne er således personligt og funktionelt uafhængige. Gennem uddannelse og karriereforløb er de specielt fagligt udrustet til dommerfunktionen.

Dommeren forudsættes at være bærer af en særlig professionel etik: »Dommernes særkende er upartiskhed, personlig og saglig uengagerethed« (Ross: Statsforfatningsret s. 234). Domstolsprocessen repræsenterer den højeste grad af retsgaranti knyttet til sagsbehandlingsregler.

Den oprindelige genstand for domstolenes virksomhed har været konflikter mellem private parter, i forhold til hvilke domstolene som offentlige organer umiddelbart har fremtrådt som en *udenforstående* konfliktløser.

Medens forvaltningsmyndighederne i vidt omfang kan have partsinteresse i den udøvede forvaltningsvirksomhed, er domstolene karakteriserede ved ikke blot at være neutrale i forhold til parternes indbyrdes forhold men også ved ikke selv at have partsstatus i forhold til disse. Domstolene har i modsætning til forvaltningen ingen egen interesse i magtudøvelsen og tager ikke selv initiativ til denne.

Med den funktionsændring og udvidelse, som er følgen af retstilstanden i medfør af grundlovens § 63, hvorefter forvaltningsmyndighederne er underkastet domstolenes kontrol, bliver forestillingen om domstolene som en udenforstående neutral faktor mindre selvindlysende. Dette er forklaringen på, at sager vedrørende konflikter mellem det offentlige og private tenderer imod at blive den afgørende prøvesten for domstolenes upartiskhed (*Torstein Eckhoff: Justice and the rule of Law s. 133*).

Dette skal ses i lyset af, at hele processystemet grundlæggende bygger på en forudsætning om, at statsmagten i civile sager - offentligretlige sager der behandles i den civile retsplejes former, kan *forsvare sine interesser* som part i tvister med private.*)

Det kræver faktisk noget af et kunststykke at placere en statsmyndighed som part under en anden statsmyndighed, sidestillet med et privat individ, som i øvrigt er undergivet førstnævnte myndighed (*Henrik Zahle*: Kritisk proces s. 19). Dette kunststykke søges udført ved en særlig variant af tesen om statsmagts neutralitet (jfr. herom *Rønsholdt*: UfR 1980 s. 277ff).

Det er i modsætning hertil almindeligt antaget, at traditionelle forvaltningsmyndigheder ikke er neutrale i betydningen upartiske. Deres funktion er naturligvis at varetage samfundsinteresser, som ofte vil være formuleret i nogle hensyn. Det er i valget imellem eller prioriteringen af disse hensyn, den manglende upartiskhed slår igennem.**)

Det anførte om de til dommerens person knyttede egenskaber antages således ikke at udgøre det almindelige træk hos forvaltningsmyndighedernes personel, jfr. således Ross, der i overensstemmelse med det anførte om forvaltningsmyndighedernes funktionelle partiskhed opererer med »den dommerånd, der præger dommerne, *til forskel* fra forvaltningsmyndighe-

*) Udgangspunktet er, at de almindelige civilprocessuelle regler gælder, også hvor en offentlig myndighed er procespart, jfr. *Poul Andersen* 5. udg. 1965 s. 645f. Om de modifikationer, der må gælde i den processuelle parts autonomi i forhold til det offentlige som part, se *Henrik Zahle*: Om det juridiske bevis s. 659ff.

Selv om det processuelle udgangspunkt således er identisk med den almindelige civilproces mellem to parter, vil en proces om påklage af en forvaltningsakt være præget af, at der til forvaltningsmyndigheden kan stilles særlige krav med hensyn til tilvejebringelsen af relevant materiale for bedømmelsen af den pågældende forvaltningsakt og med hensyn til forvaltningsmyndighedens inddragelse af relevante temaer til bedømmelsen af det pågældende forhold. (Jfr. hertil også *Henrik Zahle*: *Juristen* 1979 s. 313ff)

**) *Bent Christensen* udtrykker det således, at »overalt hvor forvaltningen skal tage stilling til en sag, hvis udfald har betydning for disse formål, kan man vente en tendens til at tilsidesætte andre hensyn, herunder hensynet til private, hvis personlige eller økonomiske interesser ikke lader sig tilgodese under den samfundsmæssige tilstand, som forvaltningsorganet ser som sin opgave at indføre eller opretholde« (Nævn og råd s. 41).

Første del. Kap.II.

derne« (Ross: Statsforfatningsret, 2. udg. s. 234). Karakteristisk for forvaltningsmyndighederne og disses personel er, at de er »*professionelt engagerede*«. Hvad angår karakteren og indholdet af dette for forvaltningen så karakteristiske professionelle engagement, sigter Ross ikke i første række til muligheden for »usaglig påtryk og indflydelse«. Noget sådant ville være direkte ulovligt som magtfordrejning. Det Ross har i tankerne er den »langt farligere, mere subtile form for engagerethed, der følger med selve den professionelle hengivenhed for forvaltningsopgaverne. Heri ligger set fra borgerens synspunkt en fare for, at forvaltningstjenestemandens afgørelse ikke vil blive truffet med samme respekt for retten, som når afgørelsen træffes af en dommer« (op.cit.). Det må være dette forhold, der sigtes til, når det i forarbejderne til dansk forvaltningslov hedder, at

»I overensstemmelse med dansk forvaltningsretlig tradition bør forvaltningsprocessen udformes således, at forvaltningsmyndighederne ikke fremtræder som parter i et modsætningsforhold til de enkelte borgere ... Forvaltningsmyndigheden skal sørge for, at borgeren får netop den retsstilling, som er forudsat i den lovgivning, der regulerer det pågældende forvaltningsområde« (Bemærkningerne til forvaltningsloven s. 10).

Forvaltningsmyndighederne er således i almindelighed funktionelt partiske (Nævn og råd s. 42). Dette udsagn dækker imidlertid i al sin bredde over et spektrum af varierende grader mellem yderpunkterne repræsenteret ved domstolene og parlamentet.

Den funktionelle partiskhed antages at være mest udtalt hos traditionelle centrale statsmyndigheder som eksempelvis ministerierne, der kan betragtes som statsmagtens repræsentanter par excellence, (Nævn og råd s. 51 og 42).*)

Den af det politiske grundlag for ministerens konstitution afledte slækkelse af habilitetskravene omfatter naturligvis ikke den habilitetsmæssige regule-

*) Poul Meyer anfører, at det politiske element i statsforvaltningen repræsenteret ved den politisk udnævnte minister som øverste forvaltningschef må antages at have en neddæmpet indirekte indflydelse på hovedparten af de afgørelser, der træffes. Bortset fra de få tilfælde, hvor afgørelsen træffes af ministeren personligt, vil den politiske stilling typisk udtrykkes formidlet gennem et cirkulære, rekurs, eventuelle forventninger om ministerinitiativer, forestillinger om ministerens holdning i almindelighed eller i forbindelse med konkret foreliggende sag. (Offentlig administration 1970 s. 40ff)

ring af ministerens personlige (økonomiske) interesser - omend substitutionsvanskeligheder i det enkelte tilfælde kan give indtryk heraf (*Poul Andersen: Dansk forvaltningsret*, 5. udg. 1965 s. 452) *)

I engelsk ret er spørgsmålet gjort til genstand for grundig behandling af såvel teori som praksis.

Lige så lidt de for domstolene gældende habilitetskrav uden videre kan antages også at omfatte tribunals, kan de for domstolene og tribunals gældende krav i almindelighed udstrækkes til de traditionelle forvaltningsmyndigheder (*David Faulkes: Administrative Law*, fifth edition 1982 s. 222). Som anført ovenfor kan en forvaltningsmyndighed ikke antages at være funktionelt upartiske. Dette gælder naturligvis i højere grad, når der er tale om forvaltningsvirksomhed forestået af ministeren selv. Dette kommer klart til udtryk, når det hedder, at »ministerial acts are never invalidated by bias, because they are not »judicial« for the purpose of the rule of bias in the exercise of judicial functions is contrary to law« (*Griffith: Principles of Administrative Law*, fifth edition s. 152).

Grundlaget for denne opfattelse er helt klart, at det politiske grundlag for ministerens konstitution indebærer en slags strukturel - og dermed lovlig - inhabilitet. At dette resultat ikke har været ganske indiskutabelt fremgår af det forhold, at the committee on ministers' powers gik betydeligt videre, idet det blev antaget, at »opinions about policy are a basis for disqualification«. Dette standpunkt tages der klart afstand fra: »It can be stated with confidence that these which so obviously rests on that assumption of the committee previously referred to, that policy issues are never relevant to judicial determinations, is not the law« (*Griffith: Administrative Law* s. 155)

En mere præcis besvarelse af dette spørgsmål må imidlertid forudsætte nogle distinktioner vedrørende karakteren af såvel den primære afgørelse som karakteren af habilitetsspørgsmålets genstand/årsag i det enkelte tilfælde. (*Verner Schwartz: Administrative Law*, 1976 s. 308-09)

*) I svensk ret er statsråds (ministres) »jäv« på grund af aktiebesiddelse blevet diskuteret ved regeringen Ullstens tiltræden oktober 1978. Samtlige statsråd offentliggjorde deres aktiebesiddelser, og det gik så vidt, at forsvarsministeren solgte de aktier, han havde i rustningsindustrien (HS s. 213-15). Selv om aktiebesiddelse nok ikke kan hindre, at man indtager en statsrådspost, er det nok for vidtgående - som PR s. 151 - at hævde, at statsråds formueforhold savner konstitutionel interesse (*Henrik Zahle: Statsvetenskapligt tidskrift* 1983 s. 340).

Første del. Kap.II.

At almindelig partiskhed i henseende til den politik, som den pågældende myndighed er etableret for at fremme ikke er inhabilitetsbegrundende, er naturligvis ikke ensbetydende med, at der på dette eller andet grundlag kan tillades partiskhed endsige fjendtlighed imod bestemte personer (Op.cit. s. 306). Vigtigt er imidlertid at inhabilitetsårsager, som er uden grundlag i de politiske forudsætninger, der ligger til grund for organets etablering og virke, naturligvis kan begrunde inhabilitet. (*David Faulkes: Administrative law* 1982 s. 251).

Og at der som supplement til procedureforskrifter - til sikring af retssikkerhed i snæver forstand - gælder et sæt af uskrevne forskrifter vedrørende »fair procedure«, som finder anvendelse i domstolenes prøvelse. (*Wade & Phillips: Constitutional and Administrative Law*, ninth edition s. 600 og *David Faulkes: Administrative Law*, 1982 s. 222)

Nævnene er betegnelsen for den myndighedstype, der i en sammenligning kommer domstolene nærmest. I forhold til spørgsmålet om neutralitet/upartiskhed og dermed spørgsmålet om speciel habilitet kan denne kategori af myndigheder imidlertid ikke betragtes som én homogen enhed. Spørgsmålet herom må - når loven ikke indeholder klare regler - afgøres i forhold til hvert enkelt nævn på grundlag af de forudsætninger, der udspringer af de gældende materielle, processuelle og personelle kompetencenormer (*Bent Christensen: Nævn og råd* s. 176ff).

På grundlag heraf fremstår et broget billede spændende fra (anke)nævn i forhold til hvilke retsplejeloven kan anvendes analogt, (*Nørgaard: Sagsbehandling* s. 63) over et bredt spektrum af mellemformer til nævn, som slet ikke forudsættes at være uvildige/upartiske (*Nørgaard, v/Garde* 2. udg. 1981 s. 62ff og *Bent Christensen: Nævn og råd* s. 41-42 og s. 176). At nævnet ikke kan forudsættes at være uvildigt, er naturligvis ikke ensbetydende med, at der ikke også for et sådant organ gælder habilitetskrav. Visse interesser/tilknytningsforhold vil således altid begrunde inhabilitet. (Om afgrænsningen af nogle særligt for nævnene relevante habilitetsårsager, se *Nævn og råd* s. 180ff)

Det er i engelsk ret blevet anført, at det almindelige udsagn om habilitetskravenes mindre intense afgrænsning i forhold til administrative end egentlige judicielle sager, ikke har dækning i praksis (*Wade: Administrative Law*, 1977 s. 403). Dette udgangspunkt synes der i det væsentlige at være enighed om i engelsk retsteori, med det forbehold at udsagnet alene dækker »judicial functions« udføret af andre organer end domstolene (*S.A. deSmith: Judicial Review of Administrative Action*, 1980 s. 251). Når forholdet derfor af en

Kap.II.

forfatter udtrykkes som følger: »The rules governing legal bias apply equally in courts and agencies; hence the cases used in our discussion ... involving courts as well as agencies«, (*Verner Schwartz: Administrative Law, 1976 s. 303*) må dette sammenfald med hensyn til de forholdsvis for domstolene og forvaltningen gældende habilitetskrav forstås som forudsat af, at der også er sammenfald i henseende til karakteren af den primære sag/afgørelse.

Det kan på baggrund heraf ikke overraske, at intensiteten i afgrænsningen af habilitetskravene er mest udtalt for så vidt angår de tribunals, der har størst lighed med domstolene, og at graderne af intensitet i øvrigt nøje afspejler det politiske islæt, der karakteriserer organet/afgørelsen. (*Griffith: Principles of administrative Law s. 153. Og Garner: Administrative Law 1979 s. 143f*)

Anskuet på grundlag af de personelle, processuelle og materielle kompetencenormer, der udgør kommunalbestyrelsens retlige grundlag, kan kommunalbestyrelsen siges at rumme elementer af samtlige myndigheds- og afgørelsestyper omfattet af den ovenfor opstillede skala.

Kommunalbestyrelsen er konstitueret på grundlag af et folkeligt mandat. Det betyder, at forvaltningskompetencens bærere ikke alene er tjenestemænd eller andre fastansatte specielt uddannede, professionelt engagerede (*Ross: Statsforfatningsret s. 234*), som *forvalter* men politikere, der netop har erhvervet et mandat på en *politisk* engageret holdning til bl.a. rimeligheden og/eller hensigtsmæssigheden af de ordninger og det system, de skal forvalte.

Kommunalbestyrelsesmedlemmerne er herudover præsumptivt læge mennesker.

Kommunalbestyrelsesmedlemmerne er personelt uafhængige. Med forbehold af de hvert 4. år afholdte kommunalvalg samt muligheden for tab af valgbarhed er kommunalbestyrelsesmedlemmerne uafsættelige.

Kommunalbestyrelsesmedlemmerne er også som udgangspunkt funktionelt uafhængige af andre myndigheder. Kommunalbestyrelsen er således ikke - med mindre det modsatte konkret er bestemt ved lov - placeret i et administrativt over/underordningsforhold til andre statslige eller kommunale myndigheder.

Herfra kan imidlertid ikke sluttes til funktionel uafhængighed i øvrigt. Det anførte om traditionelle forvaltningsmyndigheders funktionelle partiskhed gælder naturligvis også kommunalbestyrelsesmedlemmer i forhold til de hensyn kommunalbestyrelsen som forvaltningsmyndighed er sat til at varetage. Og den omstændighed at kommunalbestyrelsesmedlemmer som følge af kommunalbestyrelsens særegne konstitution og virkemåde - end

Første del. Kap.II.

ikke har en forestilling om det ønskværdige i at dæmpe den af de kommunale opgaver udspringende partiskhed, men som politikere tværtimod må anse det som en del af den politiske legitimitet at virke til fremme af den i valggrundlaget og den politiske image i øvrigt formulerede målsætning, må antages at forstærke tendensen til funktionel partiskhed. Hertil kommer, at kommunalbestyrelsen i modsætning til andre forvaltningsmyndigheder også har status af retssubjekt med heraf flydende ret og pligt til varetagelse af kommunalbestyrelsens *egen interesse* i dette begrebs snævraste betydning.

Kommunalbestyrelsen har den egentlige kompetence i alle kommunale anliggender. Selv om den kommunale beslutnings- og afgørelsesstruktur muliggør og forudsætter en omfattende delegation til bl.a. den kommunale forvaltning, må det fastholdes, at enhver sag kan blive forelagt for og afgjort af kommunalbestyrelsen i plenum, og at den faktiske kompetencefordeling tenderer i retning af, at kommunalbestyrelsen i for ringe omfang delegerer kompetence til udvalg og administration i forhold til de forudsætninger, der lå til grund for kommunalreformen. Se om denne diskussion i Kommunalt selvstyre. Myte eller virkelighed KL 1979.

Selv om kommunalbestyrelsen således - med de modifikationer der følger af styrelsesloven og særlige kommunale grundsætninger - er bundet af de almindelige i dansk forvaltningsret gældende sagsbehandlingskrav, jfr. nu forvaltningslovens § 1, rummer selve det forhold, at sagsbehandlingen forestås og afgørelse træffes af politikere i et parlamentslignende organ et så væsentligt brud på dogmet om den udøvende magt som et neutralt rent fuldbyrdende element i magtfordelingssystemet, (*Poul Andersen: Forvaltningsret*, 5. udg. 1965 s. 4) at dette i sig selv burde have givet anledning til nogle helt anderledes basale overvejelser over den stedfundne udviklings forhold til traditionelle forvaltningsretlige antagelser og forudsætninger end tilfældet faktisk har været.

Man har for så vidt historisk været opmærksom på forholdet i kommunalretten. Det har således traditionelt været fastslået, at varetagelse af politiske hensyn i forbindelse med kommunalbestyrelsens udøvelse af traditionel forvaltningsmyndighed er magtfordrejning. (*Harder: Dansk kommunestyre* s. 150). Tidligere lovgivning har da også søgt at imødegå risikoen herfor ved etablering af en række organer med kommunalt islæt, men med uafhængighed i forhold til kommunalbestyrelsen, eksempelvis sundhedskommission, brandkommission, boligkommission, landvæsenskommission. Sådanne bestræbelser

og den tankegang de giver udtryk for må nu ganske anses for opgivet. Bortset fra det sociale udvalg og ligningskommissionen er de anførte kommissioner nedlagt og deres kompetence overført til kommunerne (*Tyge Haarløv*: Kommunaliseringsgrænser, NAT 1975 s. 213 og *Rønsholdt*: Juristen 1976 s. 269f)

Afgrænsningen af de kommunale habilitetskrav kan således ikke sættes alment uden hensyntagen til karakteren af den kommunale kompetence (den primære sag), som i det konkrete tilfælde er habilitetsspørgsmålets genstand.

Som påpeget nedenfor i kapitel III omfatter det traditionelle retssikkerhedsbegreb forholdet mellem det offentlige og borgerne, som dette forhold kommer til udtryk i *retsakter*, der udstedes af det offentlige med borgerne som adressat.

Det er ganske i overensstemmelse hermed, at domstolsprocessen alene vedrører konkrete (rets)afgørelser.

Imidlertid kan det offentliges virksomhed i almindelighed og kommunernes i særdeleshed så langt fra begrænses til konkrete retsakter rettet til borgerne. Kommunen træffer i vidt omfang generelle afgørelser/beslutninger af lovgivningslignende karakter.

Hertil kommer, at en stor og stadigt stigende del af kommunernes virksomhed udøves i andre former end retsafgørelsens. Således tegner faktisk virksomhed i form af (service)ydelse sig for en forholdsmæssigt stadigt stigende del af offentlig/kommunal virksomhed og myndighedsudøvelse udgør en faldende andel af offentlig virksomhed, skønt dens absolutte omfang også er vokset (*Marius Nielsen*: Nordisk administrativt forbunds 20. almene møde i Helsingfors 1982. Administrationen og den enkelte. NAT 1983 s. 6).

Endelig må det påpeges, at en væsentlig del af kommunal og offentlig virksomhed i øvrigt slet ikke er af ekstern karakter, men alene vedrører forvaltningens interne forhold og dispositioner som service, planlægning og styring, uden at dette forhold i øvrigt kan tages til indtægt for reguleringens mindre retssikkerhedsmæssige relevans.

Også for så vidt angår det retlige grundlag for kommunal virksomhed er spændvidden meget stor. Som anført nedenfor træffes kommunale afgørelser i stadigt stigende omfang på et retsgrundlag kendetegnet ved en høj grad af ubestemthed. Denne ubestemthed relaterer sig såvel til retsreglens beskrivelse af retsfaktum og retsfølge som til retsgrundlagets retskildemæssige karakter og status.

Første del. Kap.II.

For så vidt angår det retskildemæssige skal der kort peges på, at kommunalbestyrelsen i forhold til alle andre forvaltningsmyndigheder indtager en særstatus i henseende til grundlaget for de økonomiske ressourcer, der står til rådighed for kommunen, samt til karakteren og indholdet af de retlige grænser, der gælder for kommunalbestyrelsens anvendelse af den frie del - i betydningen ikke-lovbundne - af disse ressourcer. Inden for rammen af kommunalfuldmagten - som er betegnelsen for et sæt uskrevne grundsætninger - kan kommunalbestyrelsen frit disponere. Indholdet af disse grundsætninger - som i sig selv giver anledning til store afgrænsningsmæssige spørgsmål - er ikke blot dynamisk men også konjunkturpolitisk følsomt. Hertil kommer at kravene, der udspringer af kommunalfuldmagten - selv når indholdet heraf er utvivlsomt - let lader sig og faktisk også bliver tilsidesat uden at det eksisterende kontrolsystem har evne eller vilje til at gribe ind heroverfor, jfr. herom kapitel XII.

Kommunaliseringens genstand har således i vidt omfang været opgaver, hvis retsgrundlag i særlig grad må karakteriseres som åbent og fleksibelt i betydningen rammelove og skønsmæssigt formulerede bestemmelser, hvis konkrete anvendelse forudsætter et væsentligt element af policy making.

At denne udvikling i hvert fald principielt repræsenterer en svækkelse/nedprioritering af traditionelle retssikkerhedsforestillinger er vel utvivlsomt. Set i forhold til det om kommunalbestyrelsens konstitution og virkemåde anførte må udviklingen vel nærmest karakteriseres som konsekvent. Hvem er nærmere til at administrere et retsgrundlag som det anførte end netop (kommunal)politikere? I hvert tilfælde ville - om det overhovedet var muligt - en styrkelse af retssikkerheden via retsgrundlag, som i henseende til præcision i angivelsen af retsfaktum og retsfølge gav mulighed for at træffe afgørelse ved simpel subsumption - være absurd i forhold til en myndighedsstruktur som den kommunale.

Men det kan på baggrund heraf ikke undre, at afgrænsningen af de for kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitetskrav og kravene til saglig kommunal forvaltning i øvrigt er et centralt og vanskeligt spørgsmål. Kommunaliseringen er således udtryk for en udvikling i retning af at overlade en stadig stigende del af den samlede offentlige virksomhed - herunder egentlig kompetence til myndighedsudøvelse - til en myndighed som personelt er karakteriseret ved at kompetencens bærere præsumptivt er lægfolk uden administrativ uddannelse, som forudsættes at have bopæl og i vidt omfang har erhvervsmæssig og anden form for tilknytning til interesser, som traditionelt anses at være den offentlige kompetence

avedkommende. En sådan offentligretlig kompetencestruktur må give anledning til store habilitetsmæssige problemer. Problemer som ikke bliver mindre iøjnefaldende af, at den anvendte målestok grundlæggende hidrører fra habilitetsregler, hvis egentlige genstand er domstolene/dommen.

I relation til den indledningsvis opstillede skala over myndighedstyper bliver spørgsmålet herefter, om betydningen af myndighedens og den primære afgørelses karakter generelt kan besvares derhen, at der gælder svagere habilitetskrav jo længere man bevæger sig fra skalaens venstre yderpunkt, d.v.s. domstolene mod skalaens ydre højrepunkt, d.v.s. parlamentet, og i forbindelse hermed, at den mere nuancerede afgrænsning af habilitetskravene i det enkelte tilfælde herudover kan foretages på grundlag af kriterier vedrørende den primære afgørelses mere eller mindre *judicielle* karakter. Svaret er nej. Den kommunale habilitetsproblematik har - som den fremtræder af praksis - ikke sit tyngdepunkt i konflikten myndighed/borger, d.v.s. borgeren som genstand for kommunale forvaltningsafgørelser. De kommunale habilitetskrav må således nok så meget ses som bestanddele af det kommunale forfatningssystem, hvis sigte er at regulere og beskytte *det kommunale beslutningssystem* mod interesser, hvis udspring såvel er det selvsamme kommunale system som kommunens privatsfære. At det heraf affødte spænd i neutralitets- og upartiskhedsbegrebernes betydningsindhold giver vanskeligheder i forbindelse med almindelig ureflekteret overførsel af domstolsinspirerede habilitetskrav på kommunerne kan ikke overraske.

Kapitel III

Retssikkerhed og habilitetskrav

Det modsigelsesfulde i hævdelser af domstolsinspirerede habilitetskrav i forhold til myndigheder og afgørelser placeret tæt på den ovenfor opstillede skalas højre yderpunkt kan være tilsyneladende. For det første kan det til grund for habilitetskravene liggende retssikkerhedsbegreb ikke uden videre afgrænses til alene at omfatte beskyttelsen af enkeltpersoner som genstand for konkrete retsafgørelser. Og for det andet kan habilitetskravenes judicielle fremtrædelsesform dække over udviklingstendenser, som set i sammenhæng lader sig forstå som logiske udtryk for en retsform i bevægelse. Og - i forbindelse hermed kan det for det tredje være, at traditionelle retssikkerhedsbegreber og forestillinger og især disses forudsætninger ikke (længere) fuldt ud er adækvate udtryk for den samfundsmæssige og administrative virkelighed, som er den offentlige reguleringsgenstand.

Retten må, som en del af grundlaget for og virkningen af forholdet samfund/stat reflektere den politiske, økonomiske, sociale og kulturelle udvikling i en given historisk periode. Således er det traditionelle retssikkerhedsbegreb og den hertil knyttede retsform bundet til *retsstaten*. Retsstaten - som spænder over et bredt spektrum af udviklingsstadier fra enevælden til i dag - er forenklet udtrykt kendetegnet ved målsætningen om relationen borger/stat indordnet under en retsform som garanterer den retsundergivne (»borgeren«) *retssikkerhed* (Om retsstatsbegrebets afgrænsning og spændvidde se *Dahlberg Larsen: Retsstaten, velfærdsstaten* og hvad så. *Henning Koch: Den guddommelige velfærdsstat* Retfærd nr. 30, s. 38ff).

Retssikkerhed betyder sikkerhed for, at retten sker fyldest eller blot virkeliggørelse af gældende ret (*Bent Christensen: Effektivitet og retssikkerhed*, Nordisk juristmøde 1972 s. 336f). I overensstemmelse hermed udtrykker det traditionelle juridiske retssikkerhedsbegreb fordringen om, at faktiske positioner og rettigheder ikke *vilkårligt* ophæves, forringes eller forskydes i forholdet mellem offentlige myndigheder og borgerne eller mellem disse indbyrdes.

Kap.III.

Det karakteristiske for en retsafgørelse i modsætning til en politisk beslutning bliver således retsafgørelsens *regelbundethed* og den heraf afledte forudsigelighed. I overensstemmelse hermed er den traditionelle retssikkerhedstankes primære genstand retssikkerhed i materiel forstand. I forhold hertil er retssikkerhed i formel forstand - som den kommer til udtryk i kravene om procesretssikkerhed - et subsidiært middel, som alt afhængig af muligheden for at realisere materiel retssikkerhed såvel kan være et supplement til som substitut for materiel retssikkerhed.*)

Det traditionelle retssikkerhedsbegreb retter sig i hvert tilfælde mod 3 eventuelt 4 forhold:

- 1) Retsgrundlagets karakter.
- 2) Afgørelsens processuelle ramme.
- 3) Den kompetente myndigheds konstitution og virkemåde.
- 4) Kontrol med lovligheden af den trufne afgørelse.

Fordringen om *forudsigelighed* og *ensartethed* må som sit tyngdepunkt have afgørelsens retsgrundlag. Heri ligger et krav om at afgørelsen træffes på grundlag af *regler*, som i henseende til retsfaktum og retsfølge er formuleret med en sådan grad af præcision, at de faktiske og retlige omstændigheder, der er relevante for at udløse retsvirkningen, med høj grad af éntydighed lader sig afgrænse. Sagt på en anden måde skal de hjemlede afgørelser være kalkulerbare for deres adressater. Anskuet fra et kontrolsynspunkt, jfr. 4, betyder det at afgørelsen med høj grad af éntydighed skal kunne bestemmes som rigtig eller urigtig. Jo højere grad af regelbinding retsgrundlaget repræsenterer, jo mindre retssikkerhedsmæssigt relevant bliver de øvrige under 2) - 4) anførte kategorier. Og i jo højere grad retsgrundlaget omvendt er af usikker karakter, desto mere betones de retssikkerhedsmæssige krav til processen og organets organisatoriske sammensætning. (Om procesretssikkerhed som supplement og alternativ til

*) Jfr. administrationsdepartementet 4. afd. 1982 s. 6. Den materielle retssikkerheds primat som mål og procesretssikkerhedens forhold hertil som middel kommer klart til udtryk, når det om formålet med den danske forvaltningslov i forarbejderne hedder, at »gennemførelse af lovforslaget skal medvirke til at forbedre sagsbehandlingen i den offentlige forvaltning, og dermed øge sikkerheden for, at myndighedernes afgørelser bliver lovlige og rigtige. (Bemærkningerne til lovforslaget s. 8).

Første del. Kap.III.

materiel retssikkerhed, se Niels Eilschou Holm: Det kontradiktoriske princip (1968) s. 30ff og administrationsdepartementet op.cit. s. 6).

I virkelighedens verden er de anførte forudsætningers samlede optimale tilstedeværelse langt fra en selvfølge og inden for kommunalretten en aldrig forekommende mulighed. Spørgsmålet bliver derfor om, og i bekræftende fald i hvilket omfang udviklingen lader sig omfatte af det traditionelle retssikkerhedsbegreb i den form, at forringede muligheder for realisering af materiel retssikkerhed fører til en vægtforskydning i retning af processuel retssikkerhed, d.v.s. judicialisering af forvaltningsprocessen som kompensation for reduceret materiel retssikkerhed. Eller - om udviklingen ikke kan rummes inden for det traditionelle retssikkerhedsbegrebs rammer - at judicialisering af forvaltningsprocessen som kompensation for reduceret materiel retssikkerhed helt eller delvis afløses af en afjudicialisering og dermed politisering af den kommunale afgørelse/beslutning. Medens spørgsmålet herom vil blive omtalt til sidst i dette afsnit, vil det følgende omhandle spørgsmålet om det traditionelle retssikkerhedsbegrebs rækkevidde i forhold til den kommunale habilitetsproblematik.

At det traditionelle juridiske retssikkerhedsbegreb såvel er af relevans som målestok for og som normativt krav til den samlede offentlige forvaltning, kommer klart til udtryk i og er resultat af de almindelige bestræbelser på at *judicialisere* forvaltningen ved overførelse af retspleje herunder habilitetskrav til forvaltningen.*)

Men hvordan den enkelte myndighedstype end varierer i forhold til domstolsmodellen, har genstanden for det traditionelle retssikkerhedsbegreb traditionelt været *den enkelte borger som adressat for retsakter* udstedt af offentlige myndigheder.**)

*) Jfr. Dansk forvaltningslov § 1, hvorefter loven gælder »for alle dele af den offentlige forvaltning«. Bent Christensen anfører, at begrebet retssikkerhed anvendes som synonym for overførsel af domstolstræk på forvaltningen, jfr. Nævn og råd s. 23 og 21. Om denne udvikling i angelsaksisk ret, se Niels Eilschou Holm op.cit. s. 27ff.

**) De traditionelle retssikkerhedsbegreber tager således sigte på forholdet mellem stat og borger. Der fokuseres derfor på forhold, hvor borgeren står som »undersåt« over for staten, jfr. Nævn og råd s. 25 og 28. Følgelig bliver retssikkerhed spørgsmålet om forvaltningens respekt for den »enkeltes integritet«. (Op.cit. s. 21) Se også Effektivitet og retssikkerhed, Nordisk Juristmøde 1972 s. 337 og 345.

Af denne relation udspringer hensyn som i det følgende begrebsligt vil blive sammenfattet som retssikkerhed i *snæver forstand*.

For så vidt angår denne side af retssikkerhedsproblematikken kan den ovenfor anførte skala af myndigheds/afgørelsestyper betragtes som adækvat udtryk for graduerede habilitetsmæssige fordringer til myndigheder, hvis afgørelser i varierende grad har enkeltpersoners retsforhold som genstand. Men fra det forhold at hensynet til retssikkerhed i snæver forstand danner grundlag for et normativt krav om domstolsinspirerede habilitetskrav kan ikke modsat sluttes til ingen eller forholdsmæssigt mindre intensiv habilitetsregulering i forhold til forvaltningsafgørelser og forvaltningsvirksomhed, som ikke implicerer hensynet til retssikkerhed i snæver forstand.

Retssikkerhedsbegrebet kan nemlig ikke afgrænses til alene at omfatte adressaters/parters interesser i snæver forstand. Andre overordnede stats- og samfundsinteresser kan på andet grundlag trække i samme retning. Rettens objektive realisation er således i bredeste forstand et samfunds- og statsanliggende. Hensynet hertil sammenfattes i begrebet retssikkerhed i *vid forstand*. Dette begreb træder frem i sin rene form, hvor spørgsmålet om tilsidesættelse af eller respekt for gældende ret ikke implicerer spørgsmålet om skadevirkning for nogen endsige nogen enkeltindivider. Retssikkerhed som lovgivningens eller den objektive rets virkeliggørelse (jfr. *Bent Christensen*: Nævn og råd s. 16) uden påvisning af konkrete retssubjekters interesse heri er afgørende for rettens funktion som styringsmiddel og for legitimeringen af offentlig virksomhed.

Den omstændighed at retssikkerhedstankens primære sigte har været forholdet stat/borger, d.v.s. retssikkerhed som synonym med retsplejekrav, afspejler sig i at fokus sættes på offentlig virksomhed, som udøves i retsaktens form, d.v.s. forvaltningsakter og anordninger der er retsforbindende for borgeren.*)

Tilsvarende Dansk forvaltningslov, hvor det i forarbejderne hedder, at lovgivningsmagten på en lang række områder har tillagt den offentlige forvaltning beføjelser til at træffe afgørelser, »der ofte er af vidtrækkende betydning for de enkelte borgere og erhvervsvirksomheder«. Denne udvikling har medført krav om gennemførelse af lovmæssig regulering med henblik på at forbedre sagsbehandlingen i den offentlige forvaltning og sikre den enkeltes retsstilling i forhold til den offentlige forvaltning. (Bemærkningerne s. 8)

Første del. Kap.III.

Imidlertid udøves en omfattende del af det offentliges virksomhed som anført ikke i retsafgørelsens form og/eller er ikke - eller i hvert tilfælde kun meget indirekte - af interesse for den enkelte (jfr. administrationsdepartementets rapport 1982 s. 35). Men selv om service- og anden faktisk virksomhed ikke udføres i retsafgørelsens form, og selv om traditionelle retssikkerhedsmidler derfor ikke uden videre er anvendelige, kan der for den enkelte være knyttet væsentlige retssikkerhedsinteresser hertil, som i vidt omfang er sammenfaldende med de der præger svagt normeret myndighedsudøvelse.**)

*) I medfør af dansk forvaltningslov § 2, stk. 1 afgrænses lovens anvendelsesområde til »behandlingen af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed«. Om afgrænsningen af udtrykket »truffet afgørelse« hedder det i Bemærkningerne, at der sigtes til »udfærdigelse af *retsakter*, d.v.s. udtalelser, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde«. Uden for lovens anvendelsesområde falder derimod *faktisk forvaltningsvirksomhed*, som netop ikke sigter på »at træffe retligt bindende afgørelser i forhold til de implicerede enkeltpersoner« (s. 28). Af udtrykket følger også at loven kun omfatter sagsbehandlingen i forbindelse med »udfærdigelse af offentligtretlige *retsakter* i modsætning til indgåelse af kontraktsforhold eller andre privatretlige dispositioner. Imidlertid gælder denne afgrænsning af forvaltningslovens almindelige anvendelsesområde, jfr. § 2, stk. 1, ikke for lovforslagets regler om inhabilitet, »der også bør finde anvendelse på sager om indgåelse af kontraktsforhold m.v., jfr. stk. 2«.

Den norske forvaltningslov omfatter principielt al forvaltningsvirksomhed, jfr. lovens § 1.

Om den svenske forvaltningslov, jfr. Trygve Hellners: Förvaltningslagen med kommentarer s. 31. Udover den almindelige afgrænsning til alene at gælde handläggning af ärende i modsætning til faktisk virksomhed udskilles også kommunernes almindelige kompetence fra forvaltningslovens anvendelsesområde. Forvaltningsloven (§ 2) er således kun anvendelig på den specialregulerede kommunalforvaltning. (Op.cit. s. 29 og Ole Westerberg: Allmän förvaltningsrätt s. 33). Jfr. yderligere nedenfor.

De anførte afgrænsninger korresponderer med, at forvaltningslovene indholdsmæssigt er koncentreret om emner, der hører hjemme i det traditionelle forvaltningsprocessuelle begrebsapparat (Nordskov Nielsen: NAT 1983 s. 50).

**) Bent Christensen: Effektivitet og retssikkerhed, Nordisk Juristmøde 1972 s. 352. Administrationsdepartementets rapport 1982 s. 19. Kirsten Ketscher: Om planlægningsbegrebet som retsform, Retfærd nr. 12 s. 1ff. Og samme forfatter: Nærdemokrati: Nogle retlige refleksioner over et populært begreb, Retfærd nr. 18 s. 31ff. Håkan Hydén: Tillit kritik av den offentliga rätten, Retfærd nr. 30 s. 7ff. Nordskov Nielsen: NAT 1983 s. 43ff.

Og heller ikke kategoriseringen af det offentlige virksomhed som intern i modsætning til ekstern korresponderer nødvendigvis med retssikkerhedsmæssige forskelle. En mængde interne sager og afgørelser er således af direkte betydning for eksempelvis ansattes ansættelses- og arbejdsforhold og kommunalbestyrelsesmedlemmers og mindretals retlige og faktiske positioner.*)

For så vidt angår afgrænsningen af det traditionelle retssikkerhedsbegreb kan i forlængelse af kapitel II om kommunal virksomhed anføres, at en meget stor del af kommunernes virksomhed - hvad enten den er af faktisk eller retlig karakter - alment sigter mod kommunens indretning med hertil hørende regulering, planlægning, ressourcestyring etc.

Selv om forvaltningslovens almindelige afgrænsning harmonerer med det forhold, at habilitetskravene i deres historiske oprindelse i særlig grad er formuleret med henblik på retsplejen, hvorfor habilitetstanken i særlig grad er knyttet til forestillingen om retssikkerhed i snæver forstand, kan habilitetskravenes rækkevidde ikke afgrænses i overensstemmelse hermed. Tendensen til judicialisering giver sig således bl.a. netop udtryk i introduktionen af habilitetskrav og saglige krav i forhold til myndigheder og afgørelsestyper, som må siges at have endog meget ringe lighed med habilitetskravenes oprindelige genstand; domstolene/dommen. De for kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitets- og magtfordrejningskrav er så langt fra begrænset til tilfælde, hvor kommunalbestyrelsen træffer afgørelse i parts- eller partslignende konflikter, eller hvor den kommunale kompetence giver adgang til myndighedsudøvelse. Habilitetskravene dækker principielt praktisk taget alle kommunale beslutnings- og virksomhedstyper, herunder også det meget omfattende sæt af beslutninger, som er ganske uden retssikkerhedsmæssig interesse i snæver forstand, d.v.s. beslutninger som alene vedrører kommunens almindelige indretning, anvendelse af kommunens ressourcer, overordnet planlægning af enten intern eller ekstern karakter.

Spørgsmålet om afgrænsningen af de retssikkerhedshensyn, der begrundes med habilitetskrav uden retssikkerhedsmæssig interesse i snæver forstand, skal naturligvis ses i snæver sammenhæng med indholdet af de til grund for

*) Om borgernes retlige positioner i forhold til styring/regulering af ressourceanvendelse og tildeling på eksempelvis hospitals-, daginstitutions- og plejehjemsområdet ved *interne* planer, se *Kirsten Ketscher: Retfærd* nr. 12 s. 1ff.

Første del. Kap.III.

habilitetskravene liggende hensyn, jfr. kapitel IV. På dette sted skal blot påpeges 3 forhold af betydning for forståelsen af dette spørgsmål.

Retsformen som den klarest kommer til udtryk i domstolsprocessen danner grundlag for en retssikkerhedsideologi, hvis (positive) værdiladning i den almindelige retsbevidsthed omfatter al offentlig virksomhed. Offentlig magt lader sig simpelthen ikke legitimere på tværs af denne ideologi. Det er på grundlag heraf, man skal forstå den betydning hensynet til befolkningens tillid har og historisk har haft for habilitetstankens udbredelse og den heraf følgende judicialisering af det offentlige virksomhed.

I forbindelse med forståelsen af retssikkerhed som synonym med overførsel af domstolstræk på forvaltningen er det blevet anført, at »retssikkerhedsgarantier er et spørgsmål om tillid« (Nævn og råd s. 23).

Medens *Bent Christensen* opererer med retssikkerhed som synonymt med tillid, formulerer *Nordskov Nielsen* spørgsmålet om tillid som alternativ/supplement til retssikkerhed, når han påpeger grunde til at prioritere »andre hensyn end retssikkerhedsmæssige« eksempelvis hensynet til at etablere tillid og forebygge mistillid (NAT 1983 s. 51).

En almindelig antagelse om, at de retsundergivnes repræsentation skulle styrke tilliden til den pågældende myndighed og dennes afgørelser (Nævn og råd s. 23) og dermed også styrke eller substituere retssikkerheden, må nok siges at have stærkt begrænset gyldighed i forhold til kommunalbestyrelsen som forvaltningsmyndighed. Dette skal ses i sammenhæng med, at de almindelige problemer forbundet med etablering af generelle processuelle retssikkerhedskrav gældende for hele forvaltningen i særlig grad er blevet understreget i forhold til spørgsmålet om tillem্পning af forvaltningsloven på kommunerne. Det er således blevet anført, at generelle sagsbehandlingskrav er svære at forene med praktiske hensyn og effektivitet i lokalforvaltningen (bemærkningerne til forvaltningsloven s. 18ff ... Begrundelsesudvalgets betænkning s. 45).

Og selv om den nu vedtagne forvaltningslov i det hele også omfatter kommunale afgørelser, kan det spørgsmål rejses, om vægtforskydningen fra materiel mod processuel retssikkerhed blot kan betragtes som en begrænset omrokering inden for det traditionelle retssikkerhedsbegrebs rammer, eller om udviklingen herudover også kan forstås som udtryk for en tendens i retning af overskridende ændring af retsformen.

Som anført har det retlige grundlag for den massive udvidelse af

kommunal kompetence i meget høj grad været af skønsmæssig karakter. Dette forhold svarer ganske til hovedtendensen i udviklingen af den offentlige ret i U.S.A. og Vesteuropa, hvilket er blevet karakteriseret som udviklingen imod *refleksiv* ret, d.v.s. en retsform karakteriseret ved, at retten alene sigter mod, »at skabe nogle ydre rammer inden for hvilke den fremtidige udvikling må formes uden at der i retten nødvendigvis er fastsat bestemte værdier, som bør realiseres« (Günther Teubner: substantive and Reflexive Elements in Modern Law. Law and Society Review 1983 s. 239ff).

Begrebet refleksiv ret er først og fremmest blevet sat i forbindelse med den materielretlige regulerings grundlag og i mindre grad forvaltningsprocessen. Spørgsmålet er imidlertid, om der ikke også kan påvises en tendentiell udvikling i retning af, at judicialisering af forvaltningsprocessen som kompensation for reduceret materiel retssikkerhed afløses af egentlig af-judicialisering og dermed politisering af den kommunale kompetence.

Vægtforskydningen fra materiel til formel retssikkerhed kan således i sig selv betragtes som overgang til den reflektive retsform, hvorved forstås et retssystem hvis processuelle form alene skal sikre den til enhver tid mest hensigtsmæssige afgørelse. Hjemmelsgrundlagets skønsmæssige karakter set i sammenhæng med forvaltningskompetencens konstituering på grundlag af folkeligt mandat kan danne grundlag for en udvikling, hvor de formelle krav mister deres karakter af *proces* for i stedet at blive spilleregler i et politisk system af større lighed med parlamentets beslutningsform end med forvaltningsretlig sagsbehandling.

Den med retsstaten forbundne retsform, som denne fremtræder i den klassiske retssikkerhedsmodel besidder som anført i sig selv en høj grad af elasticitet. Denne retsform har således langt hen ad vejen kunnet fastholdes og absorbere presset fra den stadige udvidelse af offentlige opgaver og beføjelser. På et tidspunkt slår den kvantitative udvidelse af det offentliges intervention imidlertid over som kvalitative ændringer af såvel interventionens overordnede mål som dens retlige udtryk, d.v.s. summen af de (rets)midler, som under ét betegner interventionens (rets)form. Retsstaten afløses af *velfærdsstaten*, hvis overordnede mål kan beskrives som maksimering og den hermed forbundne styring af det *samlede* nationale produkt og behov med heraf følgende nærmest total intervention. I et sådant forløb bliver retten værktøj og styringsmiddel til opretholdelse af en dynamik kendetegnet af hurtige prioriteringsskift med hertil hørende styringstiltag, i

Første del. Kap.III.

forhold til hvilke den traditionelle retssikkerhedsfordring om *forudsigelighed* bliver udtryk for en statisk og dermed inadækvat retsform (*Hans Petter Graver*: Fleksibilitet som reguleringsteknik. Mod en anarkistisk retsform, Retfærd nr. 26 s. 59ff).

Forholdet mellem effektivitet og retssikkerhed har traditionelt givet anledning til diskussion. Det afgørende spørgsmål har været, om og i bekræftende fald i hvilket omfang de til grund for begreberne liggende mål er at opfatte som modsætninger eller i virkeligheden er sammenfaldende og/eller eventuelt lader sig forene (*Torstein Eckhoff*: Effektivitet og retssikkerhed i den offentlige forvaltning, NAT 1958 s. 15ff. *Bent Christensen*: Effektivitet og retssikkerhedshensyn i forvaltningen, Nordisk Juristmøde 1972. Administrationsdepartementets rapport 1982)

Uden at genoptage denne diskussion skal på dette sted blot fastslås, at retten - udover at sikre retfærdighed i snæver forstand - også tjener som middel til styring af det offentliges virksomhed. I det omfang effektivitet slet og ret kan sættes lig *målopfyldelse* og retssikkerhed lig *virkeliggørelse af gældende ret*, er sammenfaldet formelt åbenbart.*)

Konstateringen heraf er imidlertid i al sin cirkulære klarhed ikke særlig interessant, da det afgørende spørgsmål jo må være, om de satte mål i sig selv lader sig forene med traditionelle retssikkerhedsforestillinger. Hvis eksempelvis den overordnede målsætnings indhold netop er en effektiv forvaltning frigjort fra traditionelle retssikkerhedsgarantiers snærende bånd orienteret mod offentlig styring af de »frie« markedskræfter etc, vil

*) *Bent Christensen*: Nordisk Juristmøde 1972 s. 335. Også i forarbejderne til dansk forvaltningslov opereres med integration af hensynet til effektivitet og retssikkerhed: »Reglerne vil derfor kunne udformes relativt præcist og detaljeret, og således at retssikkerhedsformålene tilgodeses bedst muligt på den måde, *der også i administrativ henseende er mest rationel*« (s. 9). Se *Hans Petter Graver*: Forvaltningsretlige nydannelser og offentlig effektivisering, NAT 1985, nr. 2 s. 77ff og nr. 4 s. 292.

I forhold til svagt normerede serviceydelser er der blevet formuleret et alternativt materielt retssikkerhedsbegreb: At borgeren får den ydelse/service, man kan forvente i overensstemmelse med de kår, der overordnet er fastsat for offentlig virksomhed. Retssikkerhed i dette perspektiv bliver herefter et spørgsmål om rationel arbejdstilrettelæggelse, produktivitet etc. (Jfr. Administrationsdepartementets rapport, 4. afd. 1982 s. 21).

indholdet af gældende ret jo netop være af-judicialisering og a-retliggørelse af forvaltningen som middel til effektivitet. (Jfr. *Gerd Battrup* og *Steen Rønsholdt*: Årsberetning 1985 for Det retsvidenskabelige Institut B, Københavns Universitet).

Man skal i den forbindelse ikke lade sig narre af fremtrædelsesformen. Som følge af retsformens legitimerende funktion vil det kunne være udtryk for »god« statsræson at lade en udvikling i retning af forvaltningsvirksomhedens a-retliggørelse fremtræde i rettens form.

Hertil skal imidlertid føjes, at begrebet a-retliggørelse - som det her er anvendt - i sig selv er bundet af og relateret til en traditionel retsforståelse, som denne bl.a. kommer til udtryk i det skitserede traditionelle retssikkerhedsbegreb. Som følge heraf kommer anvendelsen af begreber som a-retliggørelse og refleksiv ret til at fremstå stærkt negativt ladet. Men med konstateringen af den påpegede udviklings forhold til traditionelle retssikkerhedsforestillinger er jo intet positivt sagt om denne udviklings muligheder i retning af at etablere nye retsformer, herunder nye former for retssikkerhed. Eksempelvis kan det ikke være ligegyldigt, om man anskuer problemstillingen svag materielretlig normering ud fra en (central) administrativ interesse i effektive bureaukratiske mekanismer til styring/administration af konstant svingende konjunkturer (jfr. ovenfor citat af administrationsdepartementet), eller om man f.eks. ud fra et klassekampsperspektiv søger at formulere en offensiv jurisprudens til udnyttelse af de - ofte stærkt progressivt ladede - formålsbestemmelser, som i så vidt omfang danner ramme om den moderne reguleringslovgivning (Lars D. Eriksson: Utkast till en marxistisk jurisprudens, Retfærd nr. 11 s. 40ff).

Således kan hverken den retspolitiske vurdering af udviklingen eller - og endnu mindre - formuleringen af normative krav, løsrives fra de interesser og hensyn, som karakteriserer det konkrete reguleringsområde. På den ene side kan der således tænkes interesser/positioner, som i retssikkerhedsmæssig henseende lader sig beskytte tilfredsstillende på trods af eller måske netop på grund af svag retlig regulering (*Henrik Bang*: Materiel retssikkerhed, Retfærd nr. 26 s. 33). Medens der på den anden side stadig og formentlig altid vil eksistere reguleringsområder kendetegnet ved nødvendigheden af defensivt orienteret fastholdelse af bestemte - i regelform - fastsatte retspositioner og dermed forbundne traditionelle retssikkerhedsfordringer (*Kirsten Ketscher*: Legalstrategier i kvinderetten, Kritisk Juss 3-4 1984).

Første del. Kap.III.

Men uanset hvilke retssikkerhedskrav og begreber, der vil udkrystallisere sig på de enkelte reguleringsområder i samspil med eller på bekostning af den traditionelle retssikkerhedsmæssige enhedsmodel, vil det grundlæggende spørgsmål om retsbegrebets grænser/rummelighed stå tilbage, jfr. kapitel V. *)

*) Jfr. således *Lars D. Eriksson*: Oplæg til legalstrategidiskussionen, op.cit. og reaktionerne herpå: *Jørgen Dahlberg-Larsen*: Retsdogmatik, legalstrategi og marxisme, Retfærd nr. 12 s. 80ff. *Thomas Matiesen*: En marxistisk jurisprudens, Retfærd nr. 15 s. 70ff. *Anna Christensen*: Ideologikritik contra dogmatik, Retfærd nr. 20 s. 67ff. *Håkan Hydén*: Legalstrategi med eller utan rätt, Retfærd nr. 20 s. 59ff. *Kirsten Ketscher*: Legalstrategier i kvinderetten, op.cit.

Ekskurs til kapitel II og III

Om begreberne judiciel og administrativ som grundlag for habilitetskravenes afgrænsning

At etablering af en for forvaltningen alment gældende habilitetsregulering ved tillem্পning af domstolsreglerne på grundlag af en enkel model - med hertil knyttede begrebsmæssige forviklinger - næppe er hensigtsmæssig synes klart at fremgå af forsøget herpå i engelsk ret.

Habilitetskravene afgrænses i engelsk ret yderst intenst. Denne meget intense afgrænsning har sit udspring i de for domstolene gældende habilitetskrav. Det forhold at habilitetskravene i deres oprindelse er dommerskabte, og at kravenes genstand oprindeligt har været domstolene selv, har betinget, at udvidelsen af kravene til også at omfatte administrative myndigheder logisk nok har været knyttet til en forudsætning om disses eller de trufne afgørelses judicielle karakter (*deSmith: Judicial Review of Administrative Action*, third edition s. 215-18).

I forhold til kommunalretten - de kommunale habilitetskrav - understreges denne sammenhæng af det forhold, at kommunerne helt op til nyere tid har været underlagt (freds)dommerne. På dette forvaltningsområde har der således eksisteret en til symbiose grænsende forbindelse mellem domstolenes kontrol med domstolene og domstolenes kontrol med (kommunal)forvaltningen. I det omfang der har været behov for eller politisk ønske om i kontrolmæssig henseende at operere med en distinktion mellem domstolene og forvaltningen, har det været meget nærliggende at hæfte en sådan distinktion op på begreberne judicial og administrative i betydningen, om den myndighed/afgørelse der er reguleringens/kontrollens genstand kan siges at være af judicial i modsætning til administrative karakter. Den virksomhed som ikke kan kategoriseres judicial i snæver forstand er yderligere blevet søgt graderet som quasi judicial i modsætning til administrative eller political. Der kan således på grundlag af den primære afgørelses karakter opstilles en skala, hvis venstre yderpunkt repræsenterer den højeste grad af reguleringsintensitet, som gradvist aftager jo længere man bevæger sig mod skalaens højre punkt:

Første del. Ekskurs. Kap.II.III.

Judicial - quasi-judicial - administrative - political.

Parallelt hermed kan der opstilles en skala af myndighedstyper som typologisk korresponderer med de anførte afgørelsestyper:

Domstole - tribunals - traditionelle forvaltningsmyndigheder - kommunale myndigheder - lovgivningsorganer.

Man må imidlertid være opmærksom på, at denne sammenstilling af organ- og afgørelsestyper i habilitetsmæssig henseende alene repræsenterer et groft udgangspunkt. Typologien brydes således på kryds og tværs, idet samtlige organtyper kan være tillagt kompetence, der implicerer anvendelse af afgørelsestyper, som er atypiske i forhold til den anførte typologi.

På grundlag af denne typologi søges imidlertid formuleret forskelle, som kan begrunde forskellige retlige grænser. Den almindelige antagelse om, at der ikke uden videre analogiseres fra de for domstolene gældende krav til forvaltningen, har naturligvis sit grundlag i reelle afvigelser i henseende til myndighedernes konstitution og virkemåde. Men at der fra dette forhold skulle kunne drages den slutning, at der for non-judicial virksomhed skulle gælde retlig frihed i eksempelvis habilitetsmæssig henseende må naturligvis have formodningen imod sig. Når spørgsmålet alligevel til tider har udviklet sig til et enten/eller kan det kun forklares med (rets)politiske aspekter knyttet til spørgsmålet om domstolenes kontrol med forvaltningen. Problemet har således været, om domstolenes kontrol med forvaltningen kan/skal udvides og i bekræftende fald, hvordan en sådan udvidelse skal legitimeres (*David Faulkes: Administrative Law, fifth edition 1982*)

Spørgsmålet kompliceres yderligere af det forhold, at habilitetskravene i retskildemæssig henseende udsondres i henholdsvis natural justice og grundsætningerne om fairness. Selv om hovedområdet for anvendelsen af natural justice er afgørelser, der kan karakteriseres som judicial, er dette netop kun et udgangspunkt, jfr. kap. IV, hvortil kommer at indholdet af natural justice i øvrigt varierer. Hvor rækkevidden af natural justice ophører, begynder grundsætningerne om fairness. Disse er så langt fra af klart afgrænset indhold, og - i snæver sammenhæng hermed - deres forhold til natural justice er uafklaret, jfr. kap. IV. Som anført i kapitel IV er der næppe tale om to forskellige retskilder men nærmere om udtryk for graduerede fordringer eller eventuelt blot synonyme udtryk, hvis funktion er at formidle en udvidelse af de retlige kravs rækkevidde til også at omfatte andre organ- og afgørelsestyper end de, der kan karakteriseres som judicial.

Sondringen judicial/administrative er grundlæggende bundet til spørgsmålet om retsgrundlagets karakter i betydningen graden af klarhed, hvormed grænserne for myndighedens materielle afgørelsesfrihed angives. Helt generelt kan en myndighed således siges at udøve en judicial beføjelse, når den er bundet til »fixed legal objective standards«, i modsætning til en myndighed

som »may act subjectively according to its own wishes«. (*Yardley: Principles of Administrative Law* s. 88). Begrebet judicial er - også i det 20. århundrede - blevet anvendt som grundlag for afgrænsningen af domstolenes prøvelse i forhold til forvaltningens afgørelser. En sådan prøvelseskompetence antoges alene at eksistere, i det omfang forvaltningsmyndigheden havde pligt til at handle judicially. I det omfang myndigheden derimod alene handlede på grundlag af »administrative duty/power and discretion« havde domstolene ikke mulighed for at blande sig i denne kompetences udøvelse. (Op.cit. s. 87)

Der er i engelsk ret ingen nødvendig sammenhæng mellem en afgørelses administrative karakter og de retssikkerhedsmæssige aspekter knyttet til afgørelsen. Således har flere af de afgørelser, der kategoriseres som administrative klart karakter af *enkeltafgørelser* med de til dette begreb knyttede retssikkerhedsmæssige implikationer, uden at dette forhold nødvendigvis betinger anerkendelse af retlige grænser i medfør af natural justice.

Imidlertid indgår spørgsmålet om den primære afgørelses betydning for enkeltpersoners rettigheder/retsstilling i grundlaget for klassificeringen af afgørelsen som henholdsvis judicial eller administrative. Begrebet »rights of an individual« indtager således en central placering som afgrænsningskriterium (*Garner: Administrative law, fifth edition 1979* s. 139).

Det anførte repræsenterer således et afgrænsningskriterium, hvis indhold er af betydning for spørgsmålet om retssikkerhed i snæver forstand. I forhold hertil er det imidlertid også klart, at det omhandlede rettighedsbegreb (»rights«) i retssikkerhedsmæssig henseende repræsenterer en indsnævring i forhold til begrebet enkeltafgørelse. Dette fremgår måske mere klart, når det andetsteds anføres, at en ansøger til en tilladelse ikke uden videre er beskyttet af reglerne om natural justice. Den enkeltafgørelse, som et eventuelt afslag udtrykker, må således kvalificeres i henseende til, at ansøgeren med afslaget »is not being deprived of the statutory right«. (Op.cit. s. 144)

Det fremgår heraf klart, at begrebet »right« ikke er sammenfaldende med begrebet enkeltafgørelse og det hertil knyttede begreb retssikkerhed i snæver forstand. Selv om eksempelvis en udlænding ikke har et egentligt retskrav på indrejse/opholdstilladelse er der naturligvis tale om en afgørelse, der bør implicere garanti om retssikkerhed i snæver forstand.

Om den svingende betydning af sontringens indhold og rækkevidde, jfr. *Yardley: Principles of Administrative Law 1981* s. 90ff. *David Faulkes: Administrative Law, fifth edition 1982* s. 223ff.

Selv om domstolene siden 60'erne har lagt sig på den linje, at der uden hensyn til klassifikationen af den kompetence, hvis udøvelse er kontrollens genstand, eksisterer retlige krav, som i hvert tilfælde delvist har grundlag i natural justice, kompliceres retsstillingen af, at nogle dommere stadig henviser til

Første del. Ekskurs. Kap.II.III.

spørgsmålet om den pågældende kompetences karakter af judicial/administrative.

Men medens sondringen oprindelig blev søgt tillagt et materielt indhold, jfr. ovenfor, er begrebernes senere anvendelse udtryk for en *formalisering*. Begreberne anvendes således alene til at give udtryk for det antagne resultat: At den pågældende myndighed/kompetence er genstand for domstolskontrol, jfr. således Lord Parker: »We have as it seems to me reached the position when the ambit of certiorary can be said to cover every case in which a body of persons of a public as opposed to a purely private or domestic character has to determine matters affecting subjects procided ...«. (Yardley: Principles of Administrative Law, 1981 s. 95)

Denne udvidelse af domstolsprøvelsens udstrækning og dermed rækkevidden af natural justice skal lægges til grund for forståelsen af begrebernes anvendelse i moderne praksis. (Op.cit. s. 95) Begrebet anvendes således som et led i en verbal legitimationsteknik til støtte for afgørelser og udsagn om, at funktioner/forvaltningsmyndigheder - som judicielle - er genstand for retlig kontrol. (Op.cit. s. 95)

At begreberne eller de indbyrdes korresponderende sæt af begreber for henholdsvis myndighedens og afgørelsens karakter og de retlige krav, der gælder for disse, ikke dækker over principielle forskelle med hensyn til spørgsmålet om eksistensen og karakteren af den retlige regulering, er naturligvis ikke til hinder for, at begrebernes anvendelse i de enkelte tilfælde kan korrespondere med forskelle i reguleringsintensiteten. Men spørgsmålet herom lader sig - bortset fra klare ydertilfælde - ikke afgøre på grundlag af almene begreber som de omhandlede (*de Smith*: Judicial Review s. 169).

Kapitel IV

Almindeligt om retsgrundlagets karakter og indhold

Spørgsmålet om karakteren og indholdet af habilitetskravenes retlige grundlag er naturligvis snævert forbundet med den egentlige detailanalyse af de enkelte habilitetskrav, jfr. kap. VI-IX. I forhold hertil vil nærværende afsnit alene sigte mod en almindelig fremstilling af de relevante retskilders karakter, indhold og indbyrdes forhold.

Habilitetsreguleringens grundlag kan i retskildemæssig henseende opdeles i to kategorier: Skrevne og uskrevne krav. Medens de for domstolene gældende regler (retsplejelovens § 60 og 62, jfr. § 66) hviler på skrevent grundlag og principielt er udtømmende, er reguleringen af forvaltningsmyndighederne sammensat af såvel skrevne som uskrevne krav repræsenterende alle tænkelige grader af materiel fuldstændighed (jfr. justitsministeriets henvisning til den foretagne undersøgelse af over 100 forskellige habilitetsregler, forvaltningslovforslagets bemærkninger s. 12). Og da der som anført i kap. II ikke kan sluttes analogt fra retsplejelovens regler, og da der heller ikke i almindelighed kan sluttes analogt eller modsætningsvis fra specielle forskrifter gældende for enkelte forvaltningsmyndigheder, kan man spørge hvilken betydning det har, om habilitetsreguleringens grundlag er af skreven eller uskreven karakter, og i forbindelse hermed hvilken betydning tilkomsten af forvaltningsloven har i den forbindelse.

De specielle habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelsesmedlemmer har deres grundlag i styrelseslovens § 14. Denne bestemmelses stk. 1 har følgende ordlyd:

»Kommunalbestyrelsen træffer beslutning om, hvorvidt et medlem har en sådan interesse i en sag, at han er udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens forhandlinger og afstemning om sagen«.

Første del. Kap.IV.

Det fremgår således klart, at § 14 alene har karakter af en kompetenceforskrift. (Espersen og Harder: Kommenteret styrelseslov s. 68. Rønsholdt: Juristen 1976 s. 276). Bestemmelsen er materielt indholdsløs. Den indeholder ingen vejledning med hensyn til, hvilke interesser der skal bevirke inhabilitet. I denne henseende henvises blot til de almindelige uskrevne grundsætninger.

Den eneste skrevne regel af egentligt materielt indhold vedrørende specielt kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet findes i styrelseslovens § 29. Denne bestemmelse - hvis indhold er gengivet i kap. VIII - indeholder i stk. 2, 3 og 4 forskrifter om kommunalbestyrelsesmedlemmers generelle habilitet i de stående udvalg og økonomiudvalget, jfr. kapitlerne VIII og IX. Hertil kommer at forvaltningslovens § 3 om speciel habilitet også omfatter kommunerne, jfr. § 1.

Som argument for regulering på skrevent grundlag i lovsform anføres i forvaltningslovens forarbejder, at »det må tillægges væsentlig betydning for den almindelige tillid til den offentlige forvaltnings virksomhed, at der gælder så klare regler som muligt om dette forhold«. Og, at »dette er baggrunden for, at der i lovforslaget ... er optaget en række almindelige regler om inhabilitet i forvaltningen« (Lovforslagets bemærkninger s. 28).

Spørgsmålet er herefter, om og i bekræftende fald i hvilket omfang forvaltningslovens habilitetsbestemmelser faktisk repræsenterer en sådan sikring og afklaring af de kommunale habilitetskravs formelle grundlag og materielle indhold/rækkevidde.

Den danske forvaltningslov (lov nr. 571 af 19. dec. 1985) - som er inspireret af den norske og svenske forvaltningslov - træder i kraft 1. jan. 1987, jfr. § 33. Ligesom den norske forvaltningslov og delvist den svenske (jfr. herom nedenfor) omfatter den danske alle dele af den offentlige forvaltning (jfr. § 1, stk. 1). For så vidt særligt angår kommunale forhold - som disse kommer til udtryk i spørgsmålet om substitution og valg af medlemmer til kommunale hverv - er disse behandlet generelt som spørgsmål af betydning for alle typer kollegiale myndigheder (jfr. § 4 og 5). De af loven omfattede habilitetsregler rummer således ikke særlige for kommunerne gældende bestemmelser. Lovforslagets bemærkninger understreger netop den *generelle* forvaltningslov som en afgørende pointe i modsætning til love gældende for specielle forvaltningsområder. Som fordele ved sidstnævnte reguleringsform anføres, »at disse regler vil kunne udformes således, at de specielt tilpasses de særlige forhold, der gælder for

netop dette forvaltningsområde. Reglerne vil derfor kunne udformes relativt præcist og detaljeret, og således at retssikkerhedsformålet tilgodeses bedst muligt på en måde, der også i administrativ henseende er mest rationelt« (lovforslagets bemærkninger s. 9). Som argument for alligevel at satse på generel regulering af hele forvaltningen anføres heroverfor især den enkelte borgers og sagsbehandlers mulighed for overblik over de gældende forvaltningsprocessuelle regler (op.cit.). Udover at forvaltningslovens regler er gældende for hele forvaltningen, forudsættes reglerne også at være *udtømmende* (lovforslagets bemærkninger s. 9). At forudsætningen herom skal opfattes bogstaveligt, fremgår klart, når det i bemærkningerne anføres, at det efter justitsministeriets opfattelse dog ikke »ganske kan udelukkes, at der undtagelsesvis på helt særlige forvaltningsområder vil være behov for, at der gælder bestemmelser, som medfører inhabilitet i videre omfang end efter forvaltningslovens regler herom (s. 13). Om sådanne afvigelser fra forvaltningslovens generelle regulering hedder det videre, at de i givet fald må fastsættes »udtrykkeligt ved lov« (op.cit.). ~~Derfor~~ Følgelig forudsættes reguleringen også at være præcis i henseende til retsgrundlagets beskrivelse af retsfaktum og retsfølge med udelukkelse af »... sagsbehandlingsprincipper, der alene kan formuleres som brede målsætninger af mere upræcis karakter« (lovforslagets bemærkninger s. 9). Sådanne upræcise regler »vil ikke give borgeren nogen reel vejledning ..., hvortil kommer, at sådanne mere upræcise forskrifter vil kunne give anledning til betydelige fortolkningsproblemer for forvaltningsmyndighederne selv ...« (op.cit.). 18).

På baggrund heraf falder det i øjnene, at det i forarbejderne også udtales, at forslaget ikke tilsigter en ændring i praksis vedrørende kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet (s. 29).*)

Når lovens habilitetsbestemmelser således på én gang er gældende og - med forbehold af mere intensiv regulering på skrevent grundlag, jfr. § 34 - det samtidig fastslås, at loven ikke tilsigter ændring af hidtil gældende kommunal habilitetspraksis, kan det være ensbetydende med en forudsætning om, at lovens habilitetsbestemmelser er i overensstemmelse med hidtidig

*) (Herudover fastsætter lovens § 34, at »bestemmelser i andre love eller bestemmelser fastsat i henhold til lov, som i videre omfang end bestemmelserne i kap. 2 medfører inhabilitet, opretholdes)

Første del. Kap.IV.

kommunal praksis, eller - hvis denne forudsætning skulle vise sig uholdbar, at loven fortrænges af det uskrevne retsgrundlag, kommunal praksis er udtryk for. Som en del af grundlaget for besvarelsen af dette spørgsmål må det for det første afklares, om den principielle rækkevidde af lovens habilitetsbestemmelser er identisk med de uskrevne kommunale habilitetskrav. Og for det andet om loven inden for rammerne af habilitetsbestemmelsernes principielle rækkevidde kan siges at realisere forudsætningen om udtømmende materiel klarhed.

Der kan allerede indledningsvis sættes spørgsmålstegn ved det mulige og hensigtsmæssige i disse forudsætningers realisering, som - i hvert tilfælde for så vidt angår kommunale habilitetskrav - forekommer helt urealistisk. Den kommunale beslutnings- og kompetencestruktur som beskrevet i kap. II frembyder så mange særegenheder, at resultatet næsten med nødvendighed må blive et valg mellem de angivne forudsætninger: Enten bliver loven ikke udtømmende, eller også får den i vidt omfang karakter af upræcise principper.

Den manglende opmærksomhed på de grundlæggende forskelle, der eksisterer mellem de enkelte typer forvaltningsmyndigheder kan undre i betragtning af den vægt, der traditionelt har været lagt på de habilitetsmæssige forskelle forvaltningsmyndighederne og domstolene imellem. Spørgsmålet er således, om ikke den habilitetsmæssige spændvidde, der eksisterer mellem kommunalbestyrelsen og traditionelle (statslige) forvaltningsmyndigheder er mindst lige så udtalt, som den der lægges til grund for forholdet mellem domstolene og traditionelle statslige forvaltningsmyndigheder.

Om forholdet mellem de for domstolene og forvaltningen gældende habilitetskrav henvises i forslaget til de mange oprettede nævn og råd, »om hvis sammensætning, der i loven er fastsat regler, som sikrer en vis interesserepræsentation. Allerede dette forhold indebærer uvægerligt, at der ikke generelt kan stilles krav om en lige så upartisk og neutral holdning af forvaltningsmyndighederne som af domstolene«. Og videre anføres, at »det nævnte forhold har i øvrigt også medført, at der inden for forvaltningen jævnligt kan forekomme former for interessekonflikter som typisk slet ikke er aktuelle inden for retsplejen« (lovforslagets bemærkninger s. 13). I forlængelse heraf kan tilføjes, at der inden for kommunalforvaltningen forekommer interessekonflikter, som slet ikke er aktuelle for traditionelle forvaltningsmyndigheder.

At forvaltningsloven imidlertid ikke reelt tager hensyn hertil kommer

allerede til udtryk i bestemmelserne om afgrænsningen af forvaltningsvirksomheder og afgørelsestyper omfattet af loven, jfr. dennes § 2, stk. 1 og 2. Lovens énsidige fokusering på retssikkerhed i snæver forstand afstedkommer således en afgrænsning af habilitetskravene, som bevirker at interessekonflikter af ganske særlig relevans for kommuner i hvert tilfælde ikke direkte er omfattet af lovens anvendelsesområde.

Hertil - og i snæver forbindelse hermed - kommer at lovens habilitetsbestemmelser kun i ringe omfang - om overhovedet - tager højde for habilitetskravene vedrørende kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer. Til trods for at spørgsmålet herom såvel i kvantitativ som i kvalitativ henseende må betegnes som yderst centralt for den samlede kommunale habilitetsproblematik, rummer loven ikke så meget som en antydning herom. Heroverfor kan anføres, at også den kommunalt ansatte naturligvis omfattes af reglerne om »partsinhabilitet« i § 3, stk. 1, nr. 1 - 3. Men selv om det til grund for af disse bestemmelser relevante partsbegreb, afgrænses meget vidt, må der siges at være tale om et noget inadækvat grundlag for løsningen af interessekonflikter, som i højere grad afspejler hensynet til det kommunale magtfordelingssystem end de enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmers personlige/økonomiske interesser (Jfr. herom kap. II).*)

De anførte bestemmelser har således først og fremmest traditionelle privatøkonomiske interesser for øje. Heller ikke § 3, stk. 1, nr. 4 som er den eneste bestemmelse, der direkte peger på, tilknytning til offentlig myndighed som inhabilitetsårsag kan siges på nogen måde at kompensere for lovens manglende opmærksomhed på kommunalt ansattes habilitet. Denne bestemmelse tager således »kun sigte på sager vedrørende klage over eller udøvelse af kontrol eller tilsynsvirksomhed over for en *anden offentlig myndighed*«. Derimod tager reglen ikke sigte på tilfælde, hvor en

*) Reglen i nr. 3 er udtrykkelig begrænset til alene at omfatte *private juridiske personer*. Og for så vidt angår nr. 2 kan det tilføjes, at denne bestemmelse om identifikation som følge af familie- og slægtskabsforhold, for så vidt angår tilknytning ved ægteskab anses for modificeret i den del af kommunal tilsynspraksis som i tid ligger nærmest forvaltningslovens vedtagelse (Jfr. herom udførligt kapitel VII).

Første del. Kap.IV.

person som indehaver af flere offentlige hverv *træffer afgørelse eller deltager i en sags behandling i forskellige faser af en sags forløb*» (Bemærkningerne s. 31). Heller ikke opsamlingsbestemmelsen i nr. 5 yder nogen dækning, da bestemmelsen i denne henseende sigter på tilfælde, hvor formålet med en sags behandling i to organer »er at skabe en særlig retssikkerhedsordning, uden at der foreligger en egentlig klageordning« (op.cit. s. 318).

Hertil kommer, at lovens habilitetsbestemmelser - *heller ikke inden for rammerne af deres formelle rækkevidde* - repræsenterer et væsentligt materielt bidrag til løsningen af den kommunale habilitetsproblematik.

Lovens § 3 har følgende ordlyd:

»Den, der virker inden for den offentlige forvaltning, er inhabil i forhold til en bestemt sag, hvis

1) vedkommende selv har en særlig personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald, eller er eller tidligere i samme sag har været repræsentant for nogen, der har en sådan interesse,

2) vedkommendes ægtefælle, beslægtede eller besvogrede i op- eller nedstigende linje eller i sidelinjen så nær som søskendebørn eller andre nært stående har en særlig personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald, eller er repræsentant for nogen der har en sådan interesse,

3) vedkommende deltager i ledelsen af eller i øvrigt har en nær tilknytning til et selskab, en forening eller en anden privat juridisk person, der har en særlig interesse i sagens udfald,

4) sagen vedrører klage over eller udøvelse af kontrol- eller tilsynsvirksomhed over for en anden offentlig myndighed, og vedkommende tidligere hos denne myndighed har medvirket ved den afgørelse eller ved gennemførelsen af de foranstaltninger, sagen angår, eller

5) at der i øvrigt foreligger omstændigheder, som er egnet til at vække tvivl om vedkommendes upartiskhed.

Afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende forhold er således meget bredt og alment formuleret. Bortset fra den under 2 anførte regel - som alene angiver arten af inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold - er de medtagne kategorier kun i begrænset omfang umiddelbart operative. Dette forhold er der eksplicit taget højde for under 5, der som opsamlings-

bestemmelse generelt henviser til de retsanvendende myndigheders konkrete vurdering eller praksis, i det omfang den pågældende interessetype enten slet ikke er medtaget under de øvrige punkter eller i øvrigt ikke er tilstrækkelig præcist afgrænset. *)

Der henvises i øvrigt til retsplejelovens § 62. Om denne opsamlingsbestemmelses forhold til forudsætningen om den udtømmende karakter af de for dommere gældende habilitetskrav, jfr. *Rønsholdt*: UfR 1980 s. 283f og kap. I og II med henvisninger.

At de medtagne habilitetsspørgsmål således er relativt fåtallige og/eller bredt afgrænset, beror naturligvis netop på, at lovudkastet som anført forudsættes at skulle være gældende for alle dele af den danske forvaltning. En mere differentieret og udtømmende angivelse af habilitetsårsager må af retstekniske grunde forudsætte, at reguleringens genstand afgrænses snævrere eksempelvis til et bestemt forvaltningsområde. **)

Det anførte skal ses i sammenhæng med, at loven i medfør af § 2, stk. 1 alene gælder behandlingen af sager, »hvor der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed«. Denne bestemmelse indebærer en begrænsning af lovens anvendelsesområde til sager vedrørende udfærdigelse af »retsakter«, d.v.s. udtalelser »der går ud på at fastsætte hvad der er eller skal være ret i det foreliggende tilfælde« (Bemærkningerne s. 28). Uden for habilitetsbestemmelsernes område falder således »navnlig den administrative sagsbehandling der har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed ...«. Kun for så vidt angår sager »om indgåelse af kontraktsforhold eller lignende privatretlige dispositioner«, jfr. § 2, stk. 2 udvides habilitetskravenes rækkevidde udover afgrænsningen i medfør af stk. 1. I lovens forarbejder anføres som »det centrale anvendelsesområde ... den admini-

*) At denne opsamlingsbestemmelse på trods af den ovenfor angivne forudsætning om lovens klare og udtømmende karakter, også omfatter interessetyper, som end ikke er nævnt under litra 1-4, fremgår klart af forslaget, når det som motivation for bestemmelsen under 5 hedder, at »det ikke er muligt at give en udtømmende opregning af forhold, der bør begrunde inhabilitet«.

**) Muligheden for speciel regulering af enkelte forvaltningsområder er ud over i forslaget også blevet overvejet af Harder, NAT 1955 s. 359. Eilschou-Holm, Juristen 1977 s. 326f.

Første del. Kap.IV.

strative sagsbehandling i forbindelse med *udfærdigelsen af konkrete forvaltningsakter*«.*)

Selv om loven som udgangspunkt også gælder for sager om udfærdigelse af »generelle retsakter f.eks. forskrifter og visse planer ...« (op.cit.) må man sige at lovens afgrænsning forekommer uklar i forhold til de mange kommunale beslutninger, der som deres genstand umiddelbart har kommunens indre forhold/indretning, eksempelvis kommunale beslutninger om gennemførelse af anlægs- og byggearbejder og beslutning om indretning af kommunale institutioner og faciliteter i øvrigt, gennemførelse af kommunale aktiviteter i det hele taget.

Sammenfattende kan det herom anføres, at forvaltningsloven afstedkommer en usikkerhed med hensyn til habilitetskravenes indhold og rækkevidde som er ny i den forstand, at usikkerhedens årsag er forvaltningsloven selv. Når loven ikke direkte nævner tilknytning ved kommunal ansættelse som inhabilitetsårsag, må retsgrundlaget enten søges i § 3, stk. 1, nr. 1 og 2, hvorefter det afgørende bliver, om vedkommende »har en særlig personlig eller . 5 hvorefter der statueres inhabilitet, når »der i øvrigt foreligger omstændigheder, som er egnet til at vække tvivl om vedkommandes upartiskhed«.

Men for så vidt angår førstnævnte mulighed har problemet i praksis jo netop været afgrænsningsvanskeligheder i forbindelse med en tendens til at statuere inhabilitet i tilfælde, hvor der ikke foreligger en økonomisk interesse i snæver forstand, og/eller hvor tilknytningsforholdet har været så indirekte, at eksistensen af en interesse i traditionel habilitetsmæssig betydning er yderst tvivlsom (Jfr. udførligt herom kap. VII). For så vidt angår den sidstnævnte mulighed at søge retsgrundlaget i opsamlingsbestemmelsen er kun at sige, at retstilstanden hermed vil være tilbage til sit udgangspunkt: Uskreven regulering, nu blot på skrevet grundlag.

Forvaltningsloven synes således ikke i væsentlig grad at imødekomme det utvivlsomt eksisterende behov for en højere grad af materiel normering af de kommunale habilitetsspørgsmål. En realisering af det udbredte ønske om i højere grad at indskrænke betydningen af materielt indholdsløse

*) For så vidt angår lovens begrænsninger på grundlag af den primære sags *generelle* karakter, jfr. formuleringen i lovens § 9, stk. 1, § 10, stk. 1, § 21, stk. 1, § 22 og § 23, stk 1, holdes lovens habilitetsregulering fri. (Bemærkningerne s. 28)

Kap.IV.

habilitetsforskrifter (*Kurt Nielsen: Juristen 1978 s. 324. Arvid Frihagen: Forvaltningsret II s. 88. Eckhoff: Forvaltningsret s. 435*) er næppe mulig på grundlag af bestemmelser, som indskrænker sig til at fastlægge visse bredt formulerede grundlæggende principper. En imødekommelse af det angivne behov må forudsætte bestemmelser af et indhold, der om ikke nødvendigvis afviger fra, hvad der er indholdet i de almindelige anerkendte uskrevne retsgrundsætninger, så dog specificerer disse i en sådan grad, at de i vidt omfang vil komme til at fremtræde som egentlige nydannelser.

Hensynet til at sikre og udbygge befolkningens tillid til forvaltningen via de formelle krav til dennes sagsbehandling i almindelighed og habilitetskravene i særdeleshed, er i de senere år blevet stærkt understreget af den forvaltningsretlige teori og de retsanvendende myndigheder. *)

At skrevne retsforskrifter i sig selv øger befolkningens tillid til forvaltningens sagsbehandling og dermed til rigtigheden af de afgørelser, som træffes, er nok trolig. Men skal denne tillid have et reelt grundlag, er det næppe tilstrækkeligt at indskrænke disse forskrifter til bredt formulerede hovedsynspunkter. Sådanne er formentlig i forvejen vel indarbejdede. Hvad der er behov for, er netop *materiel normering* og den dermed forbundne formalisering af bedømmelsesgrundlaget, d.v.s. forskrifter som regulerer sagsbehandlingen på en sådan måde, at der med mening kan tales om (rets)krav til forvaltningen. Nødvendigheden heraf understreges af, at den almindelige usikkerhed, der i vidt omfang eksisterer med hensyn til indholdet og den nærmere afgrænsning af de uskrevne retsgrundsætninger om habilitet, forstærkes betydeligt, når disse retsgrundsætningers genstand er kommunernes afgørelser og sagsbehandling (*Hyldtoft: Kommunal årbog 1973 s. 35. Eilschou-Holm: Juristen 1977 s. 325. Kurt Nielsen: Juristen 1978 s. 324*)

Årsagerne hertil er mange. Kommunalbestyrelsens sammensætning og arbejdsform frembyder som anført i sig selv sagsbehandlingsproblemer, der er særlige for kommunerne. Resultatet af de i kap. II anførte faktorer er meget forskelligartede opfattelser kommunerne imellem af gældende ret. Selvfølgelig foretages der i vidt omfang kommunikation af tilsynsmyn-

*) *Harder: Offentlige hverv og private interesser 1956 s. 33. Eilschou-Holm Juristen 1977 s. 314ff. Eckhoff: Forvaltningsret s. 420 og 427. Frihagen: Inhabilitet i forvaltningen s. 17. Jørgen Mathiasen: Juristen 1976 s. 217ff*

Første del. Kap.IV.

dighedernes retsopfattelse til kommunerne, ligesom disse er undergivet tilsynsmyndighedernes kontrol. Men dels består denne kommunikation i videregivelse af konkrete enkeltafgørelser og vejledende udtalelser, hvis rækkevidde og præcedensskabende effekt kan være vanskelig at lodde, dels oplever mange kommunalbestyrelser - ikke uden grund - en del uklarhed med hensyn til kompetencefordelingen mellem kommunalbestyrelsen og tilsynsmyndighederne i habilitetssager, hvortil kommer kommunalbestyrelsernes almindelige bevidsthed om deres autonomi, som denne kommer til udtryk i tesen om det kommunale selvstyre, jfr. grundlovens § 82. *)

Fremmed ret

At eksistensen af autoritative forskrifter i lovsform ikke i sig selv er ensbetydende med en materiel udbygning endside udtømmende afklaring af habilitetskravenes indhold, synes også at fremgå af erfaringerne fra Norge, hvor reguleringen af habilitetsspørgsmålet historisk har udviklet sig efter samme mønster som i dansk ret. Bortset fra reglerne i domstolslovens § 106-08 har den autoritative regelfastsættelse, indtil gennemførelsen af forvaltningsloven, været spredt og tilfældig. Habilitetsspørgsmålet er blevet ofret begrænset opmærksomhed. De eksisterende forskrifter gældende for særlige forvaltningsområder er groet frem mere eller mindre tilfældigt. **)

Den højere grad af autoritativ styring af de for forvaltningsmyndighederne gældende habilitetskravs indhold, der følger af den i norsk ret antagne videre adgang til at slutte analogt fra de for domstolene gældende habilitetskrav, synes i sammenligning med dansk ret at betinge en forskel af mere formel end reel karakter.

I norsk teori har det således været antaget, at domstolslovens regler på områder, hvor der ikke er fastsat specielle habilitetsforskrifter, og hvor forvaltningsmyndigheden handler på et skønsmæssigt grundlag, kan anvendes analogt (Innstillingen s. 138. *Frede Kastberg*: Innledning til forvaltningsretten s. 235)

Som anført har opfattelsen i dansk ret været den modsatte, at retsplejelovens regler for dommere som hovedregel ikke kan finde analog anvendelse på

*) Jfr. bl.a. en sag anlagt ved domstolene mod indenrigsministeriet med påstand om, at kommunalbestyrelsen har den *endelige* kompetence med hensyn til at træffe afgørelser i habilitetsspørgsmål, jfr. Rønsholdt: Juristen 1976 s. 276ff samt kap. XV, afs. 4.

**) Forvaltningskomitéens innstilling vedrørende spørgsmålet om mere betryggende former for den offentlige forvaltning. *Kragerø*: 1959 s. 136. I det følgende benævnt »Innstillingen«.

Kap.IV.

forvaltningen (*Poul Andersen* s. 445. *Nørgaard*: Sagsbehandling s. 62. *Bent Christensen*: Nævn og råd s. 176ff). At denne forskel mellem dansk og norsk ret måske er mere tilsyneladende end reel fremgår af, at man i norsk ret reducerer udstrækningen af analogiens anvendelsesområde til de bestemmelser i domstolsloven som findes egnede til anvendelse på forvaltningen. (Innstillingen s. 137 og *Audvar Os*: Nordisk Administrativt Tidsskrift 1953 s. 308-10)

Selv om den analoge anvendelse af domstolsloven således formelt har rakt videre end den analoge anvendelse af retsplejeloven i dansk ret, er det et spørgsmål om retsstillingen ikke i det væsentlige har været den samme: Habilitetsreglerne gældende for domstolsprocessen har såvel i dansk som norsk ret hovedsageligt været af vejledende betydning for forvaltningen.

Med forvaltningsloven, som trådte i kraft 1970 (lov af 19/6 1969 nr. 54 sidst ændret ved lov af 27/5 1977 nr. 40), indførtes i Norge habilitetsforskrifter, der ligesom den danske forvaltningslov, er gældende for alle dele af den norske forvaltning. Disse forskrifter repræsenterer i materiel henseende ikke nogen nydannelse, idet der blot er tale om en lovfæstelse af hidtidig praksis (*Frihagen*: Forvaltningsloven s. 84). Formålet med forvaltningslovens habilitetsforskrifter har i højere grad været at kommunikere og koordinere end at ændre og udbygge gældende ret. Dette forhold beror - ligesom for den danske forvaltningslov - på, at den norske forvaltningslov omfatter alle dele af den norske forvaltning (NFL § 10). De habilitetsspørgsmål, der er medtaget i loven, er relativt fåtallige og/eller bredt afgrænsede. Bestemmelsen i NFL § 6 er bygget op på samme måde som § 3 i dansk forvaltningslov.

Når man bevæger sig uden for de af bestemmelsen omfattede meget oplagte inhabilitetsårsager, som nærmest ubetinget medfører inhabilitet, melder afgrænsningsproblemerne sig med fuld styrke. Grundlaget for den videre regulering er en opsamlingsbestemmelse uden selvstændigt materielt indhold. Udfyldningen af denne opsamlingsbestemmelse (§ 6, 2. led) er således styret af helt alment holdte termer af samme karakter som de i dansk forvaltningslov anvendte: »Likedan er han ugild når andre særegne forhold foreligger, som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet» (*Frihagen*: Forvaltningsrett II s. 100ff. *Eckhoff*: Forvaltningsrett s. 427ff. *H. Hammer* s. 64ff)

Gennemførelsen af den norske forvaltningslovs bestemmelser om habilitet var bl.a. ønskelig for at imødekomme det behov, der især i kommunerne eksisterede for en afklaring af habilitetskravene. (*Frihagen*: Inhabilitet i forvaltningen s. 9) At forvaltningsloven ikke på afgørende vis har formået at rette op på dette forhold, fremgår af en udtalelse fremsat af kommunedepartementet i 1973 (jfr. *Frihagen*: Forvaltningsrett II s. 88) i forbindelse med revisionen af forvaltningsloven. Det hedder heri, at praktiseringen af habilitetsreglerne i forvaltningsloven volder problemer i kommunerne, og departe-

Første del. Kap.IV.

mentet har vanskeligt ved at besvare mange af de spørgsmål, som bliver rejst på dette område. Især fremhæves vanskelighederne ved at praktisere forvaltningslovens opsamlingsbestemmelse i § 6, 2. led. På denne baggrund anbefaler kommunedepartementet, at der skabes mere præcise forskrifter, end de som er givet i forvaltningslovens opsamlingsbestemmelse. Heroverfor anfører justitsdepartementet, at der »foreligger næppe noget materielt behov for at ændre § 6, 2. led«. Som begrundelse herfor udtaler departementet det ovenfor citerede, at »man ikke har set eksempler på, at bestemmelsen i sin nuværende ordlyd har stået i vejen for den løsning af noget habilitetsspørgsmål, som er ønskeligt retspolitisk set. Bestemmelsen giver tilstrækkeligt grundlag for at opnå et rimeligt resultat«.

Den rejste kritik af den norske forvaltningslovs habilitetsbestemmelser førte til, at § 6 ved den sidste revision af loven i 1977 fik tilføjet et led, der bestemmer, at nu også opsamlingsbestemmelsen kan fastlægges nærmere ved udstedelse af forskrifter (om den nærmere adgang til at udstede sådanne forskrifter og om afgrænsningen af disse forskrifters indhold, se *Frihagen: Forvaltningsrett* II s. 88 og 93).

Svensk ret

Før indsættelse af bestemmelsen om speciel inhabilitet i kommunallagen ved lovrevisionen i 1953 var den eneste mere almindelige bestemmelse herom af finde i rättegångsbalken (om dennes betydning for/anvendelse på forvaltningsmyndigheder se kap. I).*)

Som i Danmark og Norge var de for dommere gældende habilitetsforskrifter delvis anvendelige (*Strömberg: Allmän förvaltningsrätt* 1963 s. 112), ligesom der i et vist omfang eksisterede spredte bestemmelser for de enkelte forvaltningsområder. I det omfang der i øvrigt ikke var foretaget udtrykkelig regulering var indholdet af gældende ret usikkert (SOU 1964 s. 27 og Prop 1971:30 s. 227x).

Før den svenske forvaltningslovs ikrafttræden i 1972 savnedes således også i svensk ret almindelige habilitetsregler gældende for statsforvaltningen, og retsstillingen var i det hele meget uklar (Hellners s. 61).

Også den svenske forvaltningslov omfatter som udgangspunkt - med de undtagelser som er nævnt i lovens § 2 - alle forvaltningsmyndigheder. Men modifikationen i dette udgangspunkt er netop kommunalforvaltningen. Som følge af hensynet til det kommunale selvstyre blev forvaltningslovens almindelige forudsætning om, at dens bestemmelser forholder sig som basisregler i forhold til andre love (§ 1), netop ikke anset for gældende med hensyn til *de kommunale habilitetsforskrifter*.*)

*) Under forberedelsen af forvaltningsloven blev det diskuteret, om og i bekræftende fald i hvilket omfang forvaltningslovens habilitetsforskrifter skulle være anvendelige for kommunalforvaltningen (Arbejdsgruppen s. 129. PROP 1971:30 s. 252x. Hellners s. 29-93).

Kap.IV.

De kommunale habilitetskrav havde da også længe før forvaltningsloven været genstand for særlig regulering, idet der allerede i 1953 i kommunelovens § 16, 37 og 45 var indført habilitetsregler for de folkevalgte i kommunerne.*)

Den aktuelt gældende bestemmelse i kommunelovens II kap. 13 § - som i sin afgrænsning svarer til den tidligere bestemmelse i § 16 - er materielt meget snævert afgrænset:

»Ledamot i fullmäktige får ej deltaga i handläggning av ärende som personligen rör honom själv eller hans make, föräldrar, barn eller syskon eller annan honom närstående« (Riberdahl s. 334-343), jfr. 3 kap. 9 §, 2. pkt. reglerne for medlemmerne af kommunestyrelsen (Kaijser/Riberdahl s. 470-73).

De siden 1953 indførte forskrifter havde kun den uregulerede kommunalforvaltning for øje, d.v.s. sager som er genstand for kommunal besvær i modsætning til förvaltningsbesvär. Og det forhold at de for denne del af kommunalforvaltningen gældende habilitetsforskrifter blev indskrænket til at vedrøre de mest iøjnefaldende inhabilitetssituationer, med udtrykkelig afstandtagen fra at tillempe reglerne om dommerhabilitet på kommunale repræsentanter, blev begrundet i det kommunale selvstyres natur.

Det blev således fremhævet, at »den ställning kommunernas fullmäktige och deras här avsedda nämnder intager gentemot den enskilde är en helt annan än den som tillkommer domstolar och myndigheter. Fullmäktige og nämnder är kommunmedlemmarnas organ för utövande av deras självstyrelse, och de angelägenheter, varmed organen tar befattning, är kommunmedlemmarnas egna. I vedsträkt bemärkelse kan varje ärende som handlägges av fullmäktige eller nämnd, sägas röra kommunens medlemmar i gemen« (Åke Poulson: Ft 1967 s. 119).

Resultatet blev således særlige kommunale habilitetskrav karakteriseret ved en yderst beskeden grad af intensitet i reguleringen. Til trods for at de af bestemmelsen omfattede habilitetsårsager er begrænset til parts- og slægtskabsforhold betragtes reguleringen som udtømmende (Ole Westerberg: FT 1969 s. 1 og samme: Almän förvaltningsrätt s. 32f)

Da de hensyn der blev lagt til grund for beslutningen om ikke at lade forvaltningslovens habilitetsregler omfatte den kommunale forvaltning i almin-

*) Kommune-lovens § 16 var umiddelbart kun gældende for kommunefuldmægtige. Denne bestemmelse blev så via henvisninger i kommunelovens § 37, 2. stk. og § 45, 1. stk. gjort anvendelig på såvel medlemmerne i kommunestyrelsen og fakultative nævn som på medlemmerne af de specialregulerede nævn. For de kommunale tjenestemænd fandtes ingen regler (jfr. Åke Poulson: FT 1969 s. 117ff).

Første del. Kap.IV.

delighed kun kunne tillægges vægt i det omfang kommunerne antages at være tillagt et reelt selvstyre (*Hellners* s. 41 med henvisning til arbejdsgruppens indstilling) blev habilitetsreguleringen af den kommunale sektor spaltet i to dele. Den del af de kommunale beslutninger, der ikke skulle være omfattet af forvaltningsloven er ved dennes § 2 afgrænset i overensstemmelse med sontringen reguleret og ureguleret forvaltning.

Den del af de kommunale beslutninger der ikke er omfattet af forvaltningsloven, er ved forvaltningslovens § 2 afgrænset til at være kommunal myndighed, som »överklagas genom kommunalbesvär eller besvär hos kommunalbesvärsnämnd«.

Hermed blev den såkaldte uregulerede kommunalforvaltning udskilt af forvaltningslovens anvendelsesområde (*Strömberg*: Kommunalrätt kap. 7).

Måden at afgrænse den uregulerede over for den regulerede kommunalforvaltning hænger sammen med udformningen af det kommunale besværsinstituttet. I medfør af kommunelovens 7 kap. 1§ skal reglerne om kommunalbesvær anvendes på beslutninger truffet af kommunalbestyrelsen eller andet kommunalnämnd, hvor intet andet er særlig foreskrevet (*Hellners* s. 43. *Kaijsers og Riberdahl* s. 588. *Strömberg*: Kommunalrätt s. 73). For de kommunale organer som varetager specielt reguleret kommunal forvaltning såsom børneværnsnævn, bygningsnævn, sundhedsnævn, findes normalt særlige besværsbestemmelser i den specielle förfatning som regulerer organets virksomhed. I det omfang det er tilfældet følger det af kommunelovens 7 kap. 1 §, at disse regler er gældende i stedet for kommunalbesvær, hvorfor forvaltningsloven i medfør af dennes § 2 bliver anvendelig.

For den specielt regulerede kommunalforvaltning gælder forvaltningsloven i samme omfang som for statsforvaltningen. Da forvaltningslovens habilitetsforskrifter er mere vidtgående end kommunelovens, er de kommunale habilitetsforskrifter også i materiel henseende spaltet i to.

Netop det forhold, at den del af kommunalforvaltningen, hvis afgørelse er underkastet kommunalbesvær, kun omfattes af habilitetsreglen i kommunelovens 2 kap. 13 §, hvorefter de inhabilitetsbegrundende forhold som anført afgrænses til nære slægtskabsforhold samt vedkommendes egen interesse i snæver forstand, var da også en afgørende del af baggrunden for at gøre forvaltningslovens habilitetsregler anvendelige på den specialregulerede forvaltning. Den tidligere retstilstand, hvorefter også denne del af kommunalforvaltningen var omfattet af kommunelovens habilitetsforskrifter, blev - netop på grund af disse forskrifters lidet intensive afgrænsning af inhabilitetsbegrundende forhold - betragtet som retssikkerhedsmæssigt utilfredsstillende.

Hvad endelig angår den svenske forvaltningslovs habilitetsbestemmelser er billedet stort set identisk med det ovenfor om dansk og norsk ret anførte. Den

materielle regulering i medfør af FVL § 4 bevæger sig således ikke meget ud over, hvad der i medfør af dansk rets uskrevne grundsætninger utvivlsomt er gældende. Bestemmelsen er bygget op på samme måde som den norske forvaltningslovs og nu også dansk forvaltningslovs habilitetsbestemmelser.

»4 § Den som har att handlägga ärende är jävig,

1. om saken angår honom själv eller hans make, föräldrar, barn eller syskon eller annan honom närstående eller ärendets utgång kan väntas medföra synnerlig nytta eller skada för honom själv eller någon honom närstående,
2. om han eller någon honom närstående är ställföreträdare för den som saken angår eller för någon som kan vänta synnerlig nytta eller skada av ärendets utgång,
3. om ärendet blivit anhängigt hos myndigheten efter överklagande eller underställning eller på grund av tillsyn över annan myndighet och han tidigare hos den underordnade myndigheten deltagit i den slutliga handläggningen av ärende som rör saken,
4. om han i saken fört talan som ombud eller mot ersättning biträtt någon eller
5. om eljest särskild omständighet föreligger som är ägnat att rubba förtroendet till hans opartiskhet i ärendet.

Från jäv bortses när frågan om upartiskhet uppenbarligen saknar betydelse«.

Kommer man ud over de mere oplagte tiltædte omtattet at § 4 giver bestemmelsen anledning til betydelige afgrænsningsvanskeligheder (*Hans Ragnemalm*: FT 1975 s. 171ff og samme forfatter i *Offentligrettslige studier* 1977 s. 175ff og 229ff)

Tysk ret

Den vesttyske forvaltningslov (Verwaltungsverfahrensgesetz af 26. maj 1976), som i det væsentlige er en kodificering af tidligere gældende skrevne og uskrevne sagsbehandlingsregler, omfatter som udgangspunkt også kommunerne. Men ifølge § 1 er loven alene gældende for forbundsopgaver og viger i det hele taget når kommunens forvaltningsvirksomhed særligt er reguleret gennem delstatslovgivning. Den enkelte delstat vedtager selv sin Gemeindeordnung (GO) og forvaltningslov. VwVfG GO'erne og de statslige forvaltningslove er udtømmende for så vidt angår deres respektive reguleringsområde.

VwVfG § 20 har følgende ordlyd:

- »(1) In einem Verwaltungsverfahren darf für eine Behörde nicht tätig werden,
1. wer selbst Beteiligter ist;
 2. wer Angehöriger eines Beteiligten ist;
 3. wer einen Beteiligten kraft Gesetzes oder Vollmacht allgemein oder in diesem Verwaltungsverfahren vertritt;
 4. wer Angehöriger einer Person ist, die einen Beteiligten in diesem Verfahren vertritt;

Første del. Kap.IV.

5. wer bei einem Beteiligten gegen Entgelt beschäftigt ist oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs tätig ist; dies gilt nicht für den, dessen Anstellungskörperschaft Beteiligte ist;
6. wer ausserhalb seiner amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist.

Dem Beteiligten steht gleich, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Dies gilt nicht, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden.

(2) Absatz 1 gilt nicht für Wahlen zu einer ehrenamtlichen Tätigkeit und für die Abberufung von Ehrenamtlich Tätigen.

(3) Wer nach Absatz 1 ausgeschlossen ist, darf bei Gefahr in Verzug unaufschiebbare Massnahmen treffen.

(4) Hält sich ein Mitglied eines Ausschusses (§ 88) für ausgeschlossen oder bestehen Zweifel, ob die Voraussetzungen des Absatzes 1 gegeben sind, ist dies dem Vorsitzenden des Ausschusses mitzuteilen.

Der Ausschuss entscheidet über den Ausschluss. Der Betroffene darf an dieser Entscheidung nicht mitwirken. Das ausgeschlossene Mitglied darf bei der weiteren Beratung und Beschlussfassung nicht zugegen sein.

(5) Angehörige im Sinne des Absatzes 1 Nr 2 und 4 sind:

1. der Verlobte,
2. der Ehegatte,
3. ,Verwandte und Verschwägte gerader Linie,
4. Geschwister,
5. Kinder der Geschwister,
6. Ehegatter der Geschwister und Geschwister der Ehegatten,
7. Geschwister der Eltern,
8. Personen, die durch ein auf längere Dauer angelegtes Pflegeverhältnis mit häuslicher Gemeinschaft wie Eltern und Kind miteinander verbunden sind (Pflegeeltern und Pflegekinder).

Angehörige sind dei in Sats 1 aufgeführten Personen auch dann, wenn

1. in den Fällen der Nummern 2, 3 und 6 die die Beziehung begründende Ehe nicht mehr besteht;
2. in den Fällen der Nummern 3 bis 7 die Verwandtschaft oder Schwägerschaft durch Annahme als Kind erloschen ist;
3. im Falle der Nummer 8 die häusliche Gemeinschaft nicht meht besteht, sofern die Personen weiterhin wie Eltern und Kind miteinander verbunden sind.

Det fremgår heraf, at opregningen af inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold er ret udførlig. Alligevel giver nogle af de enkelte bestemmelser anledning til en del afgrænsningsspørgsmål. I forhold hertil fungerer § 21 som opsamlingsbestemmelse:

§ 21 Besorgnis der Befangenheit

(1) Liegt ein Grund vor, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, oder wird von einem Beteiligten das Vorliegen eines solchen Grundes behauptet, so hat, wer in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde tätig werden soll, den Leiter der Behörde oder den von diesem Beauftragten zu unterrichten und sich auf dessen Anordnung der Mitwirkung zu enthalten. Betrifft die Besorgnis der Befangenheit den Leiter der Behörde, so trifft diese Anordnung die Aufsichtsbehörde, sofern sich der Behördenleiter nicht selbst einer Mitwirkung enthält.

(2) Für Mitglieder eines Ausschusses (§ 88) gilt § 20 Abs.4 entsprechend.

Bestemmelsen fungerer således på én gang som regel om oplysnings/initiativpligt og som opsamlingsbestemmelse. Imidlertid er der ikke tale om en opsamlingsbestemmelse af samme karakter som den danske forvaltningslovs § 3, stk. 1, nr. 5 (SFL § 4, nr. 5 og NFL § 6, 2. led). Medens opsamlingsbestemmelserne i de skandinaviske forvaltningslove også tilsigter at opfange tilknytningsforhold, som ikke er omfattet af lovens hovedbestemmelser, fungerer den tyske forvaltningslovs § 21 alene som »opsamlingsbestemmelse« i forhold til den tvivl/usikkerhed som kan være forbundet med afgrænsningen af og subsumptionen under habilitetsbestemmelserne i § 20. Som følge heraf er udsagnet om forvaltningslovens udtømmende karakter forbundet med en højere grad af realitet i tysk ret end i dansk ret.

Habilitetsforskrifterne i de enkelte delstaters Gemeindeordnungen er af indbyrdes ret forskelligt indhold, ligesom de i større eller mindre omfang afviger fra forbundsforvaltningsloven.

GO Art. 49 (Bayern):

»(1) Ein Mitglied kann an der Beratung und Abstimmung nicht teilnehmen, wenn der Beschluss ihm selbst, seinem Ehegatten, einem Verwandten oder Verschwägerten bis zum dritten Grad oder einer von ihm kraft Gesetzes oder Vollmacht vertretenen natürlichen oder juristischen Person einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann. Gleiches gilt, wenn ein Mitglied in anderer als öffentlicher Eigenschaft ein Gutachten abgegeben hat.

(2) Ob diese Voraussetzungen vorliegen, entscheidet der Gemeinderat ohne Mitwirkung des persönlich Beteiligten.

(3) Die Mitwirkung eines wegen persönlicher Beteiligung ausgeschlossenen Mitglieds hat die Ungültigkeit des beschlusses nur zur Folge, wenn sie für das Abstimmungsergebnis entscheidend war.

Første del. Kap.IV.

(4) Die absätze 1 und 3 gelten nicht bei Abstimmungen über die Verwendung von Sondervermögen (Artikel 79)«.

Bestemmelsen indeholder ingen regler svarende til VwVfG § 20, stk. 1, nr. 4 om udelukkelse af den, der er tilknyttet en person, som repræsenterer en deltager i sagen. Afgrænsningen af inhabilitetsbegrundende repræsentationsforhold er således langt snævrere end forbundsforvaltningslovens, og omfatter tilsyneladende hverken ansatte eller almindelige bestyrelsesmedlemmer. (Jfr. *Christoph Masson/Rudolf Samper*: Kommentar nr. 7, 8, 9 og 10 sammenholdt med VwVfG § 20, stk. 1, nr. 5)

Tidligere ægteskab og forlovelse er ikke inhabilitetsgrund, jfr. ovennævnte kommentar nr. 5 sammenholdt med VwVfG § 20, stk. 5, nr. 1, jfr. stk. 8, nr. 1.

GO § 23 (Nordrhein-Westfalen):

»Ausschliessungsgründe

(1) Der zu ehrenamtlicher Tätigkeit oder in ein Ehrenamt Berufene darf weder beratend noch entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung einer Angelegenheit

1. ihm selbst,
2. einem seiner Angehörigen,
3. einer von ihm kraft Gesetzes oder kraft Vollmacht vertretenen natürlichen oder juristischen Person

einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann.

(2) Das Mitwirkungsverbot gilt auch, wenn der Betreffende

1. bei einer natürlichen Person, einer juristischen Person oder einer voreinigung, der die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann, gegen Entgelt beschäftigt ist und nach den tatsächlichen Umständen, insbesondere der Art seiner Beschäftigung, ein Interessenwiderstreit anzunehmen ist,
2. Mitglied des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs einer juristischen Person oder einer Vereinigung ist, der die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann, es sei denn, er gehört den genannten Organen als Vertreter oder auf Vorschlag der Gemeinde an,
3. in anderer als öffentlicher Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist.

(3) Die Mitwirkungsverbote der Absätze 1 und 2 gelten nicht,

1. wenn der Vorteil oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden,

Kap.IV.

2. bei Wahlen zu einer ehrenamtlichen Tätigkeit oder in ein Ehrenamt und für die Abberufung aus solchen Tätigkeiten,
3. bei Beschlüssen eines Kollegialorgans, durch die jemand als Vertreter der Gemeinde in Organe der in Absatz 2 Nr. 2 genannten Art entsandt oder aus ihnen abberufen wird; das gilt auch für Beschlüsse, durch die Vorschläge zur Berufung in solche Organe gemacht werden.

(4) Wer annehmen muss, nach Absatz 1 oder 2 von der Mitwirkung ausgeschlossen zu sein, hat den Ausschlussgrund unaufgefordert der zuständigen Stelle anzuzeigen und den Sitzungsraum zu verlassen; bei einer öffentlichen Sitzung kann er sich in dem für die Zuhörer bestimmten Teil des Sitzungsraumes aufhalten. Ob die Voraussetzungen des Absatzes 1 oder 2 vorliegen, entscheidet in Zweifelsfällen bei den vom Rat zu ehrenamtlicher Tätigkeit oder in ein Ehrenamt Berufenen der Rat, im übrigen der Gemeindedirektor. Verstöße gegen die Offenbarungspflicht sind vom Rat durch Beschluss, vom Gemeindedirektor durch einen schriftlichen Bescheid festzustellen.

(5) Angehörige im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2, des § 50, des § 78 Abs. 4 und des § 101 Abs. 3 sind

1. der Ehegatte,
2. Verwandte und Verschwägerter gerader Linie sowie durch Annahme als Kind verbundene Personen,
3. Geschwister,
4. Kinder der Geschwister,
5. Ehegatten der Geschwister und Geschwister der Ehegatten. Die unter den Nummern 1, 2 und 5 genannten Personen gelten nicht als Angehörige, wenn die Ehe rechtswirksam geschieden oder aufgehoben ist«.

Heller ikke denne bestemmelse indeholder således nogen regel svarende til VwVfG § 20, stk. 1, nr. 4 om tilknytning til repræsentanter. I øvrigt er afgrænsningen af inhabilitetsbegrundende repræsentationsforhold videre end den ovenfor anførte i GO for Bayern, jfr således den i stk. 2, nr. 1 afslutningsvis indføjede passus: »ins besondere der Art seiner Beschäftigung, ein Interessen widerstreit anzunehmen ist«.

Hverken forlovelses-, tante/onkel-forhold, plejeforældre/barns forhold er inhabilitetsårsag (*Kottenberg/Rehn*: Kommentar s. 60). Og tilsvarende er heller ikke tidligere ægteskab udelukkelsesgrund (§ 23, stk. 5, sidste punktum).

GO § 25 (Hessen):

»§ 25 Widerstreit der Interessen.

- (1) Niemand darf in haupt- oder ehrenamtlicher Tätigkeit bei Angelegenheiten

Første del. Kap.IV.

beratend eller entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung ihm selbst, seinem Ehegatten, seinen Verwandten bis zum dritten oder Verschwägerten bis zum zweiten Grade oder einer von ihm kraft Gesetzes oder Vollmacht vertretenen Person (Einzel- oder Gesamtvertretung) einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann. Dies gilt nicht, wenn er an der Entscheidung der Angelegenheit lediglich als Angehöriger einer Berufs- oder einer Bevölkerungsgruppe beteiligt ist, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden.

(2) Wer in einer Angelegenheit in anderer als öffentlicher Eigenschaft ein Gutachten abgegeben hat oder sonst für jemand tätig geworden oder wo gegen Entgelt bei jemandem beschäftigt ist, der an der Erledigung einer Angelegenheit ein unmittelbares persönliches oder wirtschaftliches Sonderinteresse hat, darf bei dieser Angelegenheit nicht in haupt- oder ehrenamtlicher Tätigkeit beratend oder entscheidend mitwirken, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dadurch Befangenheit gegeben ist.

(3) Ob ein Widerstreit der Interessen vorliegt, entscheidet das Organ oder Hilfsorgan, dem der Betroffene angehört oder für das er die Tätigkeit ausübt.

(4) Wer annehmen muss, weder beratend noch entscheidend mitwirken zu dürfen, hat dies vorher dem Vorsitzenden des Organs oder Hilfsorgans, dem er / angehört oder für das er die Tätigkeit ausübt, mitzuteilen. Wer an der Beratung und Entscheidung nicht teilnehmen darf, muss den Beratungsraum verlassen; dies gilt auch für die Entscheidung nach Abs.3.

(5) Beschlüsse, die unter Verletzung der Abs. 1 bis 4 gefasst worden sind, sind unwirksam. Sie gelten jedoch sechs Monate nach der Beschlussfassung oder, wenn eine öffentliche Bekanntmachung erforderlich ist, sechs Monate nach dieser als von Anfang an wirksam zustandegekommen, wenn nicht vorher der Gemeindevorstand oder der Bürgermeister widersprochen oder die Aufsichtsbehörde sie beanstandet hat; die Widerspruchsfristen der § 63 und 74 bleiben unberührt. Die Wirksamkeit tritt nicht gegenüber demjenigen ein, der vor Ablauf der Sechsmonatsfrist ein Rechtsmittel eingelegt oder ein gerichtliches Verfahren Anhängig gemacht hat, wenn in dem Verfahren der Mangel festgestellt wird«.

Som i de ovenfor anførte tilfælde rummer heller ikke denne GO nogen bestemmelse svarende til VwVfG § 20, stk. 1, nr. 4. Og heller ikke forlovelse og tidligere ægteskab er udelukkelsesgrund (*Schneider/Manz*: Kommentar s. 3) I øvrigt kan peges på, at der heller ikke er nogen bestemmelse svarende til reglen i VwVfG § 20, stk. 1, nr. 5 vedrørende inhabilitet som følge af almindeligt bestyrelsesmedlemskab, men en sådan regel indfortolkes dog. (Jfr. Kommentar op.cit. s. 4)

Tilsvarende har heller ikke GO § 25 (*Niedersachsen*) en regel der som VwVfG

Kap.IV.

§ 20, stk. 1, nr. 5 statuerer inhabilitet som følge af det blotte medlemskab af en bestyrelse. Og kommentaren til denne GO tyder ikke på, at man som i den ovenfor anførte GO § 25 fra Hessen indfortolker en regel om inhabilitet i bestemmelsen om repræsentationsforhold, når medlemskab af bestyrelsen ikke er forbundet med bemyndigelse til at forhandle på vegne af den juridiske person. (*Süersen /Neuffer: Kommentar* s. 110d).

I modsætning hertil indeholder *GO § 18, stk. 2, nr. 2 (Baden-Württemberg)* en regel om inhabilitet for parthavere og bestyrelsesmedlemmer i kommercielle selskaber i modsætning til foreninger af ideel karakter. Derimod fastslås det i kommentaren, at bestemmelsen ikke opfatter den blotte aktiebesiddelse eller andel i et andelsselskab (*Kohlhammer: Kommentar* s. 278).

I en sammenligning med de nordiske forvaltningslove understreges det ovenfor anførte om reguleringens udtømmende - men ikke dermed nødvendigvis intensive - karakter af det forhold, at de omhandlede Gemeindeordnungen er helt uden opsamlingsbestemmelser. Dette forhold set i sammenhæng med det almindeligt anførte forbehold om, at tilknytningsforholdet skal kunne give anledning til »einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil« for at begrunde inhabilitet, betinger en høj grad af formaliseret habilitetsbedømmelse med heraf følgende udgrænsning af tilknytningsforhold, som ikke direkte er omfattet af reglerne. At denne høje formaliseringsgrad og den heraf affødte snævre afgrænsning af habilitetskravene ikke betragtes som ganske uproblematisk kommer eksempelvis klart til udtryk, når det i forbindelse med afgrænsningen af »Angehörige« i kommentaren til GO § 25 (Hessen) udtales, at »Das Verhältnis zwischen Verlobten ist in der Regel so eng, dass die Gefahr eines Interessenwiderstreits offenkundig ist. Gleichwohl ist ein Ausschluss von der Mitwirkung nicht anzunehmen, da die Verlobung als Ausschließungsgrund in § 25 Abs. 1 HGO nicht besonders aufgeführt ist. Auch eine gebotene extensive Auslegung die Mitwirkung ausschliesst. Ähnlich verhält es sich hinsichtlich geschiedener Ehegatten, die ebenfalls nicht von der Mitwirkung ausgeschlossen werden« (*Schneider/Marz* s. 3)

Der kan da også spores tendenser i retning af at åbne retsgrundlaget for en mere udstrakt anvendelse af konkrete interessevurderinger. Således når det i forbindelse med ændringen af GO § 23 for Nordrhein-Westfalen besluttes at lade bestemmelsen om inhabilitet som følge af ansættelsesforhold ændre fra »gegen Entgelt beschäftigt ist« (§ 23, stk. 2) til »insbesondere der Art seiner Beschäftigung ein Interessenwiderstreit anzunehmen ist«. (Jfr. *Kottenberg /Rehn: Kommentar* fra 1978 til § 23, stk. 2 nr. 1).

Ligesom i engelsk ret gælder der heller ikke i tysk ret generelle habilitetskrav. Og kommunal ansættelse er i ingen af disse to retssystemer årsag til speciel inhabilitet, da offentlig ansættelse i kommunen, tilsynsmyndigheden m.v. er valgarbedshindring (Jfr. udførligt kap. VII og indledningen til 3. del). I

Første del. Kap.IV.

medfør af nogle Gemeindeordnungen gælder en særlig troskabspligt for kommunalbestyrelsesmedlemmer. Således eksempelvis GO § 27 (Niedersachsen) som bestemmer at:

»Treuepflicht.

(1) Ehrenbeamte dürfen Dritte bei der Geltendmachung von Ansprüchen und Interessen gegenüber der Gemeinde nicht vertreten, es sei denn, dass sie als gesetzliche Vertreter handeln. Das gilt auch für andere ehrenamtlich Tätige, wenn der Auftrag mit den Aufgaben ihrer ehrenamtlichen Tätigkeit im Zusammenhang steht. Ausnahmen kann der Rat im Einzelfall zulassen.

(2) Feststellungen über das Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1 trifft der Rat«.

At denne regel imidlertid ikke kan anvendes som surrogat for statuering af generel inhabilitet kommer til udtryk i en konkret afgørelse, hvor det hedder, at

»Ein gegenüber einem Ratsherrn wegen seiner beruflichen Tätigkeit als Steuerberater festgestelltes allgemeines Vertretungsverbot ist mit § 27 Abs. 1 Satz 2 NGO nicht vereinbar. Der Rat der Gemeinde hat vielmehr konkret festzustellen, in welchen Vertretungsfällen eine Interessenskollision gegeben ist oder künftig gegeben sein kann« (*OVG Lüneburg* s. 506).

Engelsk ret

Der eksisterer ikke i engelsk ret nogen almindelig forvaltningslov. Grundlaget for habilitetsreguleringen er uskrevne grundsætninger og skrevne habilitetsforskrifter af begrænset gyldighedsområde og rækkevidde. De for kommunale habilitetsspørgsmål relevante retskilder er følgende: Local Government Act (LGA) af 1972 *)

For så vidt angår interessens materielle karakter, sigter lovens hovedbestemmelse specielt på økonomiske interesser. Foreligger en sådan interesse, er denne som sådan, d.v.s. uden hensyntagen til interessens kvantitative omfang, jfr. »however slight« inhabilitetsbegrundende (*J.F. Garner: Administrative Law, fifth edition 1979*)

Inden for denne ramme, der bestemmes af interessens økonomiske karakter, omfattes såvel direkte som indirekte tilknytningsforhold.

Som grundlag for inhabilitetsbegrundende økonomiske interesser peges i loven direkte på »contract«. Hertil føjes imidlertid en opsamlingsbestemmelse, jfr. »or other matter«. Denne dækker over en meget bred og delvis ubestemt afgrænsning af grundlaget for inhabilitetsbegrundende økonomiske interesser. Man må imidlertid være opmærksom på, at opsamlingsbestemmelsen ikke sigter til andre interessetyper end økonomiske, men derimod alene til andre

Kap.IV.

tilknytningsforhold end de, der udspringer af contract. Inden for denne ramme er standardklausulen tænkt at skulle opfange alle tænkelige økonomiske interessetyper, som ikke direkte er undtaget, jfr. *Halsbury's Law of England* p 518.

Det fremgår heraf, at opsamlingsbestemmelsen skal opfattes meget bredt, og at den i sig selv giver grundlag for grænsedragninger. Afgørende er, at interessen skal være af økonomisk karakter.

Det fremgår såvel af praksis som almindelige udsagn fremført i teorien, at reglen, hvorefter enhver direkte økonomisk interesse er inhabilitetsbegrundende, rækker vidt og håndhæves rigoristisk (*Garner: Administrative Law*, fifth edition 1979 s. 407. *Halsbury's Laws of England*, fourth edition s. 517f. Det er på denne baggrund værd at bemærke, at domstolene ikke slækker intensiteten i forhold til andre interessetyper/tilknytningsforhold, som kan antages at forårsage bias. Man mærker sig i den forbindelse særligt det anførte om, at økonomisk interesse i moderne praksis spiller en relativt lille rolle, og at domstolene også i forhold til andre interessetyper er ivrige efter at eliminere ethvert spor af usaglig interessepåvirkning, jfr. »Accordingly it became the rule that any direct pecuniary interest, however small, was a disqualification; and this rule was applied rigorously. But this is not to say that the courts were tolerant of other interests or influence which might be suspected of causing bias. As will be seen from the modern cases, pecuniary interests play a relatively small part, and the courts are vigilant to eliminate anything smacking in any way of favouritism« (*Wade: Administrative Law*, 1977 s. 403)

*) Som skrevne kilder af administrativ karakter kan herudover anføres, at kommunalbestyrelsen i et vist omfang har bemyndigelse til at foretage regeludstedelse ved hjælp af »*standing orders*« (*Halsbury's Laws of England* § 1118). Hertil kommer yderligere en skreven kilde »*code of conduct*«, som ikke har status af law, men som alle kommuner og kommunale organisationer har tilsluttet sig. Denne code er offentliggjort af miljøministeriet i form af et circular. Om dettes indhold og nærmere retskildemæssige status, se *Halsbury's Laws of England* fourth edition p 518. Royal Commission on Standards of Conduct In Public Life. 1976 p 136 Jfr Conduct In Local Government (Redcliffe-Mand Committee) Vol 1 1974.

LGA s 94 fastslår inhabilitet: »If a member of a local authority has any pecuniary interest, whether direct or indirect, in any contract, proposed contract or other matter, and is present at a meeting of the local authority at which the contract or matter is the subject of consideration, he must at the meeting and as soon as practicable after its commencement disclose the fact, and may not take part in the consideration or discussion of the contract or matter or vote on any question with respect to it«.

Første del. Kap.IV.

Udover de habilitetskrav - og procedurekrav i det hele taget - der direkte er hjemlet i parlamentslov, kan domstolene stille yderligere krav til forvaltningen. Grundlaget herfor er først og fremmest natural justice, som er en del af common law. Rækkevidden af natural justice i forhold til skreven ret afhænger alene af lovgivers intentioner i henseende til de lovbestemte procedurekravs rækkevidde. Den enkelte lov kan imidlertid være mere eller mindre klar og udtømmende, hvorved der i større eller mindre omfang levnes rum for anvendelsen af natural justice. Er loven imidlertid klar i denne henseende er spørgsmålet afgjort. Parlamentslov kan således udtrykkeligt afskære anvendelsen af natural justice. Hvor en sådan udtrykkelig afskæring ikke foreligger, bliver spørgsmålet, om natural justice udfylder det rum, der måtte være i forholdet mellem de skrevne (lovbestemte) habilitetskrav og de uskrevne habilitetskrav, der udspringer af natural justice. Selv om der ikke er skabt klarhed med hensyn til besvarelsen af dette spørgsmål, synes opfattelsen at være, at natural justice/de enkelte grundsætninger der udspringer heraf kan inddrages i det omfang, det måtte skønnes hensigtsmæssigt som supplement til de lovbestemte krav (*J.F. Garner: Administrative Law, fifth edition 1979. David Faulkes: Administrative Law, fifth edition 1982 s. 221-23*)

Dette spørgsmål er af særlig relevans i forhold til de kommunale habilitetskrav, fordi habilitetsbestemmelserne i medfør af LGA af 1972 som anført er afgrænset til alene at omfatte økonomiske interesser som habilitetsårsag. For så vidt angår andre habilitetsårsager/interessetyper må retsgrundlaget være natural justice og/eller grundsætningerne om fairness (*Seebag Shaw og E. Dennis Smith: The Law of meetings, fifth edition s. 114*)

Sondringen natural justice/fairness er snævert knyttet til den ovenfor i kapitel II behandlede sontring vedrørende myndighedens/afgørelsens judicielle eller administrative karakter. I forbindelse med at domstolskontrollen med forvaltningen historisk udviklede sig til også at omfatte forvaltningens afgørelser af administrativ karakter sammenfattes de uskrevne/dommerskabte retlige krav til denne virksomhed i grundsætningen om fairness. At dette begreb også omfatter eller i hvert tilfælde fungerer i sammenhæng med uskrevne habilitetskrav antages klart i retspraksis (jfr. ekskurs til kap II og III og *Faulkes: Administrative Law, fifth edition 1982 s. 225*)

Sondringen natural justice/fairness vanskeliggøres allerede af det forhold, at grundsætningerne, der udspringer af natural justice, hverken i henseende til anvendelsesområdet eller indhold i øvrigt er statiske størrelser. Det anføres således, at domstolene i nyere praksis har udvist ønske om ikke blot at udbrede anvendelsen af grundsætningerne, der udspringer af natural justice men også er villige til at foretage en omvurdering af doktrinens indhold. Der henvises i denne forbindelse til den opfattelse, at natural justice repræsenterer

en fleksibel retlig størrelse, hvis indhold veksler med den sammenhæng, der er det retlige kravs genstand, jfr. ovenfor ekskurs til kap. II og III.

Der opereres således med en slags »mini natural justice«, hvis anvendelsesområde er afgørelser, som ikke kan klassificeres som judicial (*Garner: Administrative Law* s. 344). Som eksempler herpå, se *Wade and Phillips*, ninth edition s. 344 og *S.A. deSmith*, second edition 1975 s. 556, hvoraf fremgår at grundsætningen om fairness er gældende også for de rent administrative afgørelser og at denne grundsætning i det enkelte tilfælde kan indebære pligt til at handle som en dommer i visse henseender.

Man kan herefter stille det spørgsmål, om den regulering, der foretages med henvisning til grundsætningerne om fairness, er uden selvstændig betydning. Til støtte for en sådan opfattelse henvises til udtalelser, hvorefter grundsætningerne, der udspringer af natural justice i sig selv ikke rummer andet krav end iagttagelsen af elementær »fairness«. Ifølge denne opfattelse afhænger rækkevidden og indholdet af de retlige krav af de individuelle interesser der er sagens genstand, de omstændigheder under hvilke kompetencen udøves, samt endelig arten af de sanktioner, der er involveret (*Sebag Shaw og Dennis Smith: The Laws of Meetings*, fifth edition s. 146).

I sammenhæng hermed kan der peges på, at mange dommere ikke synes at betragte natural justice som andet og mere end »fair play in action« og ofte søger at forklare og legitimere natural justice ved udelukkende anvendelse af termer knyttet til begrebet fairness. (*Wade and Phillips: Constitutional and administrative law*, ninth edition s. 604-05)

At forskellen mellem natural justice og fairness alene er af terminologisk karakter lægges klart til grund i en sag:

»Lord Lane CJ has referred to common fairness you can call it natural justice if you wish. Cumming Bruce LJ has spoken of certain simple rules of fairness«. (*David Faulkes: Administrative Law*, fifth edition s. 225).

På grundlag af det indtil nu anførte må resultatet være, at forudsætningen om, at der for forvaltningen gælder uskrevne sagsbehandlingskrav ikke er bundet til en forudsætning om, at forvaltningen handler judicially i modsætning til administrative. Forskellen mellem om grundlaget for de retlige krav, der er omfattet af forvaltningens administrative virksomhed, er natural justice eller fairness, kan vel som anført af David Faulkes begrænses til »that it may be more appropriate in some circumstances to refer to the obligations of fairness than to the rules of natural justice (Op.cit. s. 226).

Faulkes antager også, at »fairness appears to offer to the courts a greater measure of flexibility than that allowed by the rules of natural justice« (Op.cit. s. 225). Rækkevidden af et sådant udsagn er vanskeligt at lodde al den stund

Første del. Kap.IV.

retsgrundsætningerne, der udspringer af natural justice som anført i sig selv er fleksible størrelser, en forudsætning der i øvrigt lægges til grund af Faulkes selv (Op.cit. s. 225).*)

Sammenfattende kan det herefter anføres, at der tilsyneladende ikke kan angives skarpe grænser mellem grundsætningerne om fairness og - i hvert tilfælde - minimumsfordringerne, der udspringer af natural justice. Sondringen er grundlæggende betinget af det forhold, at natural justice oprindeligt har haft sit udspring i og været forbeholdt retssektoen. Som følge heraf har det været konsekvent at afgrænse disse grundsætnings rækkevidde i forvaltningsretten til afgørelser (dele af sådanne), der kan betegnes som judicial.

Grundsætningerne om fairness kommer i forhold til habilitetskravene til at fungere som en forlængelse af disse, udover den rækkevidde de vil kunne tillægges inden for de traditionelle rammer af natural justice. Dette gælder såvel i tilfælde, hvor det forhold, der er genstand for habilitetsbedømmelsen falder helt uden for habilitetskravenes rækkevidde, som i tilfælde hvor disse principielt er uanvendelige. Grundsætningerne om fairness får således til funktion at omfatte, hvad der i forhold til de til grund for habilitetskravene liggende hensyn måtte opfattes som lakuner i systemet.

Da LGA af 1972 alene opererer med økonomiske interesser som årsag til inhabilitet, bliver spørgsmålet om habilitetskrav på uskrevet grundlag relevant for så vidt angår inhabilitet forårsaget af andre interessetyper. For så vidt angår anvendeligheden og rækkevidden af de uskrevne retskilder kan sondringen vedrørende den primære afgørelses karakter blive af betydning.**)

Medens 1972-loven finder anvendelse uanset afgørelsens judicial/administrative karakter, kan natural justice som udgangspunkt kun fungere som supplement til loven, hvor den primære afgørelse kan karakteriseres som judicial.

*) Om praksis der anføres til støtte for, at grundsætningen om fairness er af selvstændig betydning i forhold til grundsætningerne, der udspringer af natural justice, se *Wade and Phillips: Constitutional and Administrative Law*, ninth edition s. 604-05. Synspunktet støttes til dels af Garner, der peger på tilfælde, hvor natural justice ikke kan kræves iagttaget i fuldt omfang, men hvor domstolene vil kræve, at forvaltningen er »fair« (*Garner: Administrative Law*, fifth edition 1959) Garner anfører videre, at den anvendte sprogbrug ofte synes at pege i retning af, at der er tale om et særegent princip i modsætning til et lavere niveau end natural justice, og at spørgsmålet herom ikke kan betragtes som endeligt afklaret (Op.cit. s. 141).

**) »Where a decision can be truly said to be administrative rather than of a judicial nature, the rules of natural justice will not apply e.g. Where a decision simply involves the application of council policy« (*Sebag Shaw og E. Dennis Smith: the Law of Meetings* s. 114)

Kap.IV.

Spørgsmålet om retskildernes indbyrdes forhold og deres respektive rækkevidde kan sammenfattes således, at 1972-lovens habilitetsforskrifter alene finder anvendelse på »interests«, da reguleringens genstand alene er økonomiske interesser. I øvrigt er natural justice som supplement hertil gældende. Rækkevidden af natural justice er imidlertid begrænset til kommunale afgørelser af judicial/quasi judicial karakter. For så vidt angår afgørelser af rent administrativ karakter, er disse kun klart omfattet af 1972-lovens positive bestemmelser. Herudover gælder imidlertid grundsætningerne om *fairness*.

Som anført i kap. II og ekskurs til II og III er sondringen judicial/administrativ - bortset fra ydertilfældene - vel nærmest kun af akademisk interesse. Imidlertid repræsenterer afgørelser af politisk karakter et sådant ydertilfælde. Og som en kategori af administrative afgørelser kan som anført ovenfor peges på tilfælde, »where a decision simply involves the application of council policy« (*Sebag Shaw* s. 114). Sådanne politiske afgørelser og elementer af sådanne vil således repræsentere en gruppe af tilfælde, som alene omfattes af reglerne om fairness, med mindre habilitetssagens genstand er en interessetype, som positivt er omfattet af 1972-lovens habilitetsforskrifter. *)

*) De synspunkter, der er anført ovenfor kap. II i forbindelse med ministerhabilitet, synes således at være af betydning for afgrænsningen af de for kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitetskrav. Også kommunalbestyrelsesmedlemmerne forvalter jo politiske hensyn (jfr. *Keith J. Eddy: An Outline of Local Government Law* 1969 s. 204-05), ligesom også kommunalbestyrelsesmedlemmer jo i vidt omfang træffer afgørelser, i hvilke det judicielle element opvejer eller eliminerer den politiske margin for bias (Op.cit.).

Kapitel V

De til grund for habilitetskravene liggende hensyn

Hvor habilitetskravene ikke er formuleret i regler, som éntydigt angiver, hvilke retsfakta der skal bevirke retsfølgen inhabilitet, er supplerung af retsgrundlaget en forudsætning for at habilitetsafgørelse kan træffes. Denne supplerende virksomhed er naturligvis overordnet styret af de mål, habilitetskravene sigter mod. Sådanne mål udstikkes mere eller mindre eksplicit i nogle *hensyn*.

Spørgsmålet om, hvilke hensyn der indgår i habilitetsbedømmelsen og disse hensyns nærmere indhold, kan ikke besvares uafhængigt af, hvilke habilitetskrav og/eller interessetyper, der er genstand for bedømmelsen. Således er hensynene, der ligger til grund for de specielle habilitetskrav, ikke ganske de samme som hensynene, der ligger til grund for de generelle habilitetskrav. Og indholdet af hensynene, der ligger til grund for henholdsvis de specielle og de generelle habilitetskrav, er til dels afhængigt af den interesse og myndighedstype, som er habilitetskravenes genstand. Med dette forbehold vil afsnittet sigte mod en almen fremstilling af de grundlæggende hensyns indhold og indbyrdes forhold, medens afvigelser i forhold hertil vil blive taget op i forbindelse med behandlingen af de habilitetskrav og interessetyper som afvigelserne relaterer sig til. Da det her anførte umiddelbart er mest anvendeligt i forhold til de specielle habilitetskrav, vil især kapitlerne VIII og IX om generel habilitet frembyde afvigelser i forhold hertil. Spørgsmålet herom tages op i de respektive kapitler.

Som grundlæggende hensyn kan anføres:

- 1) forebyggelse af usaglig interessepåvirkning.
- 2) sikring og udbygning af befolkningens tillid til offentlige myndigheder.
- 3) sikring af at bestemte befolknings- og erhvervsgrupper og den til disse knyttede særlige sagkundskab og erfaring ikke afskæres fra deltagelse i kommunalt arbejde.

Første del. Kap.V.

Garantihensynet, d.v.s. det under 1 anførte hensyn til at forebygge usaglige afgørelse, er i forvaltningsretten blevet betragtet som afgørende for afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende interesser.

I forhold hertil er *tillidshensynet*, jfr. 2, udtryk for en forudsætning om, at inhabilitet ikke blot kan statueres i tilfælde, hvor en inhabilitetsbegrundende interesse faktisk foreligger, men også hvor en sådan interesse blot synes at foreligge.

Om en given afgrænsning af habilitetskravene er begrundet i garanti- eller tillidshensynet vil ofte være af mindre praktisk betydning. Ganske vist kan tillidshensynet isoleret betragtet betinge en afgrænsning som går ud over grænserne for garantihensynets rækkevidde, men tillidshensynet skal i vidt omfang forstås i snæver sammenhæng med garantihensynet. I samspil hermed har tillidshensynet til funktion at intensivere habilitetsreguleringen til det optimale af, hvad hensynet til den primære afgørelses saglige rigtighed kan begrunde. Først når reguleringsintensiteten når et punkt, hvor tillidshensynet som sådant bærer afgørelsen, er forbindelsen mellem det inhabilitetsbegrundende forhold og garantihensynet brudt.*)

I forhold til begge disse hensyn er det under 3) anførte hensyn til, at habilitetskravene ikke i for vidt omfang skaber hindringer for deltagelse i kommunalt arbejde at betragte som et *modhensyn*. At kommunalbestyrelsens og udvalgenes kompetence hviler på et folkeligt mandat med den hertil knyttede forudsætning om kommunalbestyrelsesmedlemmernes engagement i ikke-kommunale anliggender, kan nødvendiggøre en begrænsning af reguleringsintensiteten i forhold til, hvad garanti- og tillidshensynet i det enkelte tilfælde måtte kræve.

Hensynene er således nok indbyrdes forbundne men ikke sammenfaldende. Som følge af deres forskellighed vil habilitetsafgørelsens udfald i vidt omfang afhænge af, hvilke af hensynene eller nærmere hvilke aspekter af disse, der indgår i bedømmelsesgrundlaget, og i det omfang flere indgår, vægtfordelingen mellem disse og deres indbyrdes samspil. En samordning af hensynene må således forudsætte en afvejning. En sådan udtrykkes da

*) Sammenhængen og distinktionen mellem disse hensyn kommer til udtryk hos Gomard med udtalelsen om, at »tilliden til domstolene forudsætter ikke alene at dommerne faktisk er uafhængige og upartiske men også at folk i almindelighed føler sig overbevist herom« (Gomard Civilprocessen 2. udg. s. 576.

også klart af ombudsmanden, når det i forbindelse med bedømmelsen af konkrete tilfælde hedder:

»På den ene side er det vigtigt at undgå, at der i unødigt omfang lægges visse erhvervsgruppers repræsentanter hindringer i vejen for sædvanlig deltagelse i kommunalt arbejde. På den anden side taler ikke alene hensynet til sagens rigtige behandling og afgørelse, men også hensynet til befolkningens tillid til forvaltningen, for en forholdsvis streng fortolkning og anvendelse af regler og grundsætninger om speciel inhabilitet ...« (FOB 1972 s. 8f).

1. Garantihensynet

Hensynet til at forebygge usaglige afgørelser er traditionelt blevet betragtet som afgørende for, hvilke forhold der anses for inhabilitetsbegrundende (Om garantibegrebets udvikling og indhold i forhold til sagsbehandlingskrav i det hele taget, se *Jørgen Mathiassen* i *Juristen* 1976 s. 217ff). Habilitetskravene opfattes som garantiforskrifter par excellence. Dette træder klart frem i den begrebsmæssige afgrænsning af de almindeligt gældende habilitetskrav, jfr. således *Poul Andersen*, som indleder fremstillingen af de specielle habilitetskrav som følger: »Det forekommer, at tjenestemænd eller andre indehavere af offentlige hverv er under stærk indflydelse af interesser, som må anses for egnede til at øve usaglig indflydelse på vedkommendes befattning med sagen. Sådanne interesser kan navnlig frembyde fare for afgørelsens materielle lovlighed og rigtighed ...« (Dansk forvaltningsret, 5. udg. s. 443).

At garantihensynet anses for habilitetskravenes centrale grundlag synes også klart forudsat i forvaltningsloven, når det i bemærkningerne til § 3, stk. 2 hedder, at bestemmelsen indeholder et generelt forbehold, »hvorefter en foreliggende interessekollision ikke medfører inhabilitet, såfremt der ikke er fare for, at afgørelsen i sagen vil kunne blive påvirket af uvedkommende hensyn« (s. 31f), og når det yderligere i forarbejderne hedder, at »gennemførelsen af lovforslaget skal medvirke til at forbedre sagsbehandlingen i den offentlige forvaltning, og dermed øge sikkerheden for, at myndighedernes afgørelser bliver lovlige og rigtige« (op cit s. 8). Og endelig når det i forbindelse med spørgsmålet om ugyldighedsvirkning som følge af de retlige kravts tilsidesættelse skal være grundlag for forvaltningslovens indholdsmæssige afgrænsning hedder, at »ugyldighedskriteriets indhold

Første del. Kap.V.1.

nøje modsvarer en væsentlig bestanddel af det reelle hensyn, der ligger bag indførelsen af almindelige forskrifter for forvaltningens sagsbehandling, nemlig hensynet til at sikre, at forvaltningens afgørelser *bliver lovlige og rigtige*. Efter gældende ret er det afgørende for, om tilsidesættelsen af en formel forskrift, medfører ugyldighed, netop i første række, om den pågældende forskrift kan siges i almindelighed at udgøre en væsentlig garanti for, at afgørelsen får et rigtigt indhold« (op cit s. 10). Herudover lader en yderligere præcisering af garantihensynet indhold og rækkevidde sig ikke foretage isoleret fra den mere specifikke behandling af de elementer, der indgår i habilitetsbedømmelsen, d.v.s. spørgsmålet om indholdet og afgrænsningen af kriterierne for interessens eksistens og inhabilitetsbegrundende karakter, jfr. nedenfor kapitlerne VI-IX.

2. Tillidshensynets indhold og anerkendelse

Hensynet til befolkningens tillid er et fundamentalt element i traditionelle retssikkerhedsforestillinger, jfr. udførligt herom kap. III. Som anført i kap. III er grundlaget for det traditionelle retssikkerhedsbegreb bl.a. det overordnede statslige behov for offentlig magts legitimering. Det er med udgangspunkt heri, man skal forstå den betydning hensynet til befolkningens tillid har og historisk har haft for habilitetstankens konstituering og udbredelse.

Tillidshensynets selvstændige betydning beror på, at det kan danne grundlag for en intensivering af habilitetsreguleringen, som går ud over hvad garantihensynet i sig selv kan begrunde. På grundlag af tillidshensynet kan der således ikke blot statueres inhabilitet i tilfælde, hvor en inhabilitetsbegrundende interesse faktisk foreligger, men også hvor en sådan interesse blot synes at foreligge. Jfr. således engelsk ret, når det hedder, at »justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done« (*Wade: Administrative Law* s. 401 og *Garner: Administrative Law*, fifth edition 1979 s. 134), og »this is an area where the appearance may be more important than the reality«, (*Wade op.cit.* s. 405) og endelig »not only must the adjudicator be free from bias, but there must not even be the appearance of bias« (*Hood Phillips og Poul Jackson: Constitutional and administrative law* 1978 s. 603).*)

Tilsvarende tysk ret hvor det hedder »Vermieden werden soll nicht nur die

Mitwirkung am Verfahren trotz gegebener tatsächlicher Parteilichkeit, sondern auch der »böse schein« der Parteilichkeit, d.h. der mögliche Eindruck mangelnder Objektivität«. (V.w.GO § 54 med kommentarer af Ferdinand O. Kopp s. 267. BVerfG 46, 41, BVerwG 52, 48)

For så vidt kan tillidshensynet siges at være overordnet i forhold til garantihensynet. Jfr. således Eckhoff der anfører, at med hensyn til folks vilje til at lade deres konflikter løse ved domstolene er eksistensen af objektivitet og upartiskhed ikke tilstrækkelig og måske ikke engang nødvendig. Afgørende er derimod graden af tillid, folk har til uafhængigheden (Eckhoff: Retfærdighed og retssikkerhed 1966 s. 111, jfr. s. 112).**))

- *) I the national code of local government conduct (1975), er klart givet udtryk for, hvilke hensyn der ligger til grund for de omhandlede habilitetskrav. Om tillidshensynet hedder det, at »the reputation of your council, and of your party if you belong to one, depend on your conduct and what the public believes about your conduct« (afsnit V). Dette udbygges med en egentlig formulering af princippet om rene hænder, når det klart udtales, at det ikke er tilstrækkeligt at undgå aktuel uredelighed, men at vedkommende derudover til enhver tid skal undgå tilfælde af mistanke eller skinnende af ukorrekt opførsel: »It is not enough to avoid actual impropriety; you should at all times avoid any occasions for suspicion or the appearance of improper conduct«. Tilsvarende i forbindelse med reglerne om generel inhabilitet, hvor der som det andet hovedhensyn henvises til »in weakening public confidence in the impartiality of the committee or subcommittee« (om den retskildemæssige status af denne code, jfr. kap. IV).
- **) Se i øvrigt Eckhoff: Forvaltningsrett s. 420 og 434. Arvid Frihagen: Inhabilitet i forvaltningen, 3. udgave s. 12 og 17. Bent Christensen: festskrift til Hurwitz, hvor der som betegnelse for hensyn, der skærper habilitetskravene udover hvad hensynet til garantien for afgørelsens lovlighed og rigtighed tilsiger anvendes »forvaltningens rene hænder«. Ordlyden af den norske forvaltningslov § 6, 2. led »andre særegne forhold som er egnet til at svække tilliden til hans upartiskhed« giver i sig selv en vis vejledning for med hvilken intensitet bestemmelsen skal afgrænses. Også de enkelte bestemmelser i § 6, 1. led angiver en vis målestok herfor. På den ene side er disse bestemmelser mindre strenge end de tilsvarende i domstolslovens § 106, hvorfor der kan være grund til at afgrænse § 6, 2. led mindre intenst end tilfældet er efter domstolslovens § 108 - selv om bestemmelserne i henholdsvis domstolslovens § 108 og forvaltningslovens § 6, 2. led i vidt omfang er af samme ordlyd - på den anden side henviser bestemmelsen til »svækkelse af tilliden«. Dette tillidshensyn afgrænses således, at den der har kompetencen til at afgøre habilitetsspørgsmål på trods af sin egen eventuelle tillid, må tage hensyn til, om der er grund til at regne med, at offentlighedens

Første del. Kap.V.2.

At tillidshensynet og dets her angivne funktion langt fra er af nyere dato, kommer klart til udtryk, når det siges, at formålet med kravet om at dommeren skal være edsvoren, er »så meget som muligt at rydde al mistanke om en dommers retsskaffenhed af vejen« (*Nørregaard*: Forelæsning over den danske og norske ret 1790 § 1449). Tillidshensynet tjener således som grundlag for en udvidelse af de skrevne habilitetsreglers rækkevidde til også at omfatte ulovbestemte tilfælde. I tilknytning til reglerne om slægtskab og svogerskab (jfr. *Brorson*: Forsøg til den første bogs fortolkning 1797) anføres som grundlag for at slutte analogt fra disse bestemmelser, at »forsigtighed byder altså dommeren endog i unævnte tilfælde at følge disse bestemmelsers analogi« (*L. Nørregaard*, op.cit.) i forbindelse med »men en fornuftig dommer må altid sky endog *skin af partiskhed*, og nært pårørende sager kan siges næsten at gælde ham selv på« (*Peder Kofoed Trojel*: Commentaires eller forklaring over den danske og norske lov 1790 s. 226, jfr. udførligt herom kap. I).

Tilsvarende i nyere praksis når ombudsmanden i et tilfælde vedrørende en persons specielle habilitet i forbindelse med Teaterrådets behandling og afgørelse af en sag om støtte til teatervirksomhed, om retsgrundlagets afgrænsning udtaler, at der dog i udtrykket »tilknyttet« lå en vis begrænsning, hvorfor det kunne give anledning til tvivl om, hvorvidt medlemmets forbindelse med gruppeteatret medførte, at han omfattedes af habilitetsreglen, idet forbindelsen efter det oplyste alene omfattede en enkeltstående instruktionsopgave. Ombudsmanden var imidlertid mest tilbøjelig til at mene, at den pågældende var inhabil og henviser som grundlag herfor bl.a. til »den almindelige ønskelighed af, at habilitetsregler - *for at modvirke*

tillid til vedkommendes upartiskhed er svækket. Og der vil også være grund til at statuere inhabilitet, hvis den der har kompetencen til at afgøre spørgsmålet selv mangler tillid, uanset hvordan offentligheden kan tænkes at ville reagere (*Eckhoff*: Forvaltningsret s. 427 og 420. *Frihagen*: Inhabilitet i forvaltningen, 3. udg. 1970 s. 17 samt *H. Hammer*: Lov om styret i herreds og bykommunerne s. 64)

Også Harder opererer med tillidshensynet som et hovedformål med habilitetskravene. På den anden side påpeger Harder også grænserne for tillidshensynets rækkevidde: »Men det viser, at en utryghedsfølelse kan række langt videre, end der er mulighed for at antage inhabilitet«. (Offentligt hverv og private interesser, Sognerådstidende 1956 s. 33 og 43). Ligeledes *Ole Westerberg* som formulerer afvejningen mellem på den ene side hensynet til befolkningens tillid og på den anden side forvaltningens effektivitet (s. 33).

mistillid til afgørelsens saglighed - gives en forholdsvis bred anvendelse» (FOB 1975 s. 257).*)

At forståelse for og anerkendelse af tillidshensynets eksistens og særlige grundlag ikke som en selvfølge fører til intensiveret regulering fremtræder klart, når socialministeriet og direktoratet for ulykkesforsikringen i en sag om en overlæge i direktoratet tillige kan optræde som honorarlønnet læge for forskellige ulykkesforsikringsselskaber bl.a. udtaler, at man måtte medgive ombudsmanden, at den omstændighed, at forsikringsselskabet selv valgte specialist og derfor kunne foretrække en af direktoratets læger, *kunne have betydning for befolkningens tillid til at direktoratets afgørelser var rigtige*, og at han derfor var sindet at foretage visse ændringer i udvælgelsesproceduren, uden at den omhandlede dobbeltrolle dog herved kunne udelukkes. Ombudsmanden måtte heroverfor fastholde, at det »*så vidt overhovedet muligt* – bør undgås, at en læge, der mod honorar fra et forsikringsselskab har foretaget undersøgelse af en tilskadekommen, derefter deltager i direktoratets afgørelse i samme sag« (FOB 1959, s. 49).

Sammenfattende kan det herefter konstateres, at tillidshensynet isoleret betragtet betinger en intensivering af habilitetsreguleringen udover grænserne for garantihensynets rækkevidde. I tilknytning hertil pointeres det imidlertid, at hensynet til befolkningens tillid ikke må udarte til skinlegitimation. Som det udtrykkes i en engelsk dom, er det af vigtighed at undgå det indtryk »that it is more important that justice should appear to be done than it should in fact be done« (*Wade: Administrative Law* s. 402). Eller med en omskrivning af det ovenfor anførte citat af *Gomard: Civilprocessen* s. 576, skulle resultatet nødigt blive, at tilliden til myndighederne ikke forudsætter, at disse faktisk er uafhængige og upartiske, men alene at folk i almindelighed føler sig overbevist herom.**)

*) Med hjemmel i lovens § 33 havde kulturministeriet fastsat forretningsorden for rådet, hvor det i § 1, stk. 1, 2. punktum var anført, at medlemmer af teaterrådet i funktionsperioden ikke måtte være *fast* tilknyttet noget teater eller beklæde teaterfaglige tillidsposter.

**) At resultatet i denne henseende kan afhænge af en hårfin balance får man indtryk af, når ombudsmanden i en sag, om en ledende embedsmand i sundhedsstyrelsen, der havde været formand for et udvalgs arbejde under styrelsen og i egenskab heraf havde medvirket ved styrelsens behandling af en klage over den måde, hvorpå han havde tilrettelagt og ledet udvalgsarbejdet, udtaler, at ombudsmanden finder det uheldigt, at styrelsens skrivelse i klagesagen *var underskrevet af den pågældende embedsmand, men fandt på baggrund af, at udtalelserne var konfereret ved henholdsvis medicinaldirektøren og/eller en kontorchef i sundhedsstyrelsen, ikke anledning til at foretage sig videre i sagen!* (FOB 1981 s. 126).

Første del. Kap.V.2.1.

2.1. **Kan tillidshensynet i sig selv danne grundlag for at statuere inhabilitet**
Ordlyden af retsplejelovens § 62 synes at lægge op til en forståelse, hvorefter inhabilitet kan foreligge, selvom en inhabilitetsbegrundende interesse ikke faktisk foreligger, men hvor en sådan interesse blot *synes at foreligge*, jfr. formuleringen »når andre omstændigheder foreligger, som er *egnet til at vække tvivl om hans fuldstændige upartiskhed*«, sammenholdt med »*kan dommeren også selv, når han frygter for, at parterne ej kan have fuld tillid til ham, vige sit sæde*«.

Disse formuleringer bygger på en distinktion mellem forhold, som påberåbes af parterne, og sådanne som dommeren af egen drift reagerer på. Da initiativet til at rejse habilitetsspørgsmål antages at være uden materiel betydning for habilitetskravenes afgrænsning (*Gomard*: Civilprocessen 2. udg. s. 578f), må de to formuleringer ses i sammenhæng som det samlede udtryk for bestemmelsens materielle afgrænsning. Bestemmelsens passus om, at dommeren ex officio kan vige sædet, når »han frygter for, at parterne ej kan have fuld tillid til ham«, giver dommeren mulighed for at vige sædet som følge af forhold, parterne enten ikke har været bekendt med eller ikke ønsket at påberåbe sig, men herudover fungerer denne passus også som en udvidelse af bestemmelsens materielle grænser i forhold til, hvad garantihensynet i snæver forstand ville muliggøre.

En sådan forståelse harmonerer også med en opfattelse, hvorefter der faktisk ikke er grænse for, hvor intensiv den enkelte dommer kan anvende habilitetskravene. *Føler* den enkelte dommer sig inhabil, *er* vedkommende det også, jfr. *Gomard*, som herom udtaler, at »den der føler sig inhabil, kan ikke tvinges til at dømme i sagen. Risikoen for, at denne regel misbruges til at undgå arbejde, er ubetydelig« (*Civilprocessen* s. 551).

Denne modifikation i antagelsen om habilitetskravenes objektive karakter (jfr. herom kap. VI af 6.2.) er udtryk for, at hensynet til domstolenes »*rene hænder*« prioriteres så højt, at der ikke sættes grænser for intensiteten i habilitetskravenes mulige afgrænsning i det enkelte tilfælde (At praksis ikke nødvendigvis behøver at afspejle/realisere denne mulighed for intensiv regulering, jfr. Rønsholdt UfR 1980 s. 277ff).

At tillidshensynet i sig selv, d.v.s. uafhængigt af garantihensynet, kan danne grundlag for at statuere inhabilitet illustreres udmærket af et i engelsk ret forekommende tilfælde fra midten af forrige århundrede, i hvilket der statueres inhabilitet til trods for, at »no one can suppose that lord Cuttingham could, in the remotest degree, be influenced by the interest that he had in the

concern ...«. Afgørelsen anføres som en indskærpelse »not only that in there decrease they are not influenced by their personal interest, but to *avoid the appearance* of labouring under such an influence« (*Wade: Administrative Law* s. 400f). Og »suffice is that reasonable people might think he did. The reason is plain enough. Justice must be rooted in confidence; and confidence is destroyed when right-minded people go away thinking: 'The judge was biased'« (*Smith: Judicial Review of Administrative Action* s. 335).

Praksis synes at være gået så vidt i sin håndhævelse af tillidshensynet, at en modreaktion har været opfattet som en nødvendighed for at undgå det indtryk, som det udtrykkes i en nyere dom »that it is more important that justice should appear to be done that it should in fact be done« (*Wade* s. 402 og *Garner: Administrative Law*, fifth edition 1979 s. 134).

Det anførte kommer også til udtryk i de sandsynlighedstermer, der anvendes som målestok for det pågældende tilknytningsforholds egnethed til at øve indflydelse på kompetencens indehaver og dermed den afgørelse, som er habilitetsvurderingens genstand, jfr. nedenfor kap. VI afs. 2.1.*)

Det diskuteres således i engelsk ret, hvorvidt det dominerende kriterium er reasonable suspicion eller real likelihood, ligesom måden hvorpå disse kriterier bliver anvendt diskuteres. Det udtales at ved at foretrække kriteriet reasonable suspicion har the court of appeal »reassured the primery principle that justice must be seen to be done«. Og yderligere, at »this is an area where the appearance may be more important than the reality« (*Wade* s. 405) og »Although in neither case was there any real likelihood of bias, the decisions of the magistrates were quashed by the Division Court, applying the broad principle that justice must manifestly appear to be done« (*Smith: Judicial Review of Administrative Action*, 1980 s. 268).

Tilsvarende placering og funktion kan tillidshensynet have i forhold til habilitetskravene gældende for forvaltningsmyndigheder, herunder kommunalbestyrelsen. Således udtaler Eckhoff, at selv om der ikke er nogen reel fare for, at der vil blive taget »utenfor liggende hensyn, kan der være grund til at vedkommende viger sædet, hvis der foreligge omstændigheder,

*) Dette sandsynlighedstema, hvis genstand således er spørgsmålet om en given interesse medfører eller er egnet til at medføre usaglig motivation, er et andet end det, hvis genstand er vurderingen af en foreliggende inhabilitets eventuelle indvirken på den afgørelse, der er truffet af den inhabile eller under dennes medvirken, jfr. herom udførligt kap. X samt *Gomard: Civilprocessen* s. 582. *Arvid Frihagen: Vildfarelse og ugyldighed* s. 95 og s. 325. *Ole Krarup: UfR* 1963B s. 72ff. *Bent Christensen: UfR* 1976B s. 117. *Jørgen Mathiasen: Juristen* 1976 s. 332ff.

Første del. Kap.V.2.1.

som er egnet til at svække tilliden til hans upartiskhed hos dem, som ikke kender sagen» (*Eckhoff: Forvaltningsret s. 420*). Og i forbindelse med omtalen af forvaltningslovens § 6, 4. led hvorefter habilitetskravene i paragraffens forrige led kan fraviges, når »hverken offentlige eller private interesser tilsiger, at han viger sædet«, udtales at denne del af bestemmelsen først og fremmest sigter til den almene tillid til forvaltningen, og blot »muligheden for at der kan opstå slig mistanke kan være tilstrækkeligt til at begrunde inhabilitet« (*Op.cit. s. 434*).*)

En undersøgelse af, om der i praksis konkret statueres inhabilitet alene på grundlag af tillidshensynet, eller om dette hensyn blot indgår som en integreret bestanddel af garantihensynet, vanskeliggøres af, at de respektive hensyn typisk er formuleret som integrerede dele af det samlede bedømmelsesgrundlag. Men at tillidshensynet også i praksis anerkendes som det egentlige og eneste grundlag for at statuere inhabilitet synes at være realiteten, når ombudsmanden i en sag udtaler, at selv om der ikke forelå inhabilitet i retlig forstand, kunne forholdet give anledning til at overveje, om man ikke ud fra synspunkter beslægtet med de synspunkter, der ligger til grund for retsgrundsætningen om inhabilitet - hensynet til at undgå mistillid vedrørende bedømmelsens saglighed - burde have givet bedømmelsesudvalget en sammensætning uden den pågældende (FOB 1977 s. 649).**))

Som et andet og - fordi der formelt statueres inhabilitet - klarere eksempel kan anføres en sag, hvor tilsynsrådet udtaler, at et kommunalbestyrelsesmedlem blot kan undlade at deltage i behandlingen af en sag med henvisning til, at han/hun opfatter sig som inhabil. »En sådan tilkendegi-

*) Det anførte skal ses i sammenhæng med, at det i forbindelse med forberedelsen af forvaltningsloven blev overvejet at medtage en regel i lighed med bestemmelsen i kommunelovens § 15, hvorefter den som ikke er inhabil »likevel på særskilt anmodning kan fritages for at være med i en sag, når han af *personlige grunde ikke finder det rigtigt at deltage i behandlingen af det*« (*Indstilling s. 145*).

**) Københavns Universitet tilsendte foranlediget af sagen ombudsmanden et eksemplar af »Retningslinjer for behandling af habilitetsproblemer for medlemmer af sagkyndige bedømmelsesudvalg«, udarbejdet og vedtaget af udvalget for akademiske anliggender og vedtaget af konsistorium den 14. juni 1978 (FOB 1978 s. 74).

velse vil som regel uden videre blive taget til efterretning, og nogen pligt for borgmesteren til at søge de faktiske forhold nærmere belyst foreligger ikke«. Herudover eksplicerer tilsynsrådet, at et kommunalbestyrelsesmedlem alene på grundlag af tillidshensynet kan være inhabil: *»Selvom det ikke kan påvises, at et kommunalbestyrelsesmedlem har en konkret uvedkommende interesse i en sags udfald, kan han således alligevel være inhabil, fordi han står i et forhold til sagen, der kan være egnet til i offentligheden at svække tilliden t er blevet truffet på et fuldstændigt sagligt grundlag«* (IM 1978/1130/1600-5 af 10. april 1979)

I forbindelse hermed skal anføres en sag, der vedrører kommunalbestyrelsens kassation af en indbudt licitation. Mindretallet i kommunalbestyrelsen anfører som klagere, at der ikke er dokumenteret bortfaldne forudsætninger, men at flertallet har begrundet sin afgørelse med, at der har foreligget inhabilitet hos et enkelt kommunalbestyrelsesmedlem. Efter mindretallets anmodning om tilsynsrådets afgørelse udtaler kommunalbestyrelsen, at den trufne afgørelse *ikke* har været baseret på spørgsmålet om inhabilitet, men på »det specielle sammentræf af omstændigheder, der ville være belastende for tillidsforholdet mellem borgerne og politikerne«.

Tilsynsrådet udtaler heroverfor, at rådet er af den opfattelse, »at kommunalbestyrelsen med denne begrundelse havde ret til at tilsidesætte den afholdte licitation og beslutte afholdelse af en ny. Sammenholdt med, at »i den anledning skal tilsynsrådet ... meddele, at kommunalbestyrelsens flertal *med den af flertallet givne begrundelse* efter tilsynsrådets opfattelse har ret til at tilsidesætte den indbudte licitation ...«.

Endelig skal anføres, at ombudsmanden betragter tillidshensynet som selvstændig *ugyldighedsgrund*. Ombudsmanden udtaler herom, at »uanset hvilken principiel retningslinje (fejlens grovhed eller væsentlighed), der lægges til grund ved ugyldighedsbedømmelsen, synes det at måtte komme i betragtning - i retning af at statuere ugyldighed - at grundsætningen om speciel inhabilitet - som fremhævet bl.a. i flere ombudsmandsudtalelser - har en dobbelt funktion, dels at skabe en garanti for lovlige og rigtige afgørelse, dels at modvirke, at der skabes mistillid til administrationens sagsbehandling«.

Og i forbindelse med sin stillingtagen til en af undervisningsministeriet anvendt sondring mellem mere eller mindre klare inhabilitetstilfælde udtaler ombudsmanden, at der, selvom en sådan sondring hverken ses at have støtte i domspraksis, administrativ praksis eller den forvaltningsretli-

Første del. Kap.V.2.2.

ge teori, vel kan argumenteres for undervisningsministeriets opfattelse ud fra det synspunkt, at inhabilitetsgrundsætningernes afgrænsning ikke alene er bestemt af hensynet til at sikre lovlige og rigtige afgørelser, men også af hensynet til at sikre tillid til den offentlige forvaltning (FOB 1976 s. 150).

Imidlertid mener ombudsmanden ikke, at der med henblik på gyldighedsspørgsmålet bør sondres mellem, om inhabiliteten i det konkrete tilfælde statueres på grundlag af garantisyndspunkter eller tillidshensynet. Dels fordi en sådan sondring er vanskelig at praktisere, *men også fordi ombudsmanden er af den opfattelse, at en sådan sondring ikke bør være relevant.* »Kan der peges på tilfælde, hvor inhabilitet *overvejende (eller alene)* bør statueres ud fra hensynet til at modvirke mistillid til forvaltningen, tilsiger dette væsentlige hensyn i det pågældende tilfælde formentlig også, at inhabilitet markeres *ved afgørelsens ugyldighed*« (op cit).

2.2. Tillidshensynets grundlag

Medens grundlaget for afgrænsningen af garantihensynet og - i mindre grad - modhensynet principielt ligger fast, omend den faktiske bestemmelse af hensynets indhold og rækkevidde kan være forbundet med store vanskeligheder, synes grundlaget for afgrænsningen af tillidshensynet også principielt uklart.

Som anført spiller tillid til retssystemet på et overordnet plan en central rolle i grundlaget for al retsudøvelse. Det er formentlig dette forhold, der sigtes til, når det om hensynene, der ligger til grund for habilitetskravene udtales, at »sikring af dommenes kvalitet er sammen med sikring af tilliden til domstolene hovedformålene *også* for disse regler« (Gomard: Civilprocessen 1. udg. s. 546).

Naturligvis spiller tilliden til retssystemet *også* en rolle for den habilitetsmæssige regulering af processen såvel ved domstolene som ved retsanvendende myndigheder i det hele taget. Det særlige for habilitetskravene er i forhold hertil, at tillidshensynet indgår som en del af retsgrundlaget af direkte operativ relevans for den konkrete habilitetsafgørelse. Det er denne retskildemæssige status, som gør spørgsmålet om tillidshensynets indhold og grundlag til noget særligt for habilitetsreguleringen. Et retsgrundlag som indholdsmæssigt refererer til almindelige opfattelser af, hvilke forhold der virker stødende, upassende, mistænkelige etc. er ifølge sin »natur« af a-retlig karakter. Habilitetskravenes retlige karakter afsvækkes for så vidt, fordi retsstillingen vanskeligt lader sig forudsige. Habilitets-

kravet og dermed habilitetsafgørelsen tenderer i retning af det politisk/moralske. Dette forhold illustreres principielt af det ovenfor anførte eksempel, hvor kommunalbestyrelsen beslutter og tilsynsrådet sanktionerer tilsidesættelsen af en indbudt licitation på grundlag af en udtalelse om, at kommunalbestyrelsens beslutning *ikke* var baseret på spørgsmålet om habilitet men på »*det specielle sammentræf af omstændigheder, der ville være belastende for tillidsforholdet mellem borgerne og politikerne*«.

På denne baggrund bliver det et centralt spørgsmål, hvad der egentlig er grundlaget for den indholdsmæssige bestemmelse af de til grund for habilitetskravene liggende hensyn i almindelighed og tillidshensynet i særdeleshed. Er grundlaget således en refleksion af parternes, de retsundergivnes/opinionens eller den retsanvendende myndigheds egen retsopfattelse/retsfølelse. Og hvordan bestemmes grundlaget herfor og indholdet heraf i givet fald. Spørgsmålet herom lader sig klarest belyse med udgangspunkt i engelsk ret.

Selv om det lægges til grund, at habilitetsbedømmelsen er objektiv i den forstand, at dens grundlag i hvert tilfælde ikke er den subjektive opfattelse hos den person, som er habilitetsafgørelsens genstand, er der ikke hermed givet svar på, hvad der positivt karakteriserer bedømmelsesgrundlagets objektive karakter. Problemstillingen er i praksis blevet formuleret som spørgsmålet om, hvorvidt bedømmelsen skal foretages på grundlag af rettens/den kompetente myndigheds *egen vurdering*, eller om den anvendte målestok tilføres »*ude fra*«.

Spørgsmålet besvares til fordel for sidstnævnte mulighed.*) Og den nærmere karakter af grundlaget herfor præciseres, når det udtales, at »The court rejected the contention that the test is subjective being a question of whether there had in the eyes of the court been a real likelihood of bias ...«. (Yardley: Principles of administrative law, 1981 s. 101)

Om rettens opfattelse er af subjektiv eller objektiv karakter afhænger af, om der for retten foreligger »established an objective test of whether there was reasonable suspicion of bias« (op.cit. s. 101).

Begrebet objektiv dækker således i denne sammenhæng det forhold, at bedømmelsesgrundlaget ikke bygger på dommerens *egen* opfattelse, men

*) »Whether a real likelihood of bias existed was to be 'determined or the probabilities to be inferred from the circumstances, not upon the basis of the impressions that might reasonably be left on the minds of the party aggrieved or the public at large'« (S.A. Smith: Judicial Review of administrative action 1980, s. 263).

Første del. Kap.V.2.2.

derimod på dommerens (objektive) registrering af, hvorvidt det foreliggende tilknytningsforhold er egnet til at fremkalde en inhabilitetsbegrundende grad af sandsynlighed for bias. Denne distinktion kommer måske allerede til udtryk i kriterierne for de relevante sandsynlighedsgrader, jfr. nedenfor kap. VI. Man kan således spørge, om kriterierne real likelihood of bias i højere grad refererer til dommernes/rettens egen målestok end kriteriet reasonable suspicion.

Som støtte herfor kan anføres en udtalelse, hvorefter

»'reasonable suspicion' test look mainly to outward appearances, 'real likelihood' testes focus on the court's own evaluation of the probabilities;« (S.A. Smith: Judicial review of administrative action, 1980 s. 264).

Sammenholdt med

»formulation of the 'reasonable suspicion' test for it is the duty of a reasonable man to make reasonable inquiries, if, after having made his inquiries, he is still left with the impression that there was a real likelihood that the tribunal would be biased against him, is it the duty of the court to quash the decision although on the full information available to it it is satisfied that his suspicions were unfounded« (op.cit. s. 263).

Som forskellen her kommer til udtryk skulle den således først og fremmest bestå i, at grundlaget for reasonable suspicion i højere grad er opfattelsen hos den part, der påberåber sig inhabiliteten, hvor kriteriet likelihood og bias i forhold hertil afgøres på grundlag af en (i forhold til parten) objektiv bonus pater målestok.

Tendensen går imidlertid nok i retning af, at også grundlaget for antagelsen af reasonable suspicion er rettens vurdering af, om de for retten foreliggende omstændigheder lader sig omfatte af en bonus pater (real suspicion) målestok, jfr.

»However the pendulum has now swung towards a test of reasonable suspicion, founded on the apprehensions of a reasonable man who had taken reasonable steps to inform himself of the material facts« (Op.cit. s. 163-64).

Hvilket er helt sammenfaldende med grundlaget for kriteriet real likelihood, når dette afgrænses som følger

» A 'real likelihood' of bias means at least a substantial possibility of bias. The court, it has been said, will judge of the matter 'as a reasonable man would judge of any matter in the conduct of his own business'. The test of real likelihood of bias, which has been applied in a number of leading cases in magisterial and liquor licensing law, is based on the reasonable apprehensions of a reasonable man fully apprised of the facts« (S.A. Smith: Judicial review of administrative action, 1980 s. 262).

Og problemstillingen opløses fuldstændig i det omfang, domstolene - når de som følge af de forelagte beviser ikke finder, at der forelå real likelihood of bias - alligevel - med henvisning til den almindelige offentlige interesse heri - statuerer inhabilitet som følge af, »that a reasonable man at the time when the decision on the review was made could well have suspected that the tribunal would be biased« (Op.cit. s. 263), og »the courts have often quashed decisions on the strength of the reasonable suspicions of the party aggrieved without having made any finding that a real likelihood of bias in fact existed« (Op.cit. s. 263)

Udover at tillidshensynet - i samspil med garantihensynet - indgår i grundlaget for afgrænsningen af samtlige sandsynlighedsgrader, tiltager tillidshensynets betydning i takt med slækkelsen af kravene til den inhabilitetsbegrundende grad af sandsynlighed for bias, således at tillidshensynet udgør det afgørende og muligvis eksklusive grundlag for de laveste grader af sandsynlighed.

Om de problemer, der er forbundet med den indholdsmæssige fastlæggelse af de relevante sandsynlighedsgrader og grundlaget herfor (*S.A.Smith: Constitutional and administrative law, second edition 1975 s. 577*).

Spørgsmålet om, hvorvidt disse sandsynlighedsgrader repræsenterer distinkte forskelle i henseende til habilitetskravenes afgrænsning, er således snævert forbundet med spørgsmålet om, hvad der er grundlaget og målestokken for indholdet og afgrænsningen af de anvendte sandsynlighedsbegreber. Det er naturligvis i denne forbindelse ikke uden betydning, om man lader befolkningens/omverdenens mindre professionelle syn på eller manglende sans for distinktionerne være grundlaget eller om man i højere grad støtter sig på den kompetente myndigheds mere professionelle skøn og den hertil knyttede sans for distinktioner af den anførte art.

De heraf affødte - til dels rent teoretiske - komplikationer træder klart frem, når man i den anførte henvisning opererer med forskellig målestok for de enkelte sandsynlighedsgrader, nemlig henholdsvis lægmands- og dommerskøn. At de praktiske konsekvenser heraf måske lader sig overse, fremgår af udtalelsen om, at der kun sjældent vil opstå den situation, at resultater som en bonus pater lægmand når til på grundlag af sandsynlighedsgraden reasonable suspicion of bias, afviger fra det resultat, retten vil nå til på grundlag af sandsynlighedsgraden real likelihood of bias. Det anføres yderligere, at denne distinktion typisk ikke vil være knyttet til nogen objektiv realitet. I 99 ud af 100 tilfælde vil rettens målestok nemlig være, om en bonus pater lægperson vil antage tilstedeværelsen af »substantial possibilities of bias«.

Hvordan det end forholder sig i denne henseende står det fast, at de anførte sandsynlighedstermer faktisk benyttes som udtryk for habilitetskravenes afgrænsning. Da grundlaget for at antage en inhabilitetsbegrundende grad af sandsynlighed for eksistensen af bias ikke er rettens/den kompetente myndig-

Første del. Kap.V.2.2.

heds subjektive men derimod omverdenens indtryk af forholdet, som dette objektivt bedømmes af retten, må dette naturligvis så meget des mere gælde, i jo højere grad grundlaget for at statuere inhabilitet er tillidshensynet, hvis afgørende sigte jo netop er at udbygge og bevare befolkningens tillid til de retsanvendende myndigheder. Nøglebegrebet bliver således i forhold til begge typer bedømmelsesgrundlag *the impression* of bias.

»In considering whether there was a real likelihood of bias, the court does not look at the mind of the justice himself or at the mind of the chairman of the tribunal, or whoever it may be, who sits in a judicial capacity. It does not look to see if there was a real likelihood that he would, or did, in fact favour one side at the expence of the other. The court looks at the impression which would be given to other people. Even if he was as impartial as could be, nevertheless if right minded persons would think that, in the circumstances, there was a real likelihood of bias on his part, then he should not sit« (op.cit. s. 135).

En afgrænsning af bedømmelsesgrundlaget, hvorefter de habilitetsmæssige grænser drages på grundlag af den foreliggende - og muligt meget ringe - grad af sandsynlighed for bias over for bedømmelsesgrundlag, hvor afgrænsningen alene baseres på tillidshensynet, vanskeliggøres ikke blot af det forhold, at den afgørende målestok i begge tilfælde er omverdenens opfattelse, men også det forhold, at sandsynlighedsbegrebet i vidt omfang anvendes på *formaliseret* vis, d.v.s. blot bruges som udtryk for, at betingelserne for at statuere inhabilitet er tilstede, hvad enten grundlaget herfor består i antagelse om sandsynligheden for bias eller det blotte *indtryk* heraf.

Denne udvikling er imidlertid ikke blot forårsaget af begrebsmæssig uklarhed men også - og vel i snæver forbindelse hermed - af den omstændighed, at grænsedragningen faktisk er vanskelig at foretage. Selvom den til grund liggende målestok for såvel tillidshensynet som for hensyn, der udtrykker sig i grader af sandsynlighed for forekomsten af bias, er befolkningens impression, må grænsedragningen være præget af flydende overgange. I vidt omfang må tillidshensynet således praktisk opfattes som korresponderende med den laveste inhabilitetsbegrundende grad af sandsynlighed for bias (til illustration af forholdets sammensatte karakter i praksis kan peges på eksemplet op.cit. s. 334-36).

Sammenfattende kan det anføres, at uanset hvilken grad af sandsynlighed der lægges til grund for habilitetsbedømmelsen, er grundlaget herfor objektivt i den betydning, at det hverken refererer til parternes, opinionens eller de retsanvendende myndigheds (subjektive) opfattelse, men derimod til den retsanvendende myndigheds objektive vurdering af de forhold, som er habilitetsspørgsmålets årsag. Hvad der så faktisk ligger heri synes alt andet end klart, når mulighederne for at statuere inhabilitet på grundlag af opinionens (subjektive) retsopfattelse eller retsfølelse også holdes åben.

Kap. V.2.2.

Dette understreges i forbindelse med de særlige for kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitetskrav. I the national code of conduct 1975 hedder det således:

»A good test is to ask yourself whether others would think that the interest is of a kind to make this possible. If you think they would or if you are in doubt, disclose the interest and withdraw from the meeting« (3 (i).

Tilsvarende i the local commissioners (kommunal ombudsmand) praksis:

»In the commissions view a key question to ask is 'what would others reasonably think?'« (Report 1983 s. 10).

Det fremgår heraf, at tillidshensynet er udformet som en sandsynlighedsvurdering på grundlag af en lægmands målestok for, hvilke forhold/interesser, der er egnet til at fremkalde bias.

Tilsvarende henviser the local commissioner i andre sager til den afgørende målestok, der opstilles i the code of conduct. Jfr. eksempelvis »would other think that he might be acting for personal motives?« (sag nr. 10, Report 1983). Denne lægmands/omverdens bedømmelse er helt afgørende for afgrænsningen af habilitetskravene i ombudsmandens praksis.

Også i skandinavisk ret opereres med en målestok, hvorefter omverdenens retsopfattelse er afgørende for, om et tilknytningsforhold konstituerer inhabilitet. Jfr. således Eckhoff som om tillidshensynets afgrænsning udtaler, at den, der har kompetencen til at afgøre habilitetsspørgsmål *på trods af sin egen eventuelle tillid*, må tage hensyn til, om der er grund til at regne med, at *offentlighedens tillid til vedkommendes upartiskhed er svækket*. I forhold hertil anføres vedkommende myndigheds egen opfattelse som et muligt grundlag for yderligere intensivering af habilitetsreguleringen. Således kan der også statueres inhabilitet, hvis den, der har kompetencen til at afgøre spørgsmålet, *selv mangler tillid uanset hvordan offentligheden kan tænkes at ville reagere* (Eckhoff: Forvaltningsrett s. 427). Og »Selvom der ikke er nogen reel fare for at der vil blive taget udenfor liggende hensyn, kan der være grund til at vedkommende tjenestemand viger sædet, hvis der foreligger omstændigheder, der er egnet til at svække tilliden til hans upartiskhed hos den, som ikke kjenner saken« (Op.cit. s. 420).

Selvom der ikke som i engelsk ret forsøges foretaget en éntydig afgrænsning af dette grundlags (objektive/subjektive) karakter, kan dette næppe tages som udtryk for eksistensen af en reel forskel. Skandinavisk ret

Første del. Kap. V.2.2.

bygger ikke på en så sofistikeret og relativt fasttømret sandsynlighedsterminologi som engelsk ret. Således anvendes sandsynlighedstermer også i dansk praksis som grundlag for afgrænsningen af inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold. Men i modsætning til engelsk ret, er der ikke tale om en præcis terminologisk begrebsafgrænsning, men mere om almindelige og tilfældige sproglige udtryk, jfr. nedenfor kap. VI - IX.

I overensstemmelse med denne formløshed eksisterer - eller tilkendes - i hvert fald ikke - i dansk ret så klare forestillinger om karakteren og grundlaget for især tillidshensynets afgrænsning som ovenfor anført om engelsk ret. Begrebet befolkningens tillid til forvaltningen fungerer i vidt omfang som et formaliseret udtryk for skærpede habilitetskrav, hvilket måske i realiteten svarer til den anførte tendens til formalisering af de i engelsk ret anvendte sandsynlighedsbegreber, som eksempelvis kommer til udtryk, når real likelihood blot anvendes som synonym for inhabilitetsbegrundende interesse. Og at der i denne henseende eksisterer en endog meget bred margin for den kompetente myndighed kommer til udtryk, når der i grundlaget for praktiseringen af en intensiv regulering henvises til tillidshensynet, og efterfølgende som grundlag for en ændret opfattelse henvises til, »at man ikke med rimelighed vil kunne hævde, at det ville svække tilliden til beslutningsprocessen i byrådet, om ... havde deltaget i byrådets forhandlinger og afstemning om den pågældende sag« (Jfr. kap. VII og Rønsholdt Juristen 1980 s. 418).

Det korte af det lange er formentlig, at opinionens retsopfattelse - hvor ukvalificeret den end måtte forekomme at være - ikke kan være uden betydning, hvis habilitetskravene også skal leve op til deres legitimerende funktion. Jfr. således ældre rets udsagn om, at dommeren har pligt til at udvise stor forsigtighed, med den konsekvens, at dommersædet efter omstændighederne må viges »for at undgå den *almindelige mands mistanke*«, en mistanke »der er så skadelig for enhver dommers anseelse og karakter i staten« (Nørregaard: Forelæsninger over den danske og norske ret, 1790 § 1449).

Inden for denne ramme vil tillidshensynet i nok så høj grad have til funktion at fungere som grundlag og udtryk for den udtalt dynamiske retskildeforståelse, som i hvert tilfælde kendetegner dansk kommunalret i almindelighed og de kommunale habilitetskrav i særdeleshed end som mere eller mindre objektiv målestok for en bonus pater offentlig opinion. Anskuet på denne måde er kompetencen til at tolke/udfylde tillidshensynet

lig kompetencen til at bestemme retstilstanden og retsudviklingen på området. Som et udtryk herfor kan man måske se indenrigsministerens kommentar til en henvendelse fra Kommunernes Landsforening, hvor ministeriet erklærer sig uenig, »når landsforeningen giver udtryk for, at der ved fortolkningen af retsgrundsætningen skal tillægges *de enkelte kommunalbestyrelses egne udtalelser betydelig vægt*. Forholdet er tvært imod det, at regler om inhabilitet - både speciel og generel inhabilitet ... - bygger på, at der hos *offentligheden* skal opretholdes en almen tillid til, at en given beslutningsproces forløber uden uvedkommende hensyn. Afgørende er, om de foreliggende omstændigheder ud fra en *generel* betragtning er egnet til at vække tvivl om afgørelsens saglige rigtighed« (Spørgsmål 7, ministerens kommentar til henvendelse fra Kommunernes Landsforening af 15. december 1982, L70 bilag 3 (ministeriets kursivering)).

Lidt anderledes formuleres bliver resultatet formentlig, at grundlaget for afgrænsningen af habilitetskravene og de til grund for disse liggende hensyn - herunder tillidshensynet - afgrænses *centralt* af tilsynsmyndighederne og ikke lokalt (subjektivt) af kommunalbestyrelsen.

3. Modhensyn

Som anført er modhensynets funktion at slække reguleringsintensiteten i forhold til hvad garanti- og tillidshensynet isoleret ville betinge. Som sådant bliver modhensynet samlebetegnelse for alle forhold, der taler mod inhabilitet. Argumentationen mod intensiv habilitetsregulering eller habilitetsregler i det hele taget er yderst sammensat og afhængig af det enkelte habilitetskravs genstand.

Mest overordnet kan peges på, at habilitetskravenes optimale rækkevidde naturligvis må sættes af den samlede samfundsmæssige kontekst de indgår i. Indehavere af offentligretlig kompetence er således også som anført indledningsvis medlemmer af det samfund, som er den offentlige regulerings genstand. Ingen myndighedsperson kan derfor forudsættes at være en uinteresseret tabula rasa, jfr. ovf. kap. II.

Habilitetskravene kan ikke afgrænses på en sådan måde, at de væsentligt forstyrrer organets funktionsmulighed. Udstrækningen og afgrænsningen af hensynet hertil må bestemmes på grundlag af de forudsætninger der ligger til grund for organets konstitution og virkemåde. Således vil

Anden del. Kap.VI.3.1.

interesser, som isoleret betragtet synes inhabilitetsbegrundende, kunne bestemmes som *strukturelt betingede* og dermed som lovlige. *)

Modhensynet kommer klarest til udtryk i de egentlige bestemmelser om undtagelse eller dispensation fra habilitetskravene (Jfr. dansk forvaltningslov § 4). **)

Som overordnede faktorer af operativ relevans kan peges på spørgsmålet om muligheden for at substituere inhabile myndighedspersoner, og - delvis i forbindelse hermed - risikoen for at habilitetskravene kan danne grundlag for ansvarsforflygtigelse.

Den samlede problemstilling - herunder hensynenes indbyrdes forhold - kommer klart til udtryk i ældre rets behandling af spørgsmålet om dommerhabilitet, jfr. ovenfor kap. I.

For så vidt angår afgrænsningen af de for domstolene gældende habilitetskrav gør der sig praktisk taget ikke modhensyn gældende. Dommerne konstitueres ikke i Danmark på grundlag af et folkeligt mandat, og substitution vil sjældent give anledning til vanskeligheder (*Gomard*: Civilprocessen s. 581). Og misbrug af habilitetsreglerne til ansvarsforflygtigelse betragtes som værende uden praktisk betydning, jfr. *Gomard*: »Den der føler sig inhabil kan ikke tvinges til at dømme i sagen. *Risikoen for at denne regel misbruges til at undgå arbejde, er ubetydelig*« (Civilprocessen s. 582)

*) Som et klart tilfælde af *strukturelt betinget inhabilitet* kan anføres ombudsmandens udtalelse, hvorefter der ikke var »grundlag for at kritisere, at lokalnævnet for Københavns politikreds afviste en indsigelse om, *at alle nævnets medlemmer i kraft af forvaltningsrettens almindelige regler om speciel inhabilitet generelt måtte anses for afskåret fra at deltage i lokalnævnets behandling og stillingtagen til konkrete klager vedrørende politiets optræden i forbindelse med nogle uroligheder på Nørrebro april-maj 1980*« (FOB 1981 s. 159).

I sagen om hvorvidt medlemmer (et flertal heraf) i folkebibliotekernes fordelingsudvalg samtidig kunne have sæde i henholdsvis bestyrelsen for Bibliotekscentralen og organisationen Danmarks Biblioteksforening (der modtog store årligt tilbagevendende tilskud efter indstilling fra fordelingsudvalget) peger ombudsmanden på generel inhabilitet (ved lov) som løsning på de specielle habilitetsproblemer, personsammenfaldet ville medføre (FOB 1977 s. 302 og FOB 1978 s. 51).

Historisk har situationen ændret sig en hel del i denne henseende. Som anført ovenfor tjente tillidshensynet også i det 18. århundrede som grundlag for den optimale habilitetsmæssige fordring. Dette hensyn skulle imidlertid afvejes med et (mod)hensyn til domstolenes (og forvaltningens) effektivitet, som dette hensyn kom til udtryk i forbuddet mod at lade habilitetskravene danne grundlag for ansvarsforflygtigelse, jfr. i det hele kap. I.

»Endelig maae vi til Slutning, i Hensigt til en Dommers Habilitet og Inhabilitet i Almindelighed erindre Noget, som tildeels forhen er blevet anmærket, dette nemlig: at som en Dommers Embeds Udøvelse ikke aleene er en ham i Staten af Regenten forundt Rettighed, men fornemmelig tillige en ham af Regenten paalagt højstvigtig borgerlig Pligt, hvilken han ei uden gyldige Aarsager maae undslaae sig for at opfylde; saa seer man letteligen, at en Dommer ei kan, enten efter eget Godtbefindende, naar han lyster, eller formedelst den eene

**) Spørgsmålet om dispensation fra egentlig lovbestemte habilitetskrav var oppe under ombudsmandens behandling af en sag om speciel habilitet i forbindelse med teaterrådets behandling af støtte til teatervirksomhed. Ombudsmanden udtalte, at der ikke i teaterloven var bestemmelser, der gav kulturministeren mulighed for at dispensere fra habilitetsbestemmelsen, og at det af ministeriet påberåbte modhensyn, som kom til udtryk i de praktiske muligheder for at udpege egnede teaterrådsmedlemmer, som var i stand til med kort varsel at afvikle deres forbindelse med teatervirksomhed, *ikke kunne begrunde en tilsidesættelse af lovens udtrykkelige regel, hvilket der heller ikke var holdepunkt for i lovens forarbejder* (FOB 1975 s. 257 og FOB 1976 s. 33).

I sagen om ulykkesforsikringen kunne benytte en overlæge ved den hospitalsafdeling, der havde forestået en vaccination, som sagkyndig i en sag om erhvervsevnetab som følge af vaccinationsskader udtalte sikringsstyrelsen som modhensyn, *at* vedkommende overlæge ville have det bedste grundlag for at afgive erklæring på grundlag af sit kendskab til den tilskadekomne og sin adgang til hospitalets journaler, og *at* det ude omkring i landet (i almindelighed) ville give de tilskadekomne store vanskeligheder at få foretaget specialundersøgelser andre steder.

Det anførte modhensyn tillægges ikke vægt af ombudsmanden, som dels henviser til, at speciallægeerklærings indhold typisk har en meget væsentlig - ofte i realiteten afgørende - betydning i ulykkesforsikringsagerne, dels at disse sager efter deres karakter i væsentlig grad kan sidestilles med *typer af erstatningssager, der afgøres ved domstolene*« (FOB 1974 s. 262).

Første del. Kap.V.3.

eller begge Parters ugrundede Erceptioner, vige sit Sæde. cfr. Forordn. af 19. Aug. 1735 Art. 2., hvor det endog forbydes vedkommende Øvrighed at beskikke Sættedommere, med mindre de mod den ordinaire Dommer giorte Erceptioner befindes lovlige« (Nørregaard, op.cit. § 1456).

I forhold til de for kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitetskrav må modhensynet helt afgørende være centreret om det centrale i kommunalbestyrelsens konstitution: det *folkelige mandat*. Interesser, som er en naturlig følge heraf, kan - som strukturelt betingede - ikke begrunde inhabilitet. Men hvor sættes grænserne, når kommunalbestyrelsen samtidig er forvaltningsmyndighed og dermed omfattet af det offentligretlige system og dettes værdigrundlag /ideologi. Skismaet mellem kommunalbestyrelsens karakter af forvaltningsmyndighed og lokalt parlament kommer klart til udtryk i den også ovenfor anførte af ombudsmanden opstillede afvejningsformel:

»På den ene side er det vigtigt at undgå, at der i unødigt omfang lægges visse erhvervsgruppers repræsentanter hindringer i vejen for sædvanlig deltagelse i kommunalt arbejde. På den anden side taler ikke alene hensynet til sagens rigtige behandling og afgørelse men også hensynet til befolkningens tillid til forvaltningen for en forholdsvis streng fortolkning og anvendelse af regler og grundsætninger om speciel inhabilitet ...« (FOB 1972 s. 80 jfr. ovenfor).

Da dansk ret ikke rummer mulighed for substitution af specielt inhabile kommunalbestyrelsesmedlemmer, kan speciel inhabilitet forrykke det gruppepolitiske styrkeforhold. Når det derfor er afgjort, at en person er generelt habil og dermed indehaver af kompetencen, er det naturligvis af afgørende betydning, at de specielle habilitetskrav ikke afgrænses så intenst, at vedkommende i udstrakt grad er specielt inhabil og dermed afskåret fra deltagelse i organets arbejde. Dette hensyn til at undgå for vidtgående specielle habilitetskrav kan så omvendt tale for intensivering af de generelle habilitetskrav med henblik på at foregribe fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet (Jfr. om dette forhold mellem de generelle og de specielle habilitetskrav kap. VI-IX).

Anden del

De specielle habilitetskrav

Anden del

De specielle habilitetskrav

Indledning om terminologi og begreber af betydning for analysen af praksis

Habilitetsafgørelsen er resultat af en sag. Denne sags genstand er en offentligretlig kompetenceindehavers relation til en anden sag. I det følgende vil denne anden sag, i forhold til hvilken vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems habilitet bedømmes, blive benævnt *den primære sag*, medens den i forhold hertil sekundære habilitetssag blive benævnt *habilitetssagen*. Disse to sags- og afgørelsesniveauer indgår i et samspil, i den forstand at den primære sag udgør en integreret bestanddel af habilitetssagen. Den primære sag og vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems forhold til denne er således faktum i og genstanden for habilitetssagen.

En central del af afhandlingens genstand er de retsanvendende myndigheds *bedømmelsesgrundlag* i henseende til spørgsmålene, om et forhold bevirker inhabilitet, og i bekræftende fald hvordan der skal reageres heroverfor. På dette sted omhandles alene begreber og terminologi vedrørende førstnævnte spørgsmål.

Bedømmelsesgrundlaget omfatter samtlige de faktiske og retlige omstændigheder af betydning for habilitetsafgørelsens udfald. Bedømmelsesgrundlaget vil typisk være sammensat. I forhold hertil er *bedømmelseselement* betegnelsen for de enkelte faktorer af retlig og/eller faktisk karakter, som indgår i bedømmelsesgrundlaget. Som betegnelse for bedømmelseselementer af retlig karakter anvendes også udtrykket *kriterium*. Kriteriet betegner den del af det retlige grundlag, der fungerer som retsfaktum (jfr. *Bent Christensen: Hjemmelsspørgsmål*).

Spørgsmålet om i hvilket omfang et bedømmelsesgrundlag/dettes enkelte retlige elementer er egnet til at fremme de i kap. V angivne hensyn, kan udtrykkes og måles ved begrebet *adækvans*. Spørgsmålet herom lader sig

naturligvis ikke besvare uden en målestok for, hvilke forhold der er egnede til at modvirke respektive realisere disse hensyn. En sådan målestok kan være vanskelig at objektivere. Hvilke forhold der eksempelvis er egnet til at udøve usaglig indflydelse på en afgørelses saglige rigtighed eller svække befolkningens tillid til forvaltningen, må naturligvis - bortset fra de meget oplagte tilfælde - bero på et valg af til dels retspolitisk karakter.

Adækvansvurderingen kan også sigte mod spørgsmålet om forskelle i retstilstanden de forskellige interesselystyper imellem korresponderer med forskelle i disse interesselystypers egnethed til at fremme eller modvirke et givent hensyn. Tilsvarende er det muligt at vurdere forholdet mellem forskellige typer habilitetskrav (generelle/specielle) og forholdet mellem habilitetskrav gældende for henholdsvis kommunalbestyrelse og udvalg.

Habilitetsreguleringens rækkevidde i henseende til hvilke forhold, der anses for inhabilitetsbegrundende, udtrykkes og vurderes ved begrebet *intensitet*. Beskrivelse og vurdering af habilitetskravenes rækkevidde kan foretages i forhold til den enkelte interesselystype. Men intensitetsbedømmelsen kan også foretages som en sammenligning af habilitetskravenes rækkevidde de enkelte interesselystyper imellem. Eksempelvis kan man spørge, om afgrænsningen af habilitetskravene vedrørende kommunale ansættelsesforhold er mere eller mindre intens i forhold til afgrænsningen af habilitetskravene gældende for tilknytning på andet grundlag. Intensitetsvurderingen kan endelig også bygge på en sammenligning mellem specielle og generelle habilitetskrav eller mellem de henholdsvis for kommunalbestyrelsen og dennes udvalg gældende habilitetskrav.

Begreberne adækvans og intensitet er ikke sammenfaldende men indbyrdes forbundne. Dette hænger sammen med, at de anførte hensyn i sig selv efter deres indhold repræsenterer forskellige grader af intensitet i reguleringen. Således tenderer hensynet at sikre befolkningens tillid til forvaltningen i retning af intens regulering, medens hensynet til at undgå at bestemte erhvervsgrupper udelukkes fra deltagelse i kommunalbestyrelsens og udvalgenes arbejde trækker i retning af tilbageholdenhed i reguleringen.

Når der på trods af denne sammenhæng alligevel ikke er tale om sammenfald, beror det på, at intensitetsbegrebet ikke nødvendigvis er knyttet til et bestemt hensyn eller hensyn overhovedet. Begrebet sigter mod det *omfang*, i hvilket der i forhold til en given tilknytning/interesse statueres inhabilitet, medens adækvansbegrebet sigter mod bedømmelses-

Anden del. Indledning

grundlagets *karakter* og indhold i forhold til de hensyn habilitetskravene intenderer at fremme.

I det omfang et givent intensitetsniveau faktisk er knyttet til bestemte hensyn, beror forskellen mellem begreberne på, at bedømmelsesgrundlaget som anført kan være af sammensat karakter, hvorfor de enkelte bedømmelseselementers større eller mindre adækvans ikke nødvendigvis afspejler det intensitetsniveau, habilitetsafgørelsens resultat er udtryk for. Hertil kommer, at der selv inden for rammerne at et ikke sammensat adækvat bedømmelsesgrundlag kan være en betydelig margin for habilitetsafgørelsens rækkevidde, uden at dette nødvendigvis er ensbetydende med disharmoni mellem bedømmelsesgrundlaget og habilitetsafgørelsens konklusion.

Hvis ikke habilitetskravene skal indskrænkes til at være af et indhold, som i materiel henseende ikke rækker ud over henvisninger til den enhver tid eksisterende praksis, må de udpege visse faktiske forhold som inhabilitetsbegrundende. I det omfang de forhold, der bevirker inhabilitet, er angivet i bedømmelsesgrundlaget som retsfaktum, kan bedømmelsesgrundlaget siges at være *formaliseret*. Habilitetsafgørelsen træffes ved at subsummere faktum i sagen under det formaliserede bedømmelsesgrundlag. Formaliseringen er således udtryk for en grad af regeldannelse. I jo højere grad bedømmelsesgrundlaget er formaliseret, i jo højere grad lader habilitetsafgørelsens resultat sig forudsige. (*Eckhoff*: Forvaltningsrett s. 87ff. Samme forfatter: *Justice and the Rule of Law* 1966 s. 384f).

I det omfang bedømmelsesgrundlaget ikke således er formaliseret, må habilitetsafgørelsen bygge på en *konkret interessevurdering* i den forstand, at spørgsmålet om det foreliggende forholds inhabilitetsbegrundende karakter er overladt til den retsanvendende myndigheds skøn på grundlag af den foreliggende interesses art og omfang. At interessevurderingen er konkret vil således sige, at interessens betydning ifølge bedømmelsesgrundlaget afhænger af en vurdering i forhold til de hensyn, der ligger til grund for det pågældende habilitetskrav uafhængigt af interessens fremtrædelsesform, hvor det formaliserede bedømmelsesgrundlag netop er karakteriseret ved i større eller mindre grad at være bundet af de omfattede interessers kendetænkere.

Forskellen mellem disse to former for bedømmelsesgrundlag beror ikke på, *hvilke* elementer der indgår i bedømmelsen. Samtlige de forhold, der kan blive afgørende for udfaldet af en konkret interessevurdering, kan

således tænkes at indgå som bestanddele i et formaliseret bedømmelsesgrundlag. Forskellen beror på, *hvordan* disse elementer indgår. Det karakteristiske for formaliseringen er, at det enkelte element i bedømmelsesgrundlaget tillægges en bestemt værdi eller på anden måde er angivet.

Formaliseringen kan opstå på to måder. Enten ved autoritativt fastsatte normer, som med større eller mindre præcision udpeger visse forhold som inhabilitetsbegrundende. Eller ved udfyldning af uskrevne grundsætninger på grundlag af konkrete afgørelser.

Afgørende for graden af formalisering er, hvordan retsgrundlaget lader det pågældende faktiske forhold indvirke på habilitetsafgørelsens resultat. Den højeste grad af formalisering foreligger således, når forekomsten af visse fakta entydigt bestemmer afgørelsen. I så fald kan formaliseringen siges at konstituere en *regel*. Reglen determinerer habilitetsafgørelsen. *)

En mindre grad af formalisering foreligger, hvor de i sagen relevante fakta ikke på denne måde determinerer forvaltningsafgørelsen men blot fungerer som et element af relevans herfor. Sådanne bedømmelselementer og den til disse knyttede grad af formalisering kan benævnes *retningslinjer*. **)

Hvilken grad af formalisering disse retningslinjer repræsenterer vil som anført afhænge af deres større eller mindre bestemmende indflydelse på afgørelsen eller rettere den afvejning, som den ikke determinerede afgørelse må bygge på. Det vil ofte være vanskeligt at sige noget entydigt herom, fordi de enkelte elementer i det sammensatte bedømmelsesgrundlag indgår i et samspil. Det kan således være vanskeligt entydigt at drage en grænse mellem afgørelser, der bygger på en formaliseret bedømmelse, og afgørelser der bygger på en konkret interessevurdering.

Medens det kan være muligt at påvise de enkelte elementers principielle betydning som en del af bedømmelsesgrundlaget i den enkelte sag, er det

*) *Eckhoff og Sundby*: Om retssystemer s. 129. *Bent Christensen* om kriteriers vægt i afvejning: Hjemmelsspørgsmål 1980 kap. VII.

**) *Eckhoff og Sundby*: Retssystemer s. 130. *Sundby*: Om normer s. 197. *Eckhoff*: Guiding Standards in Legal Reasoning in Current Legal Problems, vol. 29, s. 205ff 1976. Se også *Preben Stuer Lauridsen*: Om jus og normer, TfR 1978 s. 103f og hertil *Sundby* smst. s. 137f. *Bent Christensen*: Hjemmelsspørgsmål op.cit. *Rønsholdt*: Juristen 1980 s. 397f.

Anden del. Indledning

ofte vanskeligt at afgrænse, med hvilken vægt elementerne er indgået, endside hvordan de i almindelighed vægtes i forhold til hinanden. Dette beror til dels på at formaliseringen netop består i og fremtræder som den blotte henvisning til tilstedeværelsen af de elementer afgørelsen bygger på. Men det hænger også sammen med, at man ved analyse af praksis må være opmærksom på, at det ofte er nødvendigt at skelne mellem bedømmelsesgrundlagets karakter, som det *fremtræder*, og som det faktisk *anvendes*. Således kan et retsgrundlag, som i sin udformning synes at forudsætte den højeste grad af formalisering i retsanvendelsen, i praksis vise sig at blive anvendt med vidtgående muligheder for konkrete interessevurderinger. Og omvendt kan den eksplicit udtalte understregning af bedømmelsesgrundlagets karakter af konkret interessevurdering - og i tilknytning hertil afstandtagen fra at lade habilitetsafgørelsen binde af et formaliseret bedømmelsesgrundlag - ikke sjældent dække over en uoverensstemmelse mellem den anvendte sprogbrug og bedømmelsesgrundlagets faktiske karakter, idet habilitetsafgørelsen ved nærmere eftersyn viser sig at bygge på en høj grad af formalisering. Det er således ofte nødvendigt at skelne mellem et bedømmelsesgrundlags faktiske anvendelse og den trufne afgørelses *begrundelseslegitimering*.

Sammenfattende kan det siges, at formaliseringen er udfyldningens form. Habilitetsgrundsætninger udfyldes med det indhold, der svarer til formaliseringens angivelse af retsfaktum og retsfølge.

Forskellige niveauer og udviklingstrin i denne udfyldningsproces kan skematisk skitseres som følger:

A. *Formaliseringens form.*

- A.1. Formalisering på skrevent grundlag.
- A.2. Formalisering på uskrevent grundlag.

B. *Formaliseringens grader.*

- B.1. Formaliseringen har karakter af en regel.
- B.2. Formaliseringen har karakter af en retningslinje.

C. *Blandet bedømmelsesgrundlag.*

I den enkelte sag kan den konkrete interessevurdering spille en rolle for resultatet, som i øvrigt er styret af et formaliseret bedømmelsesgrundlag. Habilitetsafgørelsen vil således bygge på et bedømmelsesgrundlag, der er sammensat med hensyn til de enkelte bedømmelseselementers formaliserede/konkrete karakter.

D. Konkret interessevurdering.

Udover at de i disse punkter angivne formaliseringsformer og -grader hver for sig repræsenterer eksisterende typer af bedømmelsesgrundlag, repræsenterer de også samlet en udviklingsmodel for et typisk forløb i retsudviklingen fra den rent konkrete interessevurdering over diverse sammensatte tilfælde mod stadigt renere former for og grader af formalisering.

Kapitel VI

Specielle habilitetskrav vedrørende interesser af privat karakter

At en interesse er af privat karakter betyder - som begrebet her afgrænses - at interessen, som er habilitetsspørgsmålets genstand, ikke har sit grundlag i kommunal ansættelse eller tilknytning til offentlige myndigheder i øvrigt. Sondringen er - foruden det rent fremstillingstekniske - begrundet i, at tilknytning ved kommunal ansættelse som habilitetsspørgsmålets årsag betinger nogle træk i habilitetsreguleringens grundlag og formål, som er særegne i forhold til habilitetskravene i øvrigt.

Men de enkelte kategorier af habilitetskrav er naturligvis også tæt indbyrdes forbundne, hvilket bl.a. kommer til udtryk som en slags »arbejdsdeling« kapitlerne imellem. Således vil fremstillingen i nærværende kapitel præsentere og behandle en række emner og begreber, som er almene og derfor fælles for samtlige habilitetskrav. I forhold hertil vil fremstillingen af habilitetskravene vedrørende kommunale ansættelsesforhold repræsentere den mere specielle del af den samlede habilitetsregulering. Dette får til følge, at det i indledningen anførte om, at afhandlingens sigte ikke primært er en udtømmende retsdogmatisk fremstilling, i særlig grad slår igennem i forhold til den i nærværende afsnit mest omfattende/ alment gældende del af habilitetsreguleringen. Som anført er afhandlingens formål nok så meget retsudviklingens form og retning som denne lader sig bestemme på grundlag af en analyse af habilitetsbegrebets mange facetter i sammenhæng med de retsanvendende myndigheders bedømmelsesgrundlag.

1. Interessebegrebet

Uafhængighed og upartiskhed er habilitetskravenes mål. Habilitetskravenes hovedsigte bliver således at afskære uvedkommende interesser fra indflydelse på den offentlige kompetences udøvelse. I overensstemmelse

hermed er habilitetsvurderingens genstand, om indehaveren af den offentligretlige kompetence har en *interesse*, der er egnet til at øve usaglig indflydelse på kompetencens udøvelse.

Af retstekniske grunde må besvarelsen af spørgsmålet om tilstedeværelsen af en inhabilitetsbegrundende interesse begrænses til at bygge på objektivt konstaterbare forhold (jfr. nedenfor afsnit 6.2.). Vigtigst i denne henseende er konstateringen af en forbindelse eller et tilknytningsforhold, som på grundlag af socialpsykologiske gennemsnitserfaringer, kan antages at korrespondere med eksistensen af en motiverende interesse.

Forholdet mellem tilknytningsforholdet og den motiverende interesse som inhabilitetens årsag kommer klart til udtryk i den af engelsk ret benyttede habilitetsterminologi. Med forbehold af den usikkerhed, der er resultat af en ofte inkonsekvent sprogbrug, sigter begrebet *interest* mod tilknytningsforholdet, medens *bias* betegner den motiverende interesse. Habilitetsvurderingens mål er principielt at eftervise eksistensen af bias.*)

- *) Der tales således om freedom from interest *or* bias. Not only is a person affected by an administrative decision entitled to have his case heard by the agency seised with its determination, but he may also insist on his case being heard by a fair judge, one free from any interest or »bias«. (*J.F. Garner: Administrative law*, fifth edition 1979 s. 133).

I forhold til interest kan bias betragtes som et overbegreb eller som habilitetskravenes egentlige genstand og mål. Begrebet interest anvendes synonymt med tilknytningsforhold. En sådan forbindelse (interest) begrunder disqualification i det omfang, forbindelsen er egnet til at påvirke den person, hvis habilitet er habilitetsvurderingens genstand. Grundlaget for habilitetsbedømmelsen er således, om et foreliggende tilknytningsforhold korresponderer med eksistensen af en motiverende interesse (bias) hos den person, der er habilitetsvurderingens genstand.

Sondringen mellem det inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold og den motiverende interesse (bias) kommer også klart til udtryk, når det om ugyldighedsspørgsmålet hedder:

»They will uphold the order if it is shown merely that one or more of the justices fell within the disqualifying provisions; but they will quash it if, in addition, it is shown that there was a real likelihood of bias in the particular case« (*Wade: Administrative law*, 1977, s. 408-10)

Sandsynlighedsvurderingens genstand er således forbindelsen mellem tilknytningsforholdet og eksistensen af en motiverende interesse (bias).

Anden del. Kap.VI.1.

Udover at habilitetsspørgsmålets årsag normalt skal søges i eksistensen af et egentligt tilknytningsforhold mellem den person, der er habilitetsbedømmelsens genstand og den primære sag, kan årsagen også være vedkommende kompetenceindehavers udtalelser, handlinger, holdninger etc. Den motiverende interesse (bias) træder således frem, uden at der som grundlag herfor kan påvises et tilknytningsforhold.*)

Uanset karakteren af habilitetsspørgsmålets årsag er denne genstand for bedømmelsen af *første kausalforbindelse*, d.v.s. om det af årsagsforholdet

For så vidt særlig angår de kommunale habilitetskrav anføres:

»Nevertheless, in the area of local government in particular a distinction has to be drawn between 'bias' and interest' as a vitiating element« (*Sebag Shaw & Dennis Smith: The Law of Meetings, fifth edition, s. 114*)

Når sondringen mellem interest og bias tillægges en særlig betydning i forhold til kommunale afgørelser, beror det på, at LGA af 1972 udelukkende opererer med inhabilitet på grundlag af økonomiske tilknytningsforhold (interest). Disse tilknytningsforhold begrundes som sådanne - d.v.s. på formaliseret grundlag - inhabilitet. For så vidt angår disse ved lov fastsatte habilitetskrav, er der således ikke - med forbehold af de ved loven fastsatte minimumsgrænser - anledning til at gøre sig overvejelser over graden af sandsynlighed for forekomsten af bias. Eller sagt på en anden måde: Sådanne tilknytningsforhold antages uden videre at korrespondere med eksistensen af bias.

Derimod er sondringen af betydning for så vidt angår den del af de kommunale habilitetskrav, der på uskrevent grundlag, d.v.s. natural justice og grundsætningerne om fairness supplerer 1972-lovens habilitetsforskrifter, jfr. herom kap. IV.

*) If, however, it is alleged that the adjudicator has made himself a partisan, or is to be suspected of partisanship, by reason of his words or deeds or his association with a party who is instituting or defending the proceedings before him, the courts will not hold him to be disqualified unless the circumstances point to a real likelihood or reasonable suspicion of bias. They have generally (but not invariably) disclaimed power to inquire whether bias has in fact been shown by a judge or magistrate (*S.A. Smith: Judicial Review of Administrative Action s. 251*).

Jfr. også amerikansk ret: »limited Purpose of Section 455. The objective of § 455 was to deal with the reality of af positive disqualification by reason of an interest or the appearance of possible bias«. (*United States Law Week Supreme Court Opinions 12-16-80/49 LW 4046ff s. 4050*).

omfattede faktum korresponderer med eksistensen af en motiverende interesse, og om denne interesse er inhabilitetsbegrundende. Spørgsmålet herom må ikke forveksles men skal ses i snæver sammenhæng med *anden kausalforbindelse*, d. v. s. den inhabilitetsbegrundende interesses relevans for den primære afgørelse. Forholdet mellem disse to kausalsammenhænge kompliceres af, at afgørelsen af habilitetsspørgsmålet teoretisk - via væsentlighedsbegrebet - holdes adskilt fra spørgsmålet om inhabilitetens betydning for den primære afgørelses gyldighed, samtidig med at der eksisterer en tæt indre sammenhæng mellem grundlaget for disse to afgørelser. Denne sammenhæng kommer klart til udtryk, når det i dansk forvaltningslov § 3, stk. 2 hedder, at »inhabilitet foreligger dog ikke, hvis der som følge af interessens karakter eller styrke, sagens karakter eller den pågældendes funktioner i forbindelse med sagsbehandlingen *ikke kan antages at være fare for, at afgørelsen i sagen ville kunne blive påvirket af uvedkommende hensyn*«.

Spørgsmålet om tilstedeværelsen af disse kausalsammenhænge kan for begges vedkommende stilles såvel generelt som konkret. I den generelle variant af første kausalsammenhæng bliver spørgsmålet således, om den pågældende tilknytning i almindelighed korresponderer med en motiverende interesse, medens spørgsmålet i sin konkrete variant bliver, om vedkommende faktisk *er* motiveret af denne interesse. Tilsvarende bliver spørgsmålet for så vidt angår anden kausalforbindelse, om inhabiliteten *i almindelighed er egnet* til, og om inhabiliteten herudover i det konkrete tilfælde *har* indvirket på den primære afgørelse.

Det forhold, at der - på trods af den anførte indre sammenhæng - er tale om to forskellige afgørelser giver grundlag for et nuanceret samspil mellem den dobbelte kausalsammenhængs to bestanddele. Man kan således forestille sig, at en intensiv regulering af habilitetsspørgsmålet forstærkes af ugyldighedsvirkning på grundlag af generelle væsentlighedsvurderinger, eller omvendt at intensiv afgrænsning afsvækkes af krav om konkret væsentlighed. Ligeledes kan ringe intensitet i habilitetsreguleringen såvel kompenseres som understreges af henholdsvis generelle og konkrete væsentlighedsvurderinger som grundlag for afgørelsen af spørgsmålet om den primære afgørelses gyldighed.

I det følgende vil alene spørgsmålet om grundlaget for antagelsen af første kausalsammenhæng blive behandlet, medens spørgsmålet om grundlaget for antagelsen af anden kausalsammenhæng behandles i kap. XI. Når

Anden del. Kap.VI.2.

begrebet interesse som anført hovedsagelig blot er et retsteknisk udtryk for, at der skal foreligge en *forbindelse* mellem kompetencens indehaver og den primære sag, vil ethvert kommunalbestyrelsesmedlem, som borger i kommunen have forbindelse til og dermed interesse i enhver sag, uden at dette naturligvis i sig selv kan begrunde inhabilitet. Forbindelsen må derfor i forskellige henseender kvalificeres, for at den af forbindelsen udspringende interesse kan være inhabilitetsbegrundende. Som elementer af grundlæggende betydning for afgrænsningen af den inhabilitetsbegrundende interesse kan anføres:

1. Interessens materielle karakter.
2. Graden af tilknytning.
3. Interessens omfang.

Når det er blevet fastslået, at en interesse som følge af sin materielle karakter principielt kan begrunde inhabilitet, vil spørgsmålet om inhabilitet faktisk skal statueres bl.a. afhænge af de under 2 og 3 anførte forhold.

Fremstillingen vil i det følgende blive systematiseret i overensstemmelse hermed, idet der dog af fremstillingstekniske grunde vil blive indledt med afsnittet om graden af tilknytning. Udover disse tre emner vil afsnittet også omfatte spørgsmålet om betydningen af den primære afgørelses karakter (5), habilitetskravenes objektive/subjektive karakter (6.2.) og endelig spørgsmålene om initiativ, afgørelses- og oplysningspligt (7).

2. Graden af tilknytning

Efter indholdet af klassiske habilitetsregler som *nemo iudex in re sua* og Danske Lovs 1-5-6, hvorefter ingen dommer må dømme i de sager, »*som hannem selv gielde paa*«, har habilitetskravenes hovedsondringsgrundlag ikke traditionelt været interessens materielle karakter men derimod forskellige udtryk for graden af *forbindelse* mellem kompetencens indehaver og den primære sag. I overensstemmelse hermed fordrer samtlige de i forvaltningslovens § 3 nr. 1-3 anførte bestemmelser, at interessen for at begrunde inhabilitet kan bestemmes som »*særlig*«. Om dette begrebs nærmere indhold udtaler bestemmelsen som anført ovenfor intet. Men af

sammenhængen fremgår, at interessen som den udspringer af de anførte tilknytningsforhold - herudover - må kunne kvalificeres som særlig for at begrunde inhabilitet. Et krav om at interessen skal være af *særlig* i modsætning til *almen* karakter må - bortset fra tilfælde, hvor det er muligt på rent materielt grundlag at karakterisere interessen som almen - bero på forbindelsen mellem interessebæreren og det forhold, der konstituerer dennes interesse. Begreberne almen/særlig bliver således på én gang udtryk for såvel interessens materielle karakter som graden af tilknytning. Som afgørende kriterium og målestok kan der for den enkelte interessetype og det enkelte tilknytningsforhold opstilles graduerede skalaer af forskellige grader af direkte/indirekte tilknytning mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den primære sag, se som eksempel herpå kap. VII.

Jo længere ud man bevæger sig af en sådan skala, og jo mere fjern og indirekte forbindelsen bliver, des mere usikkert er det, om der foreligger en inhabilitetsbegrundende interesse. På et vist ydre punkt af skalaen skifter forbindelsen karakter, idet den af forbindelsen udspringende interesse ikke længere kan betegnes som *særlig* i forhold til det kommunalbestyrelsesmedlem, som er habilitetssagens genstand. Den i forbindelsen funderede interesse må nu karakteriseres som værende af *almen* karakter. Jo mere indirekte forbindelsen således er, des mere almen bliver den af forbindelsen udspringende interesse. Og i jo større omfang der statueres inhabilitet på grundlag heraf, jo mere intens er habilitetsreguleringen i forhold til den omhandlede interessetype.

Udover de nuanceringsmuligheder, der ligger i en forøgelse og raffinering af de relevante tilknytningsgrader, kan skalaen også gøres mere finmasket på *årsagssiden*.

Har habilitetsspørgsmålet sin *årsag* i den private interessesfære, kan spørgsmålet være, om vedkommende er: Ejer af erhvervsvirksomhed, direktør eller indehaver af anden overordnet stilling, medlem af bestyrelse eller repræsentantskab, indehaver af passiv økonomisk interesse (aktie- eller andelsinteresse), underordnet ansat.

Ligeledes må spørgsmålet om vedkommendes placering i det kommunale hierarki kunne være af relevans som grundlag for den nærmere bestemmelse af tilknytningsgraden. For en umiddelbar betragtning er det ganske vist vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems tilknytning til privatsfæren eller den kommunale forvaltning, som er af betydning for

Anden del. Kap.VI.2.

klassificeringen af interessens art og omfang og altså habilitetsspørgsmålet *årsag*, medens karakteren af vedkommendes tilknytning til kommunalbestyrelsen /dennes udvalg er genstanden for habilitetsafgørelsens *virkning*. En sådan synsmåde er også korrekt med den modifikation, at der eksisterer en indre forbindelse mellem de to sider af habilitetsafgørelsen. Således er også virkningssiden af betydning for interessevurderingen. Spørgsmålet er herefter om og i bekræftende fald hvilken betydning vedkommendes placering i kommunalbestyrelsens eller udvalgets hierarki har for, om der foreligger en inhabilitetsbegrundende interesse. Som element af betydning for denne årsags/virkningsforbindelse kan anføres, om habilitetsspørgsmålet har *virkning for vedkommendes placering i den kommunale myndighedsstruktur som: borgmester/vice-borgmester/udvalgsformand/menigt udvalgsmedlem/menigt kommunalbestyrelsesmedlem*. På grundlag af det anførte om de til grund for habilitetskravene liggende hensyn må det med det enkelte kommunale erhverv forbundne ansvar og indflydelsesmuligheder også indgå i grundlaget for afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader.

I øvrigt er tilknytningens fremtrædelsesformer utallige og snævert forbundet med den interessetype, som er habilitetsvurderingens genstand. Det gør således i denne henseende en forskel, om forbindelsen udspringer af et kommunalt ansættelsesforhold eller privatsfæren, om forbindelsen er funderet i familie, slægtskab eller et af de øvrige forhold som eksempelvis er omfattet af habilitetsbestemmelserne i dansk forvaltningslov.

Den højeste grad af tilknytning foreligger, hvor vedkommende selv er *part* i sagen. I så fald er retsstillingen klar, vedkommende er ubetinget inhabil. Men medens betydningen af partsbegrebet inden for civil- og straffeprocessen er éntydigt i henseende til de med partsstatus forbundne retsfølger må partsbegrebets betydning i den her omhandlede sammenhæng afgrænses under hensyntagen til at begrebet indgår på en skala som et blandt flere inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader. Udover at grundsætningen *nemo iudex in re sua* således repræsenterer et givent udgangspunkt for fastlæggelsen af inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader, er den præcise afgrænsning af partsbegrebet mindre vigtig, når også fjernere grader er og typisk vil være inhabilitetsbegrundende. Som følge heraf er en afgrænsning, hvorefter part i relation til habilitetsspørgsmål er den, som afgørelsen er eller kan blive rettet mod, eller som den pågældende sag i øvrigt direkte gælder, ligeså oplagt som uinteressant.

Det er i overensstemmelse hermed, når § 3, nr. 1 i forvaltningsloven ikke anvender og heller ikke giver noget egentligt bidrag til afgrænsningen af partsbegrebet, til trods for at bestemmelsen i forslaget bemærkninger angives at vedrøre »*partshabilitet*«. (s. 29) Bestemmelsen angiver blot, at »vedkommende selv« skal have en »særlig personlig eller økonomisk interesse« eller være repræsentant for nogen, »der har en sådan interesse« i sagens udfald. Partsbegrebets manglende selvstændige betydning, kommer også til udtryk, når det i forarbejderne hedder, at »det er en selvfølge, at den, der er part i en sag, eller *som i øvrigt* har en *særlig* personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald, må anses for inhabil ...« (op cit.). Afgørende bliver således en nærmere bestemmelse af grundlaget for interessens kvalificering som *særlig*.

Det almindelige svar på det stillede spørgsmål må begrænses til, at part i relation til habilitetsspørgsmålet er den som afgørelsen er eller kan blive rettet mod, eller den som den pågældende sag i øvrigt direkte gælder. Herudover må den nærmere afgrænsning bero på en konkret vurdering af vedkommendes reelle relation til den af sagen omfattede interesse. Spørgsmålets besvarelse vil således, bortset fra de tilfælde, hvor afgrænsningen foretages på klart formaliseret grundlag, falde sammen med afgørelsen af interessens inhabilitetsbegrundende karakter iøvrigt.

Det synes på baggrund heraf mere relevant at operere med sondringen, om interessen er *formidlet* eller *uformidlet*. At en interesse er uformidlet vil sige, at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem direkte er interesse-subjekt. At interessen er formidlet vil i forhold hertil sige, at der mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og interessen i en eller anden form er indskudt et interessesubjekt, i forhold til hvilket kommunalbestyrelsesmedlemmet fungerer som repræsentant. Hvor vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem ikke, udover sin stilling som interesserepræsentant, har tilknytning til den primære sag, er forholdet klart omfattet af begrebet formidlet interesse. I jo højere grad vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem udover repræsentationsforholdet har tilknytning til den primære sag, må tilfældet kategoriseres som en interesse af uformidlet karakter, eller som et forhold af blandet formidlet/uformidlet karakter.

I overensstemmelse hermed omfatter dansk forvaltningslov § 3, stk. 1, nr. 1 partsinhabilitet af uformidlet karakter, medens partsinhabilitet i formidlet form også er omfattet, når bestemmelsen fastslår inhabilitet for den, der »er eller tidligere i samme sag har været repræsentant for nogen,

Anden del. Kap.VI.2.

der har en sådan interesse«. Nr. 2 regulerer inhabilitet som følge af interesser formidlet ved ægteskab, slægtskab etc. Nr. 3 regulerer interesser formidlet ved tilknytning til juridiske personer, medens endelig nr. 4 regulerer habilitet som følge af interesser formidlet ved tilknytning til offentlig myndighed i sager vedrørende udøvelse af kontrol- eller tilsynsvirksomhed.

Uanset om der er tale om en interesse af formidlet eller uformidlet karakter, er det af relevans at operere med forskellige grader af tilknytning. Og i forhold til begge kategorier vil den højeste grad af interessetilknytning foreligge, når vedkommende selv er part i forhold til den primære sag.*)

Bortset fra den positive opregning af materielt bestemte tilknytningsforhold i § 3, stk. 1, nr. 2-4 angiver forvaltningsloven ikke andre kriterier for den inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning, end at de heraf udspringende interesser skal være af *særlig* karakter samt nr. 1, som herudover angiver, at vedkommende »selv« skal have en sådan særlig interesse for at der kan statueres partsinhabilitet. På baggrund heraf vil i det følgende blive behandlet forskellige elementer af praktisk betydning for afgrænsningen af inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader: Graden af sandsynlighed for eksistensen af en inhabilitetsbegrundende interesse (2.1.). Interessens placering i tid (2.2.). Sagsbehandlingens stadier (2.3.). Den primære afgørelses form (2.4.). Dobbeltroller og maskeskit (2.5.). Forholdet mellem formidlede og uformidlede interesser (2.6.).

*) En forvaltningsmyndigheds eller en privats initiativ i et offentligretligt sagsforhold indebærer ikke nødvendigvis partsstatus. Og selv når dette faktisk er tilfældet, vil partsbegrebets indhold veksle under hensyntagen til, om dets genstand er vedkommendes materielle eller processuelle stilling. *Eilschou-Holm*: Kommenteret offentlighedslov 1971 s. 126ff. Det kontradiktoriske princip i forvaltningsprocessen s. 416 f. Samt bemærkningerne til forvaltningslovforslagets § 9 stk. 1 og 19 stk. 1. Og selv i forhold til spørgsmål af processuelt indhold er kriterierne ikke de samme. Eksempelvis drages grænserne forskelligt i henseende til spørgsmålet om klageret og offentlighed. (*Eilschou-Holm*: op.cit. s. 127ff. *Nørgaard v/Jens Garde*: Sagsbehandling, 2. udg. s. 147).

2.1. Graden af sandsynlighed for eksistensen af en inhabilitetsbegrundende interesse

Sandsynlighedsvurderinger er både af betydning for besvarelsen af spørgsmålet, om der foreligger en inhabilitetsbegrundende interesse, og om denne har haft betydning for den primære afgørelse. Af disse to spørgsmål, som tilsammen benævnes den dobbelte kausalsammenhæng, vil alene det første blive behandlet i nærværende afsnit, medens det andet behandles i kap. XI.

For så vidt angår speciel habilitet er sandsynlighedsvurderingens genstand, om tilknytningen til en aktuelt foreliggende sag konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse i forhold til denne sag.

For så vidt angår generel habilitet er sandsynlighedsvurderingens genstand, om det foreliggende tilknytningsforhold aktuelt og i forhold til fremtidige sager begrunder en generelt inhabilitetsbegrundende interesse.

Som påpeget ovenfor eksisterer der en snæver sammenhæng mellem indholdet af de til grund for habilitetskravene liggende hensyn og afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende grader af sandsynlighed som grundlag for habilitetsvurderingen. Da spørgsmålet herom ikke er behandlet i dansk ret, vil der i det følgende blive søgt givet en fremstilling af den i engelsk ret mere udbyggede begrebs og teoridannelse.

De i engelsk ret anvendte sandsynlighedsgrader kan systematiseres på en skala begyndende med de højeste og afsluttende med de laveste grader af sandsynlighed for eksistensen af en motiverende interesse (bias): Actual (manifested) bias. Real likelihood of bias. Reasonable suspicion of bias. Suspicion (evt. unreasonable) of bias).

Om de enkelte af skalaen omfattede sandsynlighedsgrader kan følgende anføres.

Actual bias. Den højeste grad af sandsynlighed/sikkerhed for bias foreligger, når vedkommende kompetenceindehaver »*was in fact biased*« (S.A. de Smith: Judicial review of administrative action 1980 s. 261)

Det antages i almindelighed som hovedreglen, at domstolene vil være tilbageholdende med at gå ind i dette spørgsmål. Denne antagelse må imidlertid sigte til actual bias i betydningen *conscious bias*.

»A good illustration of what is involved is conveyed by the case *Dimes v. Grand Junction Canal Co.* (1852). In that case an order by the Lord Chancellor was quashed when it later came to light that at the time when he gave judgment he held a number of shares in the company concerned.

Anden del. Kap.VI.2.1.

There was no suggestion of conscious bias on the part of the Lord Chancellor, but it was felt that the order should be quashed because justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done'« (*Keith J. Eddy: An outline of local government law 1969 s. 204*).

Medens det, i de andre sammenhænge hvor denne dom bliver behandlet, er understreget, at der ikke forelå »an actual bias«, anvendes her termen »conscious bias«. Som anført er det vanskeligt at vurdere, om og i bekræftende fald hvilken forskel denne terminologi kan dække over. Til tider ses også termen »manifested bias« at blive anvendt. Vurderet alene på grundlag af den anvendte sprogbrug synes conscious at sigte til vedkommendes bevidsthedsmæssige forhold til tilknytningen/interessen, medens actual or manifested i højere grad synes at sigte til spørgsmålet om objektivisering af den eventuelt foreliggende bias. Lægges denne forståelsesmåde til grund, kan man operere med forekomsten af actual bias, som samtidig er unconscious.

At domstolene udviser tilbageholdenhed i henseende til spørgsmålet om tilstedeværelsen af actual i betydningen conscious bias, lader sig begrunde i den rent procestekniske vanskelighed, der er forbundet med at skulle undersøge, hvad der foregår i en persons sind/tanker. Selv i tilfælde, hvor beviser stærkt har peget i retning af, at en dommer in fact was biased, har domstolene begrænset sig til at træffe en afgørelse om, hvorvidt likelihood of bias has been established (*S.A. de Smith: Judicial review of administrative action 1980 s. 261*). Og dette spørgsmål er blevet besvaret på grundlag af slutninger, der alene drages af foreliggende objektive omstændigheder.

Den anførte tilbageholdenhed er ikke udtryk for, at gældende ret absolut afskærer domstolene fra at statuere actual bias. Om vedkommende kompetenceindehaver in fact was biased kan jo efter omstændighederne afgøres på objektivt grundlag. Jfr. det ovenfor i afsnit 1 anførte, hvorefter grundlaget for at statuere bias - udover forbindelse eller interest i snæver forstand - også kan være vedkommende kompetenceindehavers hele adfærd, tilkendegivelser etc. Også forekomst af sagsbehandlingsfejl kan principielt danne grundlag for, at der statueres actual bias.*)

*) In administrative law it is open to a party aggrieved to show that a tribunal disposed of his case under dictation by another authority, or by reference to a predetermined rule of policy without giving any consideration to the merits of his contentions. In such cases the point at issue is usually said to be not whether there was a biased hearing but whether there was any hearing at all, yet the cases could equally well be regarded as exemplifying the materiality of actual bias in administrative law (op.cit. s. 262, jfr. s. 555f samt *Yardley: Principles of Administrative Law 1981 s. 101*).

Real likelihood. Traditionelt har real likelihood of bias været den afgørende målestok for inhabilitet (*S.A. de Smith: Judicial Review of Administrative Action* 1980 s. 262).

Medens real likelihood of bias som anført repræsenterer det nødvendige minimum af inhabilitetsbegrundende sandsynlighed for bias, har nyere udvikling, i forbindelse med understregningen af hensynet til, at justice should not only be done, men herudover også should be seen to be done, indtaget det standpunkt, at også forhold, der danner grundlag for »suspicion« for bias vil bevirke inhabilitet (*A.G. Griffith: Principles of Administrative Law* 4. udg. s. 156).

Reasonable suspicion. Fælles for begreberne real likelihood og reasonable suspicion er, at grundlaget for afgrænsningen i begge tilfælde bygger på en bonus pater målestok (*David Faulkes: Administrative Law*, 6th edition 1982 s. 247). En forskel kommer imidlertid til syne, når det om grundlaget for afgrænsningen af real likelihood hedder:

»Whether a real likelihood of bias existed was to be 'determined on the probabilities to be inferred from the circumstances, not upon the basis of the impressions that might reasonably be left on the minds of the party aggrieved or the public as large'« (*S.A. de Smith: Judicial Review of Administrative Action* 1980 s. 263, jfr. det i kap. V anførte).

At grundlaget for reasonable suspicion således i højere grad skulle være bonus pater bedømmelsen som sådan, d.v.s. uafhængigt af rettens vurdering, harmonerer med beskrivelsen af den nærmere karakter af denne bonus pater målestok, jfr.:

»In *Hannem v Bradford City Council* Cross LJ dealt with the point that a person with inside knowledge might say that there was no real likelihood of bias, thus: 'That would be beside the point, because the question is not whether the tribunal will in fact be biased, but whether a reasonable man with no inside knowledge might well think that it might be biased'« (*David Faulkes: Administrative Law* 6th edition 1982 s. 248)

Udover at der skal være tale om a reasonable man, er denne person uden inside viden som grundlag for sin vurdering. Når en sådan person - uden inside informations - kan få det indtryk, at forekomsten af bias er en mulighed, bliver dette afgørende for habilitetsbedømmelsen, selv om den i habilitetssagen kompetente myndighedsperson - med »inside knowledge« - når til det resultat, at der ikke foreligger real likelihood of bias ..., jfr. i det hele ovenfor kapitel V.

Spørgsmålet om forholdet mellem real likelihood og reasonable suspicion kan i praksis formuleres som spørgsmålet om, hvorvidt bedømmelsen foretages på grundlag af rettens egen vurdering, eller om den anvendte målestok omvendt

Anden del. Kap.VI.2.1.

tilføres retten »*udefra*«. I sidstnævnte tilfælde bygger bedømmelsesgrundlaget ikke på den retsanvendende myndigheds (dommerens) egen opfattelse, men derimod myndighedens (objektive) registrering af, hvorvidt det forhold, der er genstand for habilitetsbedømmelsen - i forhold til omverdenen - er egnet til at fremkalde inhabilitetsbegrundende grader af sandsynlighed for bias. Man kan i denne forbindelse stille det spørgsmål, om kriteriet real likelihood of bias i højere grad refererer til den retsanvendende myndigheds (dommerens) egen målestok end kriteriet reasonable suspicion.

Som anført kan der søges støtte for, at »reasonable suspicion-test look mainly to outward appearances«, medens »real likelihood-testes focus on the court's own evaluation of the probabilities« (S.A. de Smith: Judicial Review of Administrative Action 1980 s. 264, jfr yderligere kap. V).

Tendensen antages imidlertid nu at gå i retning af, at også grundlaget for reasonable suspicion er rettens egen vurdering af, om de for retten foreliggende omstændigheder lader sig omfatte af den angivne bonus pater målestok, jfr. (S.A. de Smith: Judicial Review of Administrative Action 1980 s. 163-64).

Problemstillingens praktiske betydning sygner imidlertid hen i det omfang sondringen og valget mellem real likelihood og reasonable suspicion ikke antages at korrespondere med nogen nævneværdig forskel i retsstillingen. Til støtte for en sådan opfattelse kan henvises til:

»But in practice the tests have much in common with one another, and in the vast majority of cases they will lead to the same result. For the courts to retain both tests as alternative methods of approach is unlikely to cause serious uncertainty, and there may be advances in preserving a measure of flexibility. It would be surprising, surely, if a court were to refuse to set aside a decision on the ground that a reasonable observer could not have discovered facts that subsequently came to light and which indicated to the court that there was a real likelihood of bias in the adjudicator (op.cit. s. 264).

Resultatet kan således næppe formuleres som et enten/eller men nærmere som et både/og, hvortil kommer, at der i forhold til de praktiske konsekvenser ofte i højere grad vil være tale om et valg af etikette, som ikke korresponderer med nogen materiel realitet. Dette resultat støttes også af Wade, som anfører, at begge kriterier i det store flertal af sager typisk vil lede til det samme resultat. Sådan vil det være i alle tilfælde, hvor »likelihood« bliver tillagt betydningen »possibility« i stedet for »probability«. For hvis der ikke er virkelig possibility for bias, vil ingen »reasonable person suspect it«. Men i mange domme sættes likelihood lig med probability, og så melder forskellen sig. Således omtaler Wade (Administrative law s. 410) sagen om the Lord Chancellors aktiebeholdning i den indstævntes selskab. Dette forhold antoges ikke at afstedkomme »a real probability of bias, but it created a possibility which a reasonable man might have suspected« (op.cit. s. 410).

Hvordan det end forholder sig i denne henseende, kan det konstateres, at domstolene i flere tilfælde har behandlet de to kriterier som forskellige og har følt sig forpligtet til at vælge mellem dem. I en sag fra 1954 blev der således »decided firmly in favour of real likelihood«, medens retten i en sag fra 1968 ligeså bestemt besluttede sig til fordel for »reasonable suspicion« (Op.cit. s. 411). Og det kan yderligere konstateres, at udviklingen i begrebsanvendelsen på et overordnet plan korresponderer med en bevægelse i retning af en intensivering af habilitetsreguleringen. Denne intensivering er blevet introduceret og båret af en understregning/opprioritering af tillidshensynet i bedømmelsesgrundlaget. Den med henvisningerne til real likelihood knyttede opfattelse, hvorefter - i overensstemmelse med garantihensynet - en virkelig/egentlig sandsynlighed for bias er en nødvendig forudsætning for statuering af inhabilitet, er blevet fortrængt eller i hvert tilfælde modificeret af tillidshensynet, hvorefter justice must be seen to be done, og det hermed korresponderende kriterium reasonable suspicion. Intensiveringen er oven i købet tenderet i retning af en »rule for justices of all kinds that they must be free from even *unreasonable suspicion of bias*«. En afgrænsning af habilitetskravene i overensstemmelser hermed er imidlertid blevet betragtet som for vidtgående (op.cit. s. 410).

Udover at tillidshensynet - i samspil med garantihensynet - indgår i grundlaget for afgrænsningen af samtlige sandsynlighedsgrader stiger tillidshensynets betydning i takt med slækkelsen af kravene til den inhabilitetsbegrundende grad af sandsynlighed, således at dette hensyn udgør det afgørende og måske eksklusive grundlag for de to sidstnævnte grader af sandsynlighed.

Spørgsmålet om, hvorvidt de problemer, der er forbundet med fastlæggelsen af gældende sandsynlighedsgrader og i snæver sammenhæng hermed fastlæggelsen af den relevante målestok for disse, er umagen værd, er som anført forbundet med spørgsmålet om, hvorvidt de enkelte sandsynlighedsgrader repræsenterer distinkte forskelle i henseende til habilitetskravenes afgrænsning. Den anførte sammenhæng mellem tillidshensynet og meget ringe - om overhovedet noget - krav til sandsynligheden for eksistensen af bias kommer til udtryk i, at undergrænsen for rækkevidden af habilitetskrav som udtrykker den højeste grad af reguleringsintensitet, angives af ekstremt høje grader af sandsynlighed for tilknytningsforholdets manglende påvirkningsevne:

»Disqualification will not attach if the connection between the pecuniary interests of the adjudicators and the issue before them is very tenuous, or if their pecuniary interest will arise only upon the occurrence of an *improbable sequence of events*« (op.cit. s. 158).

Tilsvarende tilvejebringes slækkelse af reguleringsintensiteten via afgrænsningen af den inhabilitetsbegrundende grad af sandsynlighed. Som eksempel herpå kan anføres afgrænsningen af det tilladelige omfang af partiskhed, der -

Anden del. Kap.VI.2.1.

som strukturelt betinget - forudsættes at være forbundet med administrationen af interne disciplinærsager: Application of the rules against interest and bias must be tempered with realism for instance, it may be right to require evidence of actual bias rather more than likelihood of bias before a decision is set aside by a court« (*S.A. de Smith: Judicial Review of Administrative Action* 1980 s. 256)

Man må imidlertid være opmærksom på, at de anførte sandsynlighedsgrader og termer i sig selv kan være af variabelt indhold. Selvom der således i det enkelte tilfælde ikke ændres på kravene til den inhabilitetsbegrundende grad af sandsynlighed, kan der ændres på grundlaget for/indholdet af denne: »The test of likelihood of bias must be applied realistically. If of controversy has aroused strong local passions, one cannot reasonably demand that every member of a local bench of magistrates deciding the issue have maintained a total and lofty detachment from the time when it first arose. When a minister . . . is placed by a statute in a position where he must inevitably incline toward confirming his own decision notwithstanding the force of objection subsequently expressed, he cannot be subjected to the rigorous standards of impartiality rightly imposed on a superior judge and indeed on a member of an independent statutory tribunal«.

Selvom afgørelsen således træffes på grundlag af en given grad af sandsynlighed, eksempelvis likelihood of bias, er spørgsmålet om organets og afgørelsens karakter afgørende for, hvilken grad af intensitet i afgrænsningen denne sandsynlighedsgrad repræsenterer (*S.A. de Smith: Constitutional and Administrative Law*, second edition 1975 s. 576 og samme *Judicial Review of administrative Action* 1980 s. 269).

Uanset om retsgrundlaget er skrevent eller uskrevent bliver der - når retsgrundlaget ikke udtømmende angiver retsfaktum og/eller faktum er usikkert - også i nordisk ret opereret med sandsynlighedsvurderinger som grundlag for habilitetsafgørelsen.

Således hedder det i styrelseslovens § 14, »at et medlem skal underrette kommunalbestyrelsen, hvis der foreligger forhold, der kan give anledning til *tvivl* om hans habilitet«. (Om forholdet mellem habilitetskravene og oplysningspligt, se afsnit 7).

Og forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5 (opsamlingsbestemmelsen), statuerer inhabilitet, hvis der i øvrigt d.v.s. udover de positivt i bestemmelsen angivne inhabilitetsårsager foreligger »omstændigheder, som er egnet til at vække *tvivl* om vedkommendes upartiskhed«.

Og i § 3, stk. 2 om muligheden for at fravige habilitetskravene hedder det, at inhabilitet dog ikke foreligger, »hvis der som følge af interessens

karakter eller styrke, sagens karakter eller den pågældendes funktion i forbindelse med sagsbehandlingen *ikke kan antages at være fare for*, at afgørelsen i sagen vil blive påvirket af uvedkommende hensyn.*)

Tilsvarende statueres der i medfør af NFL § 6, 4. led ikke inhabilitet, selvom der foreligger et inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold som beskrevet i paragraffens forrige led, når det må være *åbenbart* at tilknytningen ikke bør påvirke vedkommendes standpunkt.**)

Selvom disse udtryk ikke giver nogen præcis vejledning om afgrænsningen af inhabilitetsbegrundende forhold, repræsenterer de dog retningslinjer med hensyn til reguleringens intensitet. Enhver usikkerhed med hensyn til et forholds inhabilitetsbegrundende karakter udløser således oplysningspligt og i hvert tilfælde mulighed for at statuere inhabilitet. Omvendt - og naturligvis i snæver sammenhæng hermed - fordrer det en til sikkerhed grænsende grad af sandsynlighed for forholdets betydningsløshed at se bort fra et i øvrigt inhabilitetsbegrundende forhold.

I overensstemmelse hermed betjener praksis sig - på uskrevent grundlag - af sandsynlighedsbegreber, som nok er upræcise men dog i grove træk kan angive retningslinjer for graden af intensitet i reguleringen. På spørgsmålet om det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af privatøkonomiske interesser hedder det f.eks., at det skal være »åbenbart«, at det fornødne interesseomfang vil være til stede i fremtiden (IM 1974/12012/1207-1, jfr. OMB 1975/1141/42 af 27. maj 1977). Og om afgrænsningen af speciel inhabilitet som grundlag for at statuere generel inhabilitet som følge af kommunal ansættelse hedder det eksempelvis, »at et kommunalbestyrel-

*) Harder udtaler om sanktionering af inhabilitet med den primære afgørelses ugyldighed, at der ikke »kan gøres noget, hvis det er *åbenbart* at deltagelsen ikke har haft nogen indflydelse på resultatet; men når dette ikke kan *udelukkes*, kan selve den trufne beslutning anfægtes«. (Offentlige hverv og private interesser, Sognerådstidende 1956 s. 45). Spørgsmålet om sandsynlighedsvurderinger som grundlag for bedømmelsen af den anden del af den dobbelte kausalsammenhæng vil blive behandlet i kap. X om væsentlighed.

**) (Eckhoff: Forvaltningsrett s. 434. Arvid Frihagen: Inhabilitet i forvaltningen 1970 s. 16. Og den svenske forvaltningslovs § 4 bestemmer, at der ikke statueres inhabilitet, når forholdet »uppenbarligen saknar betydelse«. Hellners: Förvaltningslagen s. 76-77.

Anden del. Kap. VI.2.1.

sesmedlems interesse i en sags udfald kan give borgerne anledning til *tvivl*, om hvorvidt vedkommende står *fuldstændig upartisk*«. Sandsynlighedskravene sættes i forhold hertil en tand lavere, når der eksempelvis blot kræves, at det pågældende tilknytningsforhold ud fra en generel vurdering skal være egnet til »at vække en vis *tvivl* om, at den pågældende vil behandle på upartisk måde« (TR Frederiksborg 089-233-99-5-1978 af 9. januar 1979, jfr. TR Viborg 089-99-7-75 af 15. juni 1979).*)

Sandsynlighedsbegrebet benyttes således også i dansk og nordisk ret i øvrigt som udtryk for forskellige grader af reguleringsintensitet. Som det imidlertid vil fremgå af analysen i de respektive afsnit, er den i praksis anvendte terminologi tilfældig og uensartet, ligesom de i regelform autoritativt anvendte termer ikke er udtryk for en velovervejet og nuanceret begrebsdannelse af egentlig operativ betydning for retsanvendelsen. Som følge heraf kan de anvendte sandsynlighedstermer ikke - som i engelsk ret - formelt tjene som normativt grundlag for habilitetsafgørelsen men alene som udtryk for den - på andet grundlag - fastlagte reguleringsintensitet. Om der hertil er knyttet nogen reel forskel lader sig vanskeligt afklare. Men der kan næppe ses bort fra den mulighed, at et så relativt fasttømret normativt grundlag, som det der kommer til udtryk i den af engelsk ret anvendte sandsynlighedsterminologi også reelt korresponderer med en høj grad af konstans og homogenitet i retsstillingen og retsudviklingen.

*) Som forskellige i praksis forekommende eksempler kan yderligere anføres: »Når spørgsmålet er om sådanne virkninger for ..., som ikke umiddelbart er indeholdt i afgørelsen, må der naturligvis lægges vægt på, hvor sandsynligt, henholdsvis hypotetisk, det er, at den ansatte eller hans institution overhovedet vil blive berørt (i væsentlig grad) af planbeslutning« (FOB 1980 s. 582ff). »At afgørelsen ... ikke med sikkerhed kan formodes at have en så konkret og væsentlig betydning for ..., at der er tilstrækkelige holdepunkter for at antage ...« (TR Sønderjylland 089-23-99-5-79). »Uanset om de pågældende måtte have mulighed for at opnå gratialet eller ej« (TR Sønderjylland 089-12-99-1-79 af 15. oktober 1979). »Uanset om det konkret må henstå som usikkert, om og hvornår kommunalbestyrelsens beslutning får virkning for de pågældende medlemmer selv« (op.cit.). »Må antages at kunne få betydning ... og muligvis også for andre ...« ... synes egnet til at begrunde »en vis *tvivl*« (TR Nordjylland 089-5-90-1-1976, jfr. FOB 1977 s. 242 »... vil det næppe ganske kunne udelukkes, at beslutningen ... vil kunne få betydning« (TR Bornholm 089-07-99-4-1978 af 21. nov. 1978).

2.2. Interessens tidsmæssige placering

Ved afgørelsen af spørgsmålet, om der foreligger en interesse er den tidsmæssige placering af det relevante faktum/habilitetssagens årsag naturligvis af afgørende betydning. Udgangspunktet må være, at kun aktuelle forhold er af relevans. Hermed er spørgsmålet om interessens tidsmæssige afgrænsning imidlertid ikke besvaret. Selv om begrebet interesse af retstekniske grunde, som alt overvejende hovedregel, må opfattes som synonymt med den objektive tilstedeværelse af tilknytningsforhold i modsætning til vedkommendes subjektive motivation, er denne afgrænsning netop retsteknisk begrundet. Habilitetskravenes hovedsigte er foregribelse af partiskhed. Afgørende for den tidsmæssige afgrænsning af inhabilitetsbegrundende forhold må derfor være en *reel* vurdering - på grundlag af de til grund for habilitetskravene liggende hensyn - af det pågældende forholds motiverende kraft. Set i forhold til garantihensynet må tilknytningsforholdets aktuelle påvirkningsevne være bedømmelsens genstand uanset dets placering i tid. I forhold hertil vil tillidshensynet kunne betinge en udvidelse af det relevante tidsrum, hvis tilknytningsforholdets fremtrædelsesform taler herfor.

At interessen skal være aktuelt foreliggende for at begrunde inhabilitet er således ikke ensbetydende med, at interessens grundlag i tilknytningsforholdet nødvendigvis er samtidigt med den primære sags behandling og afgørelse. Tilknytningen kan i tid ligge *før*, *samtidig* og *efterfølgende* i forhold til den primære sags behandling og afgørelse.

At en interesse kan antages at eksistere, selv om dens grundlag formelt set synes at være bragt til ophør er almindeligt anerkendt. Som følge heraf kan eksempelvis tidligere ægteskab, ejendomsret, ansættelsesforhold etc. være inhabilitetsårsag. Den praktiske betydning heraf må naturligvis afhænge af, på hvilket grundlag spørgsmålet om interessens fortsatte eksistens bedømmes. I denne henseende er forholdet mellem forhåndsformodninger på formaliseret grundlag og egentligt bevismæssige fordringer som grundlag for afgørelsen naturligvis af helt afgørende betydning. (Jfr. kap. XIII og XIV).

Vanskeligt er imidlertid spørgsmålet om inhabilitet som følge af forhold, som opstår eller synes at opstå efterfølgende. Karakteristisk er i denne situation, at der ikke på habilitetsafgørelsens tidspunkt eksisterer et objektivt eller i hvert tilfælde synbart grundlag for interessens eksistens. Om der i bedømmelsesgrundlaget skal kunne opereres med slutninger fra

Anden del. Kap.VI.2.2.

fakta, hvis eksistens i forhold til den primære afgørelse er efterfølgende, vil den praktiske betydning heraf hovedsagelig være begrænset til tilfælde, hvor sagens genstand er prøvelse af den primære afgørelse. Prøvelsens tema må i givet fald være, om sagsforløbet og vedkommendes engagement etc. kan give grundlag for en antagelse om, at der faktisk har foreligget en inhabilitetsbegrundende interesse på sagsbehandlings/afgørelsens tidspunkt. Som eksempel herpå kan anføres den situation, at et kommunalbestyrelsesmedlem, som har udtalt sig for og stemt for en tilladelse, efterfølgende bliver knyttet til tilladelsens adressat. Eller at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem deltager i en beslutning om afhændelse af kommunal ejendom for efterfølgende at blive køber af denne. I det omfang der ikke foreligger bevis for interessens eksistens på den primære afgørelses tidspunkt, kan der naturligvis ikke statueres inhabilitet.

En variant af spørgsmålet om interessens tidsmæssige placering foreligger i forbindelse med generelle habilitetskrav, hvor genstanden for habilitetsbedømmelsen jo er, om aktuelt eksisterende tilknytningsforhold repræsenterer en sådan grad af sandsynlighed for *fremtidige* interessekonflikter, at vedkommende ikke kan være indehaver af den offentligretlige kompetence.

Hele spørgsmålet om interessens tidsmæssige placering er snævert knyttet til spørgsmålet om habilitetskravene som værn mod spekulation i fremtidige dispositioner. I forhold til de generelle habilitetskrav bliver spørgsmålet således, om og i bekræftende fald hvor intensivt man udover at foregribe fremtidige tilfælde af *manifeste* interessekonflikter, d.v.s. sådanne som giver anledning til at statuere speciel inhabilitet herudover også vil afskære *latente* interessekonflikter i skikkelse af spekulationsmuligheder, som ikke eller kun vanskeligt lader sig eliminere ved hjælp af de specielle habilitetskrav. Denne problemstilling er fortrinsvis knyttet til jus-siden, d.v.s. til afgrænsningen af de generelle habilitetskrav (jfr. kap. VIII og IX).

Også for så vidt angår de specielle habilitetskrav har dette spørgsmål såvel en jus- som faktumside, selv om problemstillingen jo nok er centreret om sidstnævnte, d.v.s. spørgsmålet om bevis for tilknytningsforholdets faktiske eksistens og rækkevidde, herunder hvilken grad af sandsynlighed, der opereres med som grundlag for bedømmelsen af interessens fremtidige realisationsmulighed.

2.2.1. Reguleringen af tilknytningsforhold som i tid ligger før den primære sags behandling og afgørelse

At en interesse kan antages at eksistere, selvom dens grundlag formelt set synes at være bragt til ophør, er som anført almindeligt anerkendt.

Som eksempel herpå kan anføres sagen om en kommunalbestyrelses stillingtagen til et tilbud fra et kommunalbestyrelsesmedlem X om at opføre en administrationsbygning til udlejning for kommunen (IM 1971/941-138 af 30. juni 1972).).

Da bygningen i givet fald skulle opføres på en grund tilhørende X, bliver han erklæret for inhabil ved behandlingen af spørgsmålet. Herefter er der ikke det fornødne flertal for at gøre tilbuddet til genstand for nærmere behandling. Tre dage senere modtager kommunalbestyrelsen tilbud fra Y og Z, som ikke er medlemmer af kommunalbestyrelsen. Deres tilbud går ud på at opføre en administrationsbygning på det samme areal, *som de nu har erhvervet fra X.*

Sagen bliver behandlet af kommunalbestyrelsen. Tre af økonomiudvalgets fem medlemmer indstiller til kommunalbestyrelsen, at tilbuddet bliver undersøgt nærmere. Et af de tre medlemmer er X.

Et kommunalbestyrelsesmedlem protesterer mod X's deltagelse i økonomiudvalgets behandling, hvorefter den samlede kommunalbestyrelse accepterer, at økonomiudvalgets indstilling ændres således, at der alene foreligger en »anbefaling« fra to af udvalgets medlemmer om, at tilbuddet undersøges nærmere (jfr. afsnit 2.3. om sagsbehandlingens stadier).

Kommunalbestyrelsen vedtager med 9 stemmer (herunder X's) mod 8 at betragte X som habil, og med samme stemmeafgivning bliver det vedtaget at undersøge det fremsatte tilbud nærmere.

Tilsynsmyndighederne tager ikke direkte stilling til kommunalbestyrelsens konstruktion vedrørende karakteren af økonomiudvalgets beslutning. Tilsynsmyndighedernes bedømmelsesgrundlag bygger derimod på en real vurdering af forholdet mellem kommunalbestyrelsesmedlemmet X og den primære sag. På grundlag heraf udtaler tilsynsrådet, »at der for rådet ikke havde været tvivl om den pågældendes inhabilitet, hvis der havde været taget forbehold om handelens tilbagegang i tilfælde af, at administrationsbygningen ikke blev bygget på grunden, men at tilsynsrådet *»uanset om dette ikke ville kunne dokumenteres, dog ville finde forholdet så betænkeligt, at der efter tilsynsrådets opfattelse bør ske påtale«*.

Anden del. Kap.VI.2.2.1.

Tilsynsrådets bedømmelsesgrundlag er vidtrækkende. Rådet opstiller således en formodningsregel for interessens tilstedeværelse, selvom den foretagne undersøgelse ikke objektivt danner grundlag for dokumentation heraf (se i øvrigt kap. XIII og XIV om bevis/bevisbyrde etc.).

Indenrigsministeriet statuerer også inhabilitet. Indenrigsministeriet bygger imidlertid afgørelsen på et mere formelt kriterium for det formodede interessesammenfald mellem X, Y og Z. Ministeriet udtaler således, at »man i denne forbindelse har lagt vægt på, at ejendomshandelen mellem X på den ene side og Y og Z på den anden side på tidspunktet for kommunalbestyrelsens behandling af tilbuddet *ikke var endeligt berigtiget ved tinglysning af skøde for arealet som adkomst for Y*«.

Indenrigsministeriet kobler dette forhold sammen med, at X er regnskabsfører for den anden af tilbudsgiverne Z. Om dette ansættelsesforhold i sig selv kan bære en afgørelse om inhabilitet, eller om det blot skal betragtes som et yderligere indicium for, at der mellem X, Y og Z foreligger et reelt interessesammenfald, må afhænge af, om sådanne ansættelsesforhold af praksis i øvrigt betragtes som inhabilitetsgrund, jfr. afsnit 2.6.

Tilsvarende kan anføres en sag vedrørende et kommunalbestyrelsesmedlems deltagelse i behandlingen af en ansøgning om udvidelse af en restauration. Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem havde som ansøgerens arkitekt indsendt ansøgningen. Som argument for sin habilitet i sagen anfører kommunalbestyrelsesmedlemmet over for kommunalbestyrelsen og borgmesteren, at »han *nu* havde *afsluttet* arbejdet for indehaveren af ...« (TR Viborg 089-99-7-75 af 15. juni 1979).

Dette forhold tillægger tilsynsrådet ikke betydning. Tilsynsrådet betragter åbenbart den omstændighed, at vedkommende har udarbejdet de planer, der ligger til grund for ansøgningen, som en forbindelse, der konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse. Rådet udtrykker dette med en udtalelse om, at vedkommende »*på grund af sit engagement i sagen*« ikke burde have deltaget i dens behandling.

I denne form foreligger problemstillingen i alle sager, hvor vedkommen- de kommunalbestyrelsesmedlem - eksempelvis som udøver af liberalt erhverv - har været involveret i den primære sag. Alt afhængig af de konkrete forhold vil forbindelsen ofte formelt være brudt inden sagens behandling og afgørelse i kommunalbestyrelsen. Forbindelsen må således kunne siges at være bragt til ophør fra det tidspunkt, hvor der ikke længere eksisterer objektive data for dens eksistens. Antages interessen på trods

heraf fortsat at eksistere, kan dens grundlag alene være formodninger om vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems subjektive motivation. Tilstedeværelsen af sådan motivation må i relation til visse professionelle engagementer kunne påregnes med en sådan grad af sandsynlighed, at der på formaliseret vis kan opereres hermed i bedømmelsesgrundlaget.

Til illustration heraf kan anføres en sag vedrørende spørgsmålet om et kommunalbestyrelsesmedlems specielle habilitet med hensyn til forskellige sager, i forhold til hvilke han *har haft* en professionel funktion (IM 1978/123/1513-1 af 27. juni 1978).

Et tilfælde vedrørte ansøgninger om beværterbevilling til to restaurationer. Det oplyses, at ansøgerne havde forpagtet restaurationen ved en kontrakt, som var betinget af, at ansøgerne kunne opnå beværterbevilling med ret til udskænkning af stærke drikke. Det advokatfirma, vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem var indehaver af, havde bistået med udfærdigelsen af den pågældende forpagtningskontrakt.

Kommunalbestyrelsen finder ikke, at vedkommende er inhabil.

Tilsynsrådet og indenrigsministeriet når til det modsatte resultat. Indenrigsministeriet betjener sig af følgende formulering: »idet der var risiko for en interessekonflikt mellem Deres *naturlige hensyntagen til ...s interesser*, til Deres klienters interesser og Deres varetagelse af kommunens interesser«.

Med udtrykket »naturlig hensyntagen til interesser ...« tilsigter ministeriet formentlig at tage højde for indvendingen om, at forbindelsen mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den primære sag er brudt. Sådanne indvendinger var blevet fremført af vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem i form af en udtalelse om, at danske advokaters salærer ikke bygger på det angelsaksiske princip om »no cure no pay, good cure, good pay«. Eksistensen af et sådant princip ville naturligvis være ensbetydende med en sådan grad af forbindelse, at vedkommendes interesse kunne karakteriseres som en egeninteresse i snæver forstand. Selv hvor en sådan interesse ikke kan antages, opererer indenrigsministeriet med antagelsen om en almindelig forretningsmæssig interesse i, at klienters forhold udvikler sig så gunstigt som muligt. Man kunne måske også som ombudsmanden i anden sammenhæng tale om en almindelig loyalitetsfølelse over for klienterne jfr. kap VII.

Et tredje tilfælde vedrører den samme kommunalbestyrelses behandling af en sag om udstykning og sammenlægning af landbrugsjord. Vedkom-

Anden del. Kap.VI.2.2.1.

mende kommunalbestyrelsesmedlem har som advokat skrevet skødet. Det fremgår heraf, at »handelen skulle annulleres, såfremt udstykningen blev nægtet«. Tilsynsrådet og indenrigsministeriet erklærer vedkommende inhabil med anvendelse af samme formulering som ovenfor.

Problemstillingen illustreres også klart i en sag vedrørende to kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet ved udvælgelsen af et projekt for tilbygning til en kommunal administrationsbygning . (IM 1971/1209/0921-1 af 10. august 1971).

Der er indgivet 10 tilbud. Udvalget blandt disse vil foregå gennem afstemninger, som successivt eliminerer indtil der endelig ved afstemning kan træffes beslutning om gennemførelse af et ikke-elimineret tilbud.

Spørgsmålet er, om en hovedentreprenør og en underentreprenør blandt tilbudsgiverne er inhabile i forhold til behandling og afstemning vedrørende det enkelte forslag.

Indenrigsministeriet udtaler, at de har en så væsentlig konkret interesse i udfaldet, at de er inhabile. På et spørgsmål om de pågældende vil kunne deltage i efterfølgende afstemninger, såfremt deres projekter udelukkes ved de indledende afstemninger, udtaler ministeriet, at inhabiliteten må »vedvare, indtil kommunalbestyrelsen har foretaget endelig stillingtagen til de indgivne projekter«.

I og med en (indledende) afstemning, der faktisk afskærer de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer (disses interesser) fra at komme i betragtning, må det objektive grundlag for et inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold siges at være brudt. Når der alligevel kan statueres inhabilitet, må det bero på antagelsen om eksistensen af et fortsat subjektivt engagement i sagens udfald.

Endelig skal anføres et tilfælde, hvor et kommunalbestyrelsesmedlem erklæres inhabil i forhold til en sag vedrørende hans fraskilte hustru (TR Bornholm 089-05-99-2-1979 af 25. januar 1980). Vedkommende påberåber sig at være stillet over for den tidligere hustru som over for »en hvilken som helst borger i kommunen«. Dette synspunkt uddybes nærmere derhen, at et kommunalbestyrelsesmedlem qua sit mandat har til opgave at reagere og tage initiativ efter henvendelse fra kommunens borgere. Ved intensiv sagsoplysning afslører tilsynsrådet imidlertid, at selvom skriftlig korrespondance vedrørende ejendommen - efter separationen - stiles til den tidligere hustru som ejendommens ejer, så har vedkommende kommunalbestyrel-

sesmedlem også i tiden herefter og »under hele forløbet fuldt ud varetaget ejerens interesser ...«.

Det kan herefter sammenfattende konkluderes, at de retsanvendende myndigheder i forhold til spørgsmålet om interessens fortsatte eksistens i tiden efter at tilknytningsforholdet formelt er bragt til ophør opererer med en intensiv afgrænsning af habilitetskravene, og ikke for så vidt angår den her anførte praksis udviser nogen tilbageholdenhed i prøvelsen af spørgsmålet om faktums forhold hertil, cfr. nedenfor kap. XIII.

2.2.2. Reguleringen af tilknytningsforhold som i tid ligger efter den primære sags behandling og afgørelse

Situationen hvor tilknytningsforholdet i tid ligger *efter* den primære sags behandling og afgørelse er som anført betydeligt mere problematisk end den netop behandlede.

Som eksempel herpå kan anføres det tilfælde, at et kommunalbestyrelsesmedlem, som har udtalt sig for og stemt for en tilladelse, efterfølgende bliver knyttet til tilladelsens adressat. I det omfang der ikke foreligger indicier for interessens eksistens på et tidligere tidspunkt, kan der naturligvis ikke statueres inhabilitet.

Hvor tilknytningsforholdet omvendt lader sig påvise er retsstillingen klar. Som eksempel herpå kan nævnes sagen om erhvervs- og udviklings-selskabet (OBM 1975/1141/42 af 27. maj 1977), hvor borgmesteren som repræsentant for kommunen bl.a. deltog i et møde med amtets tekniske udvalg og fredningsudvalg om udkast til byplanvedtægt for ... området. »På dette tidspunkt var ... selskabet involveret i forhandlinger om køb af en del af naboejendommen. Som nævnt var det allerede da meningen, at denne ejendom skulle indgå i udstykningsplanen for området«. Ombudsmanden udtaler herom, at »jeg går ud fra, at tilsynsrådet må mene, at borgmesteren allerede på dette tidspunkt var inhabil ved kommunens behandling af sager vedrørende udstykningen af ... området, og at det således var en fejl, at han repræsenterede kommunen på det foreliggende møde«.

Yderligere kan anføres et tilfælde om en borgmesters habilitet under behandlingen og afgørelsen af en sag om kommunens erhvervelse af et gods. Habilitetsspørgsmålets årsag er det forhold, at borgmesteren som advokat har udfærdiget skødet i forbindelse med ejendomserhvervelsen. (TR Frederiksborg 089-219- 99-3-1975 af 29. april 1975).

Anden del. Kap.VI.2.2.2.

Borgmesteren udtaler, at »med hensyn til det rejste spørgsmål, hvorvidt jeg har forhandlet de købsager, som mit advokatkontor senere har berigtiget ved skødet, kan jeg oplyse, at disse forhandlinger er ført af kommunens tjenestemænd og mig her på kontoret, ganske som andre købsager, men forhandlingerne - også i økonomiudvalget og byråd - altid er ført, *uden at jeg har haft det mindste kendskab til eller formodning om, hvem forvaltningen senere ville overdrage skødesagen. Mine forhandlinger har således været upåvirket af, hvem skødeskrivningen senere blev overdraget*«.

Spørgsmålet er altså, om der på det pågældende tidspunkt har eksisteret et objektivt grundlag for interessens eksistens.

En real vurdering heraf må foretages på grundlag af det forhold, at kommunens system til fordeling af sager mellem kommunens advokater, ikke er blevet respekteret. Om fordelingsordningen i øvrigt angiver kommunalbestyrelsen, at »grundet den valgte form for administration af fordelingen er det ikke under forhandlingerne om køb af en ejendom på forhånd muligt med sikkerhed at sige, hvilken advokat der i påkommende tilfælde kan få til opgave at berigtige handelen med kommunen«.

Spørgsmålet herom løses ved generelt at afskære borgmesteren fra at fungere som kommunens advokat (jfr. FOB 1981 s. 98ff).

Tilsynsrådet udtaler, at borgmesteren som inhabil burde have forladt mødelokalet i forbindelse med økonomiudvalgets forhandlinger og beslutning vedrørende spørgsmålet om skødeskrivningen.

Anføres skal også en sag om en borgmesters habilitet i forhold til kommunalbestyrelsens behandling og vedtagelse af en lokalplan samt borgmesterens habilitet i forhold til kommunens salg af det lokalplanen omfattede område til et pensionsforsikringsselskab, når borgmesteren er knyttet til selskabet ved medlemskab af dettes bestyrelse og forretningsudvalg (TR Frederiksborg 089-223-99-13-1982 af 11. april 1983). Følgende tidslinje kan give et overblik over den tidsmæssige placering af beslutningsprocessens enkelte led.

24/5 1982: Kommunalbestyrelsen behandler tilbud om overtagelse af de omhandlede grunde. Fra økonomiudvalget forelå forslag til at borgmesteren bemyndiges »til at erhverve ejendommen til den pris der kan opnås gennem forhandlinger med ejerne, eller afgives tilbud på ejendommen med henblik på videresalg til en pensionskasse«.

26/5 1982: Forslaget tiltrædes med den ændring, at sætningen »en pensionskasse« udgår.

27/5 1982: Kommunen får henvendelse fra et entreprenørselskab, der søgte jord til boligbyggeri.

28/5 1982: Entreprenørselskabets interesser koncentrerer om de omhandlede grunde. Om forbindelsen mellem entreprenørselskabets og pensionskassens interesse i disse grunde udtaler borgmesteren i et svar til tilsynsrådet, at «... entreprenørselskabet i *begyndelsen* forhandlede helt på egne vegne og ikke på vegne af ... pensionskasse A/S«. Men entreprenørselskabet »nævnte pensionsforsikringsselskabet som en realistisk aftager ...«. »Nu blev projektet rent faktisk afsat til pensionsforsikringsselskabet ...«. Og det oplyses videre, »at pensionskassen kom ind i billedet som direkte arealerhverver i forhold til kommunen« som følge af »*et stærkt ønske fra kommunens side* om at få en pensionskasse som køber og ikke et entreprenørfirma ud fra risiko og soliditetsbetragtninger«.

5/6 1982: Tilbud accepteres af kommunalbestyrelsen.

24/6 1982: Lokalplanforslag til bebyggelse af området med etagelejeboliger.

11/10 1982: På kommunalbestyrelsens møde foreligger anmodning fra borgmesteren om fuldmagt til at sælge grundene »til en pensionskasse med henblik på påførelse af etagebyggeri til udleje«. Til dette dagsordenspunkt anføres ifølge protokollat, at »økonomiudvalget indstiller ... at fuldmagten gives ud fra vilkårene i den udarbejdede aftale«. Den nævnte aftale »er i al væsentligt identisk med indholdet af betinget skøde af 15. oktober 1982, og *pensionsforsikringsselskabet er nævnt som køber i aftalen*.

15/10 1982: Udstedes betinget skøde med forbehold af lokalplanens vedtagelse.

25/10 1982: Forslag til lokalplanen behandles og besluttet i kommunalbestyrelsen.

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet i forhold til kommunalbestyrelsens møde den 11. oktober 1982 samt i forhold til forhandlingerne i økonomiudvalget forud for dette møde. Tilsynsrådet henviser som grundlag herfor til, at pensionsforsikringsselskabet »var direkte nævnt som køber i det til de omhandlede møder udarbejdede udkast til aftale«.

Spørgsmålet er imidlertid, om ikke borgmesteren allerede er eller bør være inhabil i forhold til behandlingen og vedtagelsen af beslutningerne om køb med henblik på videresalg til »*en pensionskasse*«, d.v.s. den 24/5 1982. Har der således ikke allerede på dette tidspunkt - til trods for forslagets

Anden del. Kap.VI.2.2.2.

generelle form - foreligget en inhabilitetsbegrundende interesse som følge af borgmesterens tilknytning til det pensionsforsikringsselskab, som faktisk senere bliver køber. Selvom man ser bort fra den høje grad af sandsynlighed, der eksisterer for, at borgmesteren allerede på dette tidspunkt er bærer af den subjektive interesse i at sikre videresalg til pensionsforsikringsselskabet, repræsenterer den i formen generelle beslutning om videresalg til »en pensionskasse« i sig selv en sådan forøgelse af muligheden for salg til dette konkrete pensionsforsikringsselskab, at den fornødne grad af sandsynlighed for interessens eksistens synes etableret.

I fortsættelse heraf kan man yderligere overveje, om ikke der allerede i forhold til møderne den 24/5 er etableret en sådan grad af sandsynlighed for interessens eksistens, at der påhviler borgmesteren pligt til oplysning i medfør af styrelseslovens § 14, stk. 2. Det synes således klart, at der fra dette tidspunkt faktisk har været sigtet mod specielt pensionskassebyggeri i modsætning til f.eks. socialt byggeri eller privat udlejningsbyggeri i øvrigt. Selvom der ses bort fra muligheden af, at der fra dette tidspunkt har været sigtet mod netop det pensionsforsikringsselskab, til hvilket borgmesteren er knyttet, repræsenterer den stedfundne fokusering på pensionskasser som aftagere en væsentlig forøgelse af muligheden for det omhandlede pensionsforsikringsselskab.

Spørgsmålet herom hænger naturligvis snævert sammen med det almene spørgsmål om graden af sandsynlighed for eksistensen af en med tilknytningen korresponderende interesse. Selvom eksempelvis også en borgmester, som er direktør for et firma, der fremstiller specielt sprossede vinduer, allerede ved behandlingen og afgørelsen af en sag om støtte til et socialt boligselskabs opførelse af 25 boliger, forøger muligheden for, at ordren på visse byggeelementer vil tilfalde den pågældende byggevirksomhed, må interessen heri formentlig bedømmes som for indirekte til at begrunde inhabilitet (Jfr. IM 1980/123/0803-1 af 5. marts 1981 og TR Bornholm 089-05-99-6-1980 af 3. februar 1981 jfr. nedenfor afsnit 2.3.). Afgørelsen heraf må bero på såvel de principielle som faktiske muligheder af at beregne sandsynligheden for at der træffes en med interessen korresponderende afgørelse. Selve det forhold at beslutningen indebærer mulighed for byggeri kan naturligvis ikke i sig selv begrunde inhabilitet for personer med interesser i byggeri. Der må herudover foreligge forhold, som konkret betinger en høj grad af sandsynlighed for, at netop disse interesser realiseres som følge af beslutningen.

Til illustration af de bevismæssige grænser der i praksis sættes for anvendelsen af habilitetskravene i sådanne situationer kan anføres en sag, hvor et kommunalbestyrelsesmedlem ved slutseddel af 29. september 1975 har købt en sommerhusgrund blandt 6 andre af kommunen udstykkede sommerhusgrunde. Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem har deltaget i de kommunalbestyrelsesmøder, hvor udstykningen og prisfastsættelsen af de 6 grunde blev behandlet. Ligeledes deltog vedkommende i det møde (10. september 1975) på hvilket kommunalbestyrelsen endeligt godkendte salget af de 6 grunde (TR Nordjylland 089-5-90-4-77 af 17. november 1977).

På foranledning af en forespørgsel fra ombudsmanden til kommunalbestyrelsen (skrivelse af 22. december 1976), hvor ombudsmanden udbeder sig oplysninger om den måde spørgsmålet om købet første gang havde været berørt over for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem, svarer kommunalbestyrelsen, at salget først er »aftalt« efter at salget af de 6 grunde er godkendt af kommunalbestyrelsen. Og som svar på en supplerende skrivelse fra ombudsmanden (24. marts 1977) oplyser kommunalbestyrelsen, at X først efter kommunalbestyrelsens vedtagelse af salget »havde meddelt«, at han var interesseret i at købe.

Når der ikke foretages yderligere i sagen, beror det formentlig på, at der ikke er bevismæssigt grundlag for antagelse om eksistensen af en inhabilitetsbegrundende interesse i tidsrummet før kommunalbestyrelsens godkendelse af salget.

Spørgsmålet om grænserne for på grundlag af indicier at statuere eksistensen af en inhabilitetsbegrundende interesse, før denne objektivt giver sig tilkende i en form, der kan anerkendes som manifest, kommer også til udtryk i en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem havde været inhabil ved kommunalbestyrelsens beslutning om salget af en lærerbolig, når køberen viser sig at blive pågældende kommunalbestyrelsesmedlems søn (FOB 1977 s. 720ff).

Kommunalbestyrelsen træffer den 21. januar 1974 beslutning om afhændelsen og beslutter samtidig at overlade til en ejendomshandler at søge ejendommen afhændet. Ejendomshandleren indrykker en annonce lørdag den 16. februar. Søndag den 17. februar indgås telefonisk aftale med sønnen. Slutseddel underskrives den 23. februar 1974.

Spørgsmålet er herefter, om vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem allerede på kommunalbestyrelsesmødet den 21. januar 1974 har haft

Anden del. Kap. VI.2.2.2.

kendskab til sønnens interesse, viderebefordret oplysningen, og om et sådant forhold i bekræftende fald ville konstituere inhabilitet.

En klager, som også var interesseret anfører, at ejendommen allerede var solgt lørdag den 16. februar. Klageren oplyser også, at ejendomsmæglerens hustru på en telefonisk forespørgsel havde undskyldt ikke at kunne give oplysninger om huset med henvisning til, at oplysningerne ikke var kommet i kartoteket, fordi det var gået så hurtigt.

Heroverfor anfører køberen, at han var blevet opmærksom på annoncen, havde set huset - og først da blev klar over, at sælger måtte være kommunen - havde henvendt sig til ejendomsmægleren og fået huset på hånden.

Tilsynsrådet tager ikke stilling til spørgsmålet, om ejendommen har været givet køberen på hånden før det offentlige udbud (TR Roskilde 1974-089-6-99-9 af 25. april 1974), og indenrigsministeriet finder ikke anledning til at kritisere tilsynsrådet herfor, »når rigtigheden af dette anbringende er bestridt af de implicerede parter i sagen« (IM 1974/1130/0500-1 af 26. august 1974), jfr. nedenfor kap. XIII.

Heller ikke ombudsmanden går ind i spørgsmålet om interessens eventuelle eksistens på kommunalbestyrelsesmødet den 21. januar, og ombudsmanden finder i øvrigt ikke grundlag for at antage, at vedkommande kommunalbestyrelsesmedlem forud for den offentlige annoncering har informeret sin søn, ligesom ombudsmanden heller ikke vil kritisere tilsynsmyndighederne for ikke at være gået ind i en nærmere afklaring af spørgsmålet.

Uden på dette sted at komme ind på sagens mange forskellige aspekter skal der peges på, at sagen - udover de anførte bevisproblemer - også illustrerer spørgsmålet om det tidligst mulige tidspunkt for interessens eksistens og den primære sagsbehandlings stadier og/eller den primære sags eksistens. I relation til det foreliggende tilfælde kan spørgsmålet formuleres som følger: Ville det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem overhovedet være inhabil i forhold til det principielle spørgsmål om salg af ejendommen, selvom det var uomtvisteligt, at sønnen var interesseret i køb af en ejendom og måske yderligere interesseret i netop den pågældende ejendom. Svaret på dette spørgsmål afhænger af, hvilken betydning konstruktionen principalsag/afgørelse tillægges i praksis, (jfr. nedenfor afsnit 2.3.). Det er på den ene side klart, at principbeslutningen er en afgørende - omend ikke tilstrækkelig - forudsætning for sønnens senere erhvervelse. På

den anden side eksisterer der på det pågældende tidspunkt ikke en sag i forhold til sønnen. Alligevel bør svaret være, at kommunalbestyrelsesmedlemmet allerede ville kunne erklæres inhabil på tidspunktet for principbeslutningen, hvis der i øvrigt foreligger forhold, som på objektivt grundlag kan kvalificere vedkommendes interesse som *særlig*. Denne betingelse vil i praksis kun sjældent være opfyldt i forhold til en sag af denne karakter. Selve det forhold at vedkommende er i familie eller beslægtet med et kommunalbestyrelsesmedlem, samt at kredsen af interesserede vokser jo mere fordelagtigt tilbuddet er, kan ikke i sig selv være tilstrækkeligt til at klassificere interessen som særlig. Habilitetskravene har ganske vist til formål at afskære spekulation såvel i kommunale interesser som spekulation mod andre private interesser. Men i forhold til tilfælde, hvor den pågældende blot er én blandt en i øvrigt ubestemt kreds af interesserede, må den i tilknytningen liggende fare for usaglig favorisering elimineres på andet grundlag (jfr. styrelseslovens § 29, stk. 1 og de særlige regler om udbudspligt ved salg af kommunal ejendom til kommunalbestyrelsesmedlemmer. Indenrigsministeriets cirkulæreskrivelse af 28. oktober 1974, jfr. FOB 1979 s. 62).

Dette resultat bekræftes da også i en lignende sag, som bl.a. vedrører spørgsmålet, om en kommunalbestyrelses beslutning om køb af en landbrugsejendom var motiveret af ønsket om at favorisere et kommunalbestyrelsesmedlems nære pårørende (OBM 1976-932-42).

Som indicier for at kommunalbestyrelsen ved beslutningen om købet havde varetaget det ulovlige formål at købe med henblik på videresalg til de pågældende, og at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem derfor allerede ved beslutningen om køb af gården havde været inhabil, anføres af klagerne især følgende:

Kommunen havde længe før beslutningen om købet af hele ejendommen ligget i forhandlinger med sælgeren om at købe en del af ejendommen, bl.a. den del som omfattede maskinhal og visse produktionsbygninger. Forhandlingerne herom var afsluttet 14/3 1972. Selvom kommunen således havde mulighed for særskilt at købe den del man særligt havde brug for, og hele tiden havde vidst at hele ejendommen var til salg, blev beslutning om køb af hele ejendommen truffet sent, uden at kommunen tilsyneladende havde forsøgt særskilt køb af de specielt relevante dele. Den 17/3 1972 afholdes ekstraordinært »fællesmøde« mellem kommunalbestyrelsen og økonomiudvalget kl. 8.30 om morgenen! Som eneste punkt på dagsordenen stod kommunalbestyrelsens stillingtagen til en eventuel erhvervelse af den resterende del af ejendommen, d.v.s. foruden

Anden del. Kap.VI.2.2.2.

de anførte produktionsbygninger samt 7 tdr. land, stuehuset og den øvrige del af jorden. I dette møde deltog faderen til køberen. På et ekstraordinært møde 20/3 1972 vedtog kommunalbestyrelsen at acceptere et afgivet tilbud om køb af hele ejendommen. Samme dag underskrives slutseddel. Den 23/3 1972 underskrives slutseddel om videresalg af ejendommens hovedbygning, herunder stuehus med tilhørende 10 tdr. land til vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems svigerdatter. Kommunalbestyrelsen anfører, at forhandlingerne med svigerdatteren først er blevet indledt den 20/3, jfr. yderligere nedenfor kap. XII og XIII.

Spørgsmålet er herefter bl.a., om der er en forbindelse mellem kommunalbestyrelsens beslutning om køb af hele gården og det umiddelbart efterfølgende videresalg til vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems slægtning. Altså om forhandlinger om erhvervelse og videresalg reelt er ført *sideløbende*. Udover at noget sådant ville være udtryk for varetagelse af ulovlige formål, d.v.s. magtfordrejning (nepotisme), ville det også være ensbetydende med, at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem havde været inhabil allerede på tidspunktet for forhandlingerne og beslutningen om købet og ikke blot i forbindelse med beslutningen om videresalg. (Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem deltog i øvrigt på trods af inhabilitet i kommunalbestyrelsens og økonomiudvalgets behandling af spørgsmålet om videresalg til svigerdatteren). Såvel indenrigsministeriet som ombudsmanden udtaler, at man ikke finder grundlag for at antage, at kommunalbestyrelsen ved erhvervelsen af ejendommen har varetaget ulovlige formål. Men ombudsmanden fastslår, at kommunalbestyrelsesmedlemmet ville have været inhabil på mødet den 20/3, hvis vedkommende selv, kommunalbestyrelsen eller borgmesteren på dette tidspunkt havde kendskab til at kommunalbestyrelsesmedlemmets pårørende var interesseret i at købe. Ombudsmanden udtaler herom, at »efter min mening måtte det forhold, at ...s svigerdatter havde denne købeinteresse, være tilstrækkeligt til at medføre ...s inhabilitet i kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om, hvorvidt kommunen skulle købe hele gården«.

Retsgrundlaget synes således klart nok. Imidlertid er grundlaget for afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning og de hermed forbundne grader af sandsynlighed karakteriseret ved betydelig usikkerhed og/eller fleksibilitet, jfr. nedenfor afsnit 2.3.-2.6. Herudover opstår problemerne i praksis som antydnet i forbindelse med habilitetssagens oplysning og den bevismæssige vurdering af faktum, jfr. kap. XIII.

2.3. Sagsbehandlings stadier

Spørgsmålet om det har betydning for habilitetvurderingen, at genstanden derfor er vedkommendes deltagelse i den primære sags *forberedelse* i modsætning til dens afgørelse, er traditionelt blevet besvaret med et klart nej. Habilitetskravene er gældende og er af samme indhold i forhold til samtlige stadier af sagens behandling.*)

Grundsætningen omfatter ikke blot sagsbehandlingen i det organ, der har den egentlige afgørelseskompetence i den primære sag men også sagsbehandlingen i organer, hvis kompetence alene er af rådgivende eller indstillende karakter.**)

- *) Dansk forvaltningslov § 3, stk. 3 bestemmer, at »den, der er inhabil i forhold til en sag, må ikke *træffe afgørelse, deltage i afgørelsen eller i øvrigt medvirke ved behandlingen af den pågældende sag*«.

NFL § 6 udtaler udtrykkeligt, at inhabilitet ikke blot udelukker fra deltagelse i sagens afgørelse men også med hensyn til sagens behandling i øvrigt, jfr. formuleringen »er ugild til å tilrettelegge grundlaget for en afgørelse eller til å træffe afgørelse i en forvaltningssak«. *C. H. Hammer* s. 60. *Eckhoff*: Forvaltningsrett s. 422. *Frihagen*: Inhabilitet i forvaltningen s.15.

Tilsvarende SFL § 5, 1. stk. 1. punktum: »För ej handlägga ärendet«, jfr. *Hellners* s. 78. *Hans Ragnemalm* FRT 1975 s. 460. *Åke Poulson* FT 1969 om Jäv för kommunala tjänstmänn s. 117ff.

Poul Andersen, Ugyldige forvaltningsakter s. 309. I Dansk forvaltningsret s. 454 behandler Poul Andersen spørgsmålet som en integreret del af spørgsmålet om inhabilitetens ugyldighedsvirkning. Poul Andersen antager, at også den blotte deltagelse i sagsbehandlingen i modsætning til deltagelse i afgørelsen/afstemningen bevirker ugyldighed. Jfr. ligeledes *Harder*: Nordisk Administrativt Tidsskrift 1955 s. 359f og samme forfatter: Dansk kommunalforvaltning I s. 218ff, hvor det pointeres, at habilitetsspørgsmålet skal afgøres, *forinden* påbegyndelsen af den primære sags behandling.

Wade: Administrative law 1977 s. 414. *S.A. Smith*: Judicial Review of Administrative Action 1980 s. 257: »making the report or preliminary decision must not be affected by interests or likelihood of bias«.

- **) Om de stående udvalg og økonomiudvalgets kompetence, se styrelseslovens § 17-21, jfr. *Preben Espersen/Erik Harder*: Den kommunale styrelseslov med kommentarer og *Harder*: Dansk kommunalforvaltning I, s. 256ff. Den norske kommunallov § 15, 1. led, består alene i en henvisning, hvorefter forvaltnings-

Anden del. Kap.VI.2.3.

Den kommunale afgørelse er i vidt omfang præget af funktionsdeling mellem de forskellige kommunale beslutningsniveauer: Kommunalbestyrelse, udvalg og kommunalforvaltningen. Økonomiudvalget og de stående udvalg har, i det omfang de ikke via delegation eller lovhjemmel træffer egentlige afgørelser, til formål at forberede kommunalbestyrelsens afgørelser og beslutninger.

Dette forhold antages sædvanligvis ikke at afsvække de for udvalgsmedlemmerne gældende habilitetskrav. Tværtimod antages kravene til udvalgsmedlemmer at være strengere, end de der gælder, når vedkommende fungerer som medlem af kommunalbestyrelsen, jfr. herom kap. VII og VIII.

Grundsætningen slår principielt også igennem i forhold til personer, som ikke selv er indehavere af det pågældende organs kompetence, men blot fungerer som teknisk/udførende assistance for kompetencens indehavere.*)

Grundsætningen antages at skulle afgrænses med stor strengthed. *Alle* stadier af en sags behandling er omfattet. Således omfatter habilitetskravene også spørgsmålet om en sag, som ikke er på dagsordenen skal optages til behandling, ligesom spørgsmålet om eventuel udsættelse af en sags behandling er omfattet af habilitetskravene (*H. Hammer* s. 61). Undtaget kan

lovens habilitetsregler gælder for kommunestyre og formandskab (om disse organers sammensætning og funktion, se *Arnljot Eng*: Kommunalforvaltning s. 33ff og 57ff. I kommunelovens § 31, 2. led, og 44a, siges det, at de for kommunestyre og formandskab gældende regler også finder anvendelse på medlemmer af udvalg, råd, styre og komitéer, som nedsættes i medfør af kommuneloven. Habilitetskravene gælder således også, hvor den primære sag vedrører afgivelse af en udtalelse, uanset om denne er obligatorisk eller fakultativ. Og ligeledes er det uden betydning, om en afgørelse/beslutning skal godkendes af en anden myndighed for at få gyldighed, jfr. *H. Hammer* s. 6f.

*) *Carl Aage Nørgaard*: Sagsbehandling v/*Jens Garde* 2. udg. 1981 s. 64 hvor der henvises til forvaltningslovens § 3 stk. 2 som giver mulighed for at se bort fra et forhold, når der bl.a. som følge af den pågældendes funktioner i forbindelse med sagsbehandlingen ikke kan antages at være fare for at afgørelsen i sagen vil kunne blive påvirket af uvedkommende hensyn. Ifølge lovforslagets bemærkninger (s. 33) vil dette typisk betyde, at mere teknisk betonedede funktioner ikke begrunder inhabilitet. *Åke Poulson*: FT 1969 s. 117-22 »om Jäv för kommunala tjänestmän«. Norsk kommunelov § 44a.

alene antages at være sager vedrørende rene ekspeditionsspørgsmål såsom iværksættelse af selve indkaldelsen (op.cit. s. 61) eller andre sagsbehandlingsskridt, i forhold til hvilke usaglig påvirkning er udelukket.

Grundsætningen om, at habilitetskravene er gældende på alle sagsbehandlingens stadier, bygger på samme hensyn som habilitetskravene i øvrigt. At en uvedkommende interesse i habilitetsmæssig henseende må anses for relevant ikke blot i forhold til vedkommendes deltagelse i selve afgørelsen men også i forbindelse med de sagsbehandlingsskridt, der leder frem til afgørelsen, synes helt selvfølgelig. Da de specielle habilitetskravs genstand er konkret foreliggende sager, er det af retstekniske grunde nødvendigt at kunne fastslå, hvornår en sag kan siges at være under behandling.

Dette er naturligvis af særlig betydning i forhold til organer der som kommunalbestyrelsen er politisk sammensat. En følge heraf vil jo i særlig grad være, at der i vidt omfang foregår drøftelser, der ikke kan siges at have en konkret sag som deres genstand, og/eller at en sådan konkret sag behandles uden for kommunalt regie, d.v.s. i en form som ikke formelt er omfattet af kommunalbestyrelses- eller udvalgs møde, eller endelig at det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem deltager i egentlige kommunalbestyrelses/udvalgs møder men i en anden egenskab end kommunalbestyrelsesmedlem, jfr. herom udførligt afsnit 2.5. om rollemasker.

Som udtryk for den inhabilitetsbegrundende grad af sagsbehandling anvender LGA begrebet »*consideration*«, jfr. »if a member of local authority has any pecuniary interest, whether direct or indirect, in any contract, proposed contract or other matter and is present at a meeting of the local authority at which the contract or matter is the subject of *consideration*,...«.

A further general exclusion from these requirements is in respect of an interest which a member may have, whether direct or indirect, which is so remote or insignificant that it can not reasonably be regarded as likely to influence a member in the *consideration* or discussion of or voting on any question with respect to the contract or matter« (*Halsbury's Laws of England* § 1109, s. 517).

For så vidt angår den nærmere afgrænsning af de sagsbehandlingsskridt, der omfattes af dette udtryk, anføres, at kommunalbestyrelsens plenum både beskæftiger sig med spørgsmål, som er bragt op til egentlig beslutning eller diskussion, medens andre er rapporter og meddelelser fra udvalg i spørgsmål, der er delegeret til disse, og med hensyn til hvilke der ikke kræves beslutning

Anden del. Kap.VI.2.3.

eller afgørelser. Det antages, at habilitetskravene gældende for kommunalbestyrelsens møder begrænses således, at sidstnævnte spørgsmål ikke forudsætter /involverer »*consideration*«, med mindre og indtil der er taget skridt til debat, jfr. »It is submitted that a council meeting this latter matters do not involve consideration unless and untill an issue arises for debate« (op.cit. s. 518).

På den anden side må man være opmærksom på det ovenfor anførte almindelige udgangspunkt i engelsk ret, hvorefter »making the report or preliminary decision must be affected by interest or likelihood of bias« (*S.A. Smith: Judicial Review of Administrative Action* 1980 s. 257). Samt det ligeledes ovenfor anførte om at habilitetskravene i medfør af the code of conduct, hvorefter »the principles about disclosure of interest should be born in mind in your unofficial relations with other councillors at party group meetings, or other informal occasions no less scrupulously than at formal meetings of the council, its committees and sub-committees« (afsnit 3, II(ii)).

På trods af denne éntydighed i teoriens standpunkt bliver spørgsmålet om sagsbehandlings stadium faktisk inddraget som element i habilitetsbedømmelsen. Tankegangen kan være den, at de respektive sagsbehandlings-skridt i forhold til garantihensynet er udtryk for forskellige grader af forbindelse mellem sagsforberedelsen og dennes endelige resultat: afgørelsen.

– Jo fjernere det relevante forberedelsesstadium befinder sig i forhold til afgørelsen, des sværere antages muligheden for usaglig påvirkning at være. Selvom en sådan antagelse umiddelbart forekommer logisk tilforladelig, lader den sig i høj grad anfægte. Muligheden for påvirkning vil således ofte være størst på tidligere stadier af sagens behandling, hvor måske ingen andre end netop den særligt interesserede er opmærksom på afgørelsens muligheder og på den udøvede indflydelse, hvilket skal ses i sammenhæng med den almindelige erfaring om, at eksempelvis rådgivende udtalelser i mange tilfælde »vil blive lagt til grund mere eller mindre automatisk« (*Frihagen: Inhabilitet i forvaltningen* s. 15). Jfr. i denne forbindelse også *Poul Andersen*, der antager, at retsvirkningen af inhabilitet er ugyldighed, *hvad enten den inhabile har deltaget i afstemningen eller ej*, ligesom Poul Andersen i øvrigt er tilbøjelig til i højere grad at lempe dette udgangspunkt for så vidt angår vedkommendes udelukkende deltagelse i afstemningen i modsætning til deltagelse i sagens forberedelse (*Dansk Forvaltningsret* s. 454 og 455). Endelig kan anføres, at pligten til oplysning om eventuelle

inhabilitetsbegrundende interesser altid understreges at gælde det tidligst mulige tidspunkt i forhold til sagsbehandlings påbegyndelse.*)

Grundlaget for tanken om, at det fjernere forberedelsesstadium repræsenterer en lavere grad af sandsynlighed for usaglig påvirkning, er parallel med det grundlæggende i interessebegrebet, hvorefter *graden* af (direkte/indirekte) forbindelse mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den primære sag er afgørende for, om tilknytningsforholdet konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse. Imidlertid er denne lighed mere tilsyneladende end reel. Medens genstanden for sidstnævnte graduering er karakteren og styrken af vedkommendes *interesse*, er genstanden for gradueringen af sagsbehandlings stadier *en given interesses mulighed for via sagsbehandlingen at påvirke den primære afgørelse*.

Som det også vil fremgå af kapitel VII, afsnit 6 vanskeliggøres analysen af, at der i praksis anvendes et broget sæt af begreber med vekslende betydningsindhold. Snart bruges begreber som principbeslutning, principdebat, hensigtserklæring, almindelig beslutning etc. som udtryk for den primære afgørelses generelle form, snart som udtryk for det pågældende sagsbehandlingsstadium. Og hertil kommer at begreberne også inden for rammerne af et givet betydningsindhold anvendes på en måde, som forekommer modsigelsesfuld. I snæver sammenhæng med det heraf affødte behov for begrebsmæssig afklaring vil genstanden for undersøgelsen være, i hvilket omfang sagsbehandlings stadium - og/eller den primære afgørel-

*) Den modsatte antagelse ligger imidlertid til grund for reglerne om dispensation fra habilitetskravene i engelsk ret, når adgangen hertil primært gælder vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems adgang til at udtale sig, medens der skal foreligge ganske særlige omstændigheder for herudover at tillade det inhabile medlem at stemme i sagen (*Halsbury's Laws of England* s. 520, note 5 og *Garner: Administrative Law*, fifth edition 1979 s. 408).

I det omfang praksis udvikler sig i retning af en opfattelse, hvorefter sagsbehandlings stadier som udtryk for graden af tilknytning kan indgå i habilitetsbedømmelsen, vil det for så vidt være i konsekvent overensstemmelse hermed, at der i spørgsmålet om inhabilitetens ugyldighedsvirkning sluttes fra vedkommendes undladelse af at deltage i afstemningen eller fra den afgivne stemmes manglende betydning for afstemningens udfald til inhabilitetens konkrete uvæsentlighed, jfr. herom kap. XI.

Anden del. Kap.VI.2.3.

ses formelle fremtrædelsesform - kan neutralisere eller opveje reelle vurderinger af en interesses eksistens og påvirkningsevne.

Sondringen mellem begrebet *principbeslutning* som udtryk for sagsbehandlingens stadier og dette eller tilsvarende begreber som udtryk for afgørelsens *generelle* karakter, er ofte yderst vanskelig at drage og ofte også uden praktisk relevans. En principbeslutning truffet på tidligere sagsbehandlingsstadier kan - men behøver ikke at være - af generel karakter. Således kan der på et tidligt sagsbehandlingsstadium træffes principiel beslutning om et konkret/specifikt forhold, hvis *endelige* afgørelse er henskudt til og afhængig af senere sagsbehandlingsstadier.

Om man i forhold til førstnævnte situation vil sige, at spørgsmålets genstand er en given interesses gennemslagsmulighed på forskellige sagsbehandlingsstadier, medens spørgsmålet i sidstnævnte situation bliver, om der foreligger en inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning, bliver let en strid om ord. I begge tilfælde må spørgsmålet om vedkommendes interesser afgøres på grundlag af en interessevurdering, hvis genstand er den foreliggende sag i alle dens aspekter. Hvad enten den primære afgørelse således er af generel karakter og/eller er at betragte som et (sagsbehandlings)skridt frem mod en endelig afgørelse, må bedømmelsens genstand være en vurdering af interessen potentielle gennemslagsmulighed.

En sådan kommer klart til udtryk i en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem, der er far til en ikke indstillet ansøger, og et kommunalbestyrelsesmedlem, der er ansøger, men ikke er indstillet af skolekommissionen, kan deltage i afstemningen vedrørende et forslag om hjemvisning af sagen til fornyet behandling i skolekommissionen (TR Sønderjylland 089-541-99-5 -81 af 22. marts 1982).

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet med henvisning til, at den med hjemvisningen forbundne nye behandling vil »indebære en mulighed for, at de pågældende ville komme i betragtning ved en fornyet indstilling fra skolekommissionen«. Med hensyn til spørgsmålet, om de pågældende kunne deltage i kommunalbestyrelsens valg blandt de indstillede ansøgere, når rådet til det modsatte resultat med henvisning til, at kommunalbestyrelsen som ansættende myndighed i medfør af skolestyrelseslovens § 23 skal vælge mellem de ansøgere, som er indstillet af skolekommissionen. De pågældende »kunne følgelig ikke - på dette stadium af sagen - komme i betragtning ved besættelsen af de tre stillinger ...«.

I en sag om en borgmesters habilitet ved behandlingen af en betalings-

vedtægt for et område, inden for hvilket han var ejer af 22 parceller, søges spørgsmålet om borgmesterens deltagelse på forskellige sagsbehandlingsstadier inddraget i bedømmelsesgrundlaget (TR Frederiksborg 089-201-99-1-1975 af 24. februar 1976).

Borgmesteren havde ikke deltaget i kommunalbestyrelsens beslutninger af 18/12 1974 og 19/3 1975 vedrørende betalingsvedtægten. Derimod havde borgmesteren deltaget i fremsættelsen af en anmodning til dommerkontoret om at få nedsat en landvæsenskommission til behandling af spørgsmålet om betalingsvedtægten. Denne anmodning, som blev modtaget af dommerkontoret den 9/9 1974 var »*vedlagt et principforslag*« til udarbejdelse af betalingsvedtægt. På grundlag heraf mener kommunalbestyrelsen ikke, at der eksisterer sagsbehandlingsskridt af relevans for forbindelsen mellem borgmesteren og den primære sag på dette tidspunkt. Kommunalbestyrelsen anfører herom, at »der ikke er fremsendt noget betalingsvedtægtsforslag fra kommunen til landvæsenskommissionen før *efter* byrådsvedtagelsen i december 1974«.

Tilsynsrådet lader ikke habilitetsbedømmelsen påvirke af disse formelle kriterier for sagsbehandlingens begyndelsestidspunkt, men foretager en konkret vurdering af principbeslutningens faktiske betydning for de egentlige forslag til betalingsvedtægten (af 18/12 1974 og 19/3 1975). Rådet fastslår på grundlag heraf, at det forhold, at »borgmesteren *har deltaget i handlingerne* af de omhandlede udkast til betalingsvedtægt i ... kommune i byråd og udvalg, har haft en så væsentlig betydning for de trufne beslutninger, at det foreliggende forslag til betalingsvedtægt ikke kan anses for gyldigt vedtaget«.

Tilsvarende kan anføres sagen om en borgmesters habilitet i forbindelse med kommunalbestyrelsens behandling af en sag om salg af nogle kommunen tilhørende ejendomme, og i nær forbindelse hermed behandlingen af et forslag til lokalplan (TR Frederiksborg 089- 223-99-13-1982 af 11. april 1983).

De pågældende grunde sælges af kommunen til et pensionsforsikringsaktieselskab, til hvilket borgmesteren er knyttet. Det fremgår af skødet, at ejendommen overtages, når ... lokalplan er vedtaget ..., og når køber kan disponere over arealet til det projekterede byggeri. Borgmesteren - som er medlem af pensionsforsikringsselskabets bestyrelse og forretningsudvalg - deltager i kommunalbestyrelsens møde ved behandlingen og afstemningen om lokalplanforslaget. Tilsynsrådet kommer til det resultat, at han var

Anden del. Kap.VI.2.3.

inhabil, da lokalplanforslaget »har en så nøje sammenhæng med og er en direkte følge af den indgåede salgsaftale ...«.

Den 11/10 1982 fremsatte borgmesteren anmodning om fuldmagt til at sælge ...
»til en pensionskasse til opførelse af etagebyggeri«. Den 5/10 blev der underskrevet betinget skøde (skødet var underskrevet af viceborgmesteren).
Den 25/10 deltager borgmesteren i behandlingen af lokalplanen.

Som et noget tilsvarende tilfælde kan anføres en sag vedrørende en kommunalbestyrelses og økonomiudvalgs beslutning om at yde etableringstilskud til et kirkecenter. Støtten skal ydes som et kontant tilskud dels ved at kommunen køber en grund til delvis brug for kirkecentret (TR Ringkøbing 089-0-99-31-77 af 23. december 1977).

Det vedtages af såvel økonomiudvalg som kommunalbestyrelse at købe den pågældende grund. Denne grund tilhører borgmesteren, som deltager i begge møderne.

Ligesom i den ovenfor anførte sag bygger kommunalbestyrelsen sin afgørelse om at vedkommende er habil på en konstruktion, hvorefter det relevante sagsbehandlingsstadium tillægges karakter af *principbeslutning*. Kommunalbestyrelsen udtaler således, at beslutningen alene har karakter af en »*hensigtserklæring*« om at købe den pågældende ejendom, og at der ikke herved er taget stilling til handelens vilkår m.v.

Det fremgår imidlertid klart af beslutningsprotokollen, at der faktisk er truffet beslutning om købet, jfr. formuleringen »kommunen erhverver ejendommen med matr. nr. ... og anlægger et antal offentlige parkeringspladser samt yder ...«. Tilsynsrådet accepterer da heller ikke denne udlægning af sagsbehandlingens præliminære karakter men udtaler, at der efter rådets opfattelse ikke er tvivl om borgmesterens inhabilitet.

Anføres kan også en sag vedrørende en kommunalbestyrelses stillingtagen til et tilbud fra et medlem X om at opføre en administrationsbygning til udlejning for kommunen (IM 1971/941 -138 af 30. juni 1972).

Da bygningen i givet fald skulle opføres på en grund tilhørende X, erklæres denne inhabil, hvorefter der ikke er det fornødne flertal for tilbuddets videre behandling. Herefter modtager kommunalbestyrelsen tilbud fra Y og Z, som ikke er medlemmer af kommunalbestyrelsen. Deres tilbud går ud på at opføre administrationsbygningen på det samme areal, som de nu har erhvervet fra X.

Udover at forbindelsen mellem X og den primære sag som følge af

grundens ejerskifte kan synes brudt, søges eliminering eller svækkelse af forbindelsen opnået ved konstruktioner omkring karakteren af økonomiudvalgets sagsbehandling. Tre af økonomiudvalgets fem medlemmer indstiller til kommunalbestyrelsen, at tilbuddet bliver undersøgt nærmere. Et af de tre medlemmer er X. Under sagens behandling i kommunalbestyrelsen protesterer et af kommunalbestyrelsesmedlemmerne mod X's deltagelse i økonomiudvalgets behandling, hvorefter den samlede kommunalbestyrelse accepterer, at økonomiudvalgets indstilling ændres således, at der alene foreligger en »anbefaling« fra to af udvalgets medlemmer, og at tilbuddet undersøges nærmere.

Kommunalbestyrelsen vedtager herefter med 9 stemmer (herunder X's) mod 8 at betragte X som habil, og med samme stemmeafgivning bliver det vedtaget at undersøge det fremsatte tilbud nærmere.

Tilsynsmyndighederne tager ikke direkte stilling til kommunalbestyrelsens konstruktion vedrørende karakteren af økonomiudvalgets beslutning. Men som i de ovenfor anførte sager bygger tilsynsmyndighedernes bedømmelsesgrundlag alene på en vurdering af det reelle forhold mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem X og dennes interesse i den primære sag.

Ligeledes en sag vedrørende spørgsmålet, om en arkitekt, der udfører projekteringsarbejde for kommunen (for første gang i 18 år) kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om, hvorvidt der »fremtidig« stilles krav om passende forsikringsmæssig dækning af rådgiveransvaret, og om at rådgiveren stiller bank- eller sparekassegaranti på 10% af det samlede honorar (TR Sønderjylland 089-515-99-4-80).

Det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem kan ikke vedkende sig sin inhabilitet og henviser til, at den foreliggende sag må »karakteriseres som en *principiel sag* om kommunens praksis ved indgåelse af *fremtidige* rådgiveraftaler« (sidste *understregning* indsat af kommunalbestyrelsen).

Tilsynsrådet udtaler, at hvor sagen vedrører privatøkonomiske interesser, skal disse have »en sådan vægt, at man med rimelighed kan gå ud fra, at interessen i almindelighed vil påvirke et medlems stillingtagen. Selvom sagen ikke umiddelbart angår medlemmets aktuelle økonomiske interesser, kan der foreligge inhabilitet, hvis sagens afgørelse vil have til konsekvens, at medlemmets mulighed for at indgå udbyttegivende retshandler med kommunen forbedres eller forringes«.

Spørgsmålet om betydningen af sagsbehandlingens stadium kommer

Anden del. Kap.VI.2.3.

også klart til udtryk i en sag, hvor borgmesteren havde deltaget i økonomiudvalgets og en del af kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om støtte til opførelse af 25 boliger for et socialt boligselskab (TR Bornholm 089-05-99-6-1980 af 3. februar 1981).

Habilitetsspørgsmålet opstår først for kommunalbestyrelsen, da et medlem påpeger, at borgmesteren som direktør for en privat byggevirksomhed har interesser i sagen. Kommunalbestyrelsen har således oprindeligt opfattet sin afgørelse som en *principbeslutning* om det påtænkte antal boliger. Kommunalbestyrelsen har i forbindelse hermed ikke hæftet sig ved de tekniske specifikationer hidrørende fra økonomiudvalget, af hvilket det fremgår, at der skal anvendes en særlig type elementer hidrørende fra vedkommende byggefirma. Såvel tilsynsrådet som indenrigsministeriet udtaler, at borgmesteren har været inhabil under såvel kommunalbestyrelsens som økonomiudvalgets behandling af sagen (IM 1980/123 /0803-1 af 5. marts 1981).

Sagsbehandlingsens stadium får imidlertid afgørende betydning for spørgsmålet om retsvirkningen af inhabiliteten, idet indenrigsministeriet tilslutter sig tilsynsrådets afgørelse om ikke at foretage sig videre i sagen, »da kommunalbestyrelsens endelige beslutning blev truffet uden borgmesterens deltagelse ...«.

De her anførte tilfælde er således udtryk for et bedømmelsesgrundlag i harmoni med det i teorien indtagne standpunkt, hvorefter sagsbehandlingsens stadier som altovervejende hovedregel er uden betydning for, om et tilknytningsforhold er inhabilitetsbegrundende. Forsøgene på at bryde eller afsvække forbindelsen mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem (dennes interesse) og den primære sags afgørelse via konstruktionen *principbeslutning* imødegås af tilsynsmyndighederne. På grundlag af reale interessevurderinger søges interesseforholdene i det enkelte tilfælde afdækket.

At denne linje ikke uden videre er udtryk for gældende ret vil blive søgt illustreret i det følgende.

Indledningsvis skal anføres en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem er inhabil under behandlingen af spørgsmålet om kommunens fremtidige anvendelse og fortsatte besiddelse af et klubhus, når vedkommende har ansøgt kommunen om tilladelse til brug/leje heraf (TR Bornholm 089-01-99-5-1980 af 25. september 1980).

Vedkommende erklærer sig på kommunalbestyrelsens møde inhabil.

Borgmesteren er ikke enig heri, »idet sagen ikke drejede sig om udlejning af klubhuset, men om hvorvidt kommunen overhovedet ønskede at eje huset«. Dette synspunkt uddybes i en skrivelse fra kommunalbestyrelsen til tilsynsrådet, hvor der henvises til, at sagen »ikke drejede sig om ansøgning, men om hvad der *principielt* skulle ske fremover med bygningen«. Og ligeledes senere, at sagen »*var af principiel karakter*«(11/8 1980).

Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem henviser som grundlag for sin inhabilitet til, at det ville tjene vedkommendes »personlige interesser *at gå imod husets afhændelse*«.

Medens borgmesteren og kommunalbestyrelsens flertal således lægger vægt på sagens formelle genstand/sagsbehandlingens stadium, anlægger vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem en interessevurdering, hvis grundlag er den afledte virkning af kommunalbestyrelsens principbeslutning. Tilsynsrådet tager ikke direkte stilling til spørgsmålet om habilitet, formentlig fordi sagen rummer andre sagsbehandlingsspørgsmål som principielt kunne bevirke tilsidesættelse af afgørelsen i medfør af styrelseslovens § 61.

Anføres kan også en sag, om en fiskeskipper, der er medlem af havneudvalget, kan medvirke ved behandlingen af et lokalplanforslag vedrørende den pågældende havn. Lokalplanen vedrører spørgsmålet om opførelse af redskabsskure for fiskerne på havnen (TR Bornholm 089-05-99-1-1983 af 23. august 1983).

Tilsynsrådet statuerer habilitet med henvisning til, at han »der alene er medlem af havneudvalget, ikke har været med til at *træffe beslutninger* i sagen, eftersom dette udvalg *kun indstiller til kommunalbestyrelsen og ikke har afgørelseskompetence*«.

Som et andet eksempel kan anføres et tilfælde, hvor en kommunalbestyrelse og teknisk udvalg har erklæret et kommunalbestyrelsesmedlem inhabil i forhold til en drøftelse af, om et område i ... bys centrum skulle inddrages under lokalplanen (TR Ringkøbing 089-0-99-13-82 af 11. august 1982).

Kommunalbestyrelsen anfører som begrundelse for at statuere inhabilitet, at det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem har lejet den ejendom, fra hvilken han driver forretning, af sin mor, og at den påtænkte lokalplan vil »pålægge ejendommen sådanne byrder, at ... må siges at have en væsentlig interesse i sagen«.

Tilsynsrådet finder derimod ikke, at der foreligger inhabilitet ved

Anden del. Kap.VI.2.3.

teknisk udvalgs behandling af sagen, idet »indholdet af en eventuel lokalplan *alene blev drøftet rent foreløbigt*«. Og »da der således ikke har foreligget noget forslag til en lokalplans *konkrete indhold til beslutning* har ... efter tilsynsrådets opfattelse ikke haft en sådan væsentlig interesse i sagen. ...«.

I en anden sag forelagt indenrigsministeriet havde et kommunalbestyrelsesmedlem og en borgmester til trods for deres medlemskab af en banks repræsentantskab deltaget i afgørelsen af spørgsmålet, om nogle banken tilhørende kontorlokaler skulle udlejes til kommunen, og i bekræftende fald på hvilke vilkår dette skulle ske (IM 1968/1-1787 af 23. december 1968).

Det oplyses, at lejemålet blev godkendt på et møde i forretningsudvalget for sammenlægning af kommuner. Ved dette møde deltog, foruden de to nævnte medlemmer af bankens repræsentantskab, også et kommunalbestyrelsesmedlem, der var medlem af den pågældende banks bestyrelse.

Indenrigsministeriet udtaler herom, at »der ikke opstår spørgsmål om de respektive medlemmers habilitet, da disse fællesudvalg for sammenlægning *ikke har myndighed til at træffe afgørelser, der er bindende* for de bestående kommuner eller for den fremtidige kommune«.

Anføres skal også en sag, om to kommunalbestyrelsesmedlemmer, der er ansat i ledende stillinger på fabrikken Cheminova, kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en høring fra miljøankenævnet til brug for dets afgørelse af en klage fra Thyborøn Havns Fiskeriforening. Klagen vedrører en afgørelse truffet af miljøstyrelsen og amtsrådet vedrørende de nærmere betingelser for forureningsbegrænsning i forbindelse med virksomhedens fjernelse af affaldsstoffer fra produktionen af insektgifte (TR Ringkøbing 089-0-99-23-82 af 22. september 1982).

Kommunalbestyrelsen anser ikke de pågældende for inhabile.

Tilsynsrådet erklærer sig enig i den af kommunalbestyrelsen trufne afgørelse »i det konkrete tilfælde«.

Som grundlag for sin afgørelse lægger tilsynsrådet vægt på, »at der ikke var tale om en beslutning af væsentlig personlig og/eller økonomisk betydning for de to kommunalbestyrelsesmedlemmer, *men alene om afgivelse af en udtalelse på en høring i anledning af en allerede verserende klagesag*«.

I forhold til grundsætningen om, at habilitetskravene er gældende for samtlige sagsbehandlingsstadier, er det vanskeligt at se, at den primære

sags karakter af høring i anledning af en allerede verserende klagesag på adækvat vis skulle kunne begrunde habilitet. En sådan høring foretages jo som grundlag for sagens oplysning og dermed dens afgørelse i miljøankenævnet.

At også ombudsmanden tillægger spørgsmålet om sagsbehandlingsstadier afgørende vægt ved bedømmelsen af, om et tilknytningsforhold er inhabilitetsbegrundende, fremgår klart af en sag om, hvorvidt to kommunalbestyrelsesmedlemmer B og C er inhabile i forhold til en sag om kommunens anvendelse af nogle arealer, som visse almennyttige boligselskaber havde fremsat ønske om at udnytte. De to kommunalbestyrelsesmedlemmer er formænd for to af de fire boligselskaber (S1 og S2), der var interesserede i arealerne (FOB 1975 s. 545ff).

For at give et udførligt billede af tilknytningsforholdets karakter og indflydelse på sagsbehandlingen vil sagens forløb i det følgende blive ret indgående beskrevet:

Kommunen havde en årrække overvejet at udnytte arealerne. Den fornyede interesse var bl.a. fremkaldt af en henvendelse fra de fire selskaber, hvoriblandt var selskaberne S1 og S2. Henvendelsen til kommunen var formuleret som en anmodning om hjælp til at skaffe egnede arealer til opførelse af almennyttigt boligbyggeri. Da kommunen påbegyndte en egentlig planlægning af områdets udnyttelse, rettede man, under henvisning til selskabernes tidligere tilkendegivne interesse, henvendelse til selskaberne med forespørgsel om, hvorvidt de fortsat var interesserede i byggeri i kommunen, og om de agtede straks at påbegynde byggeriet, såfremt arealer kunne anvises. Selskaberne svarede med et tilsagn til kommunen om, at de var interesserede i at gå i gang med at opføre byggeri, såfremt de fornødne arealer kunne anvises.

Derefter behandlede økonomiudvalget sagen og besluttede at indkalde selskaberne til en forhandling. Byplanarkitekten udarbejdede oplæg til program for udnyttelsen af arealet med forslag til principper for boligstørrelse og boligfordeling. Økonomiudvalget anbefalede planlægningsudvalgets indstilling. Under dette møde i økonomiudvalget protesterede kommunalbestyrelsesmedlem B mod, at der manglede indstilling om, at det omhandlede byggeri kunne benyttes til socialt boligbyggeri.

Kommunalbestyrelsen behandlede forslaget og besluttede at udsætte sagen til efter økonomiudvalgets behandling af spørgsmålet om overdragelse af arealet til interesserede boligselskaber.

Økonomiudvalget besluttede at indstille, at *»arealet blev bebygget af et almennyttigt boligselskab«*. Samtidig anmodede økonomiudvalget om be-

Anden del. Kap.VI.2.3.

myndigelse til at forhandle med de interesserede boligselskaber, herunder om overdragelse af arealet.

Under en »principdebat« i kommunalbestyrelsen om »kommunens boligforhold« bliver der fremsat ændringsforslag om, at sagen bliver sendt tilbage til økonomiudvalget til fornyet behandling. Dette forslag blev nedstemt med *11 stemmer mod 10*.

Dernæst stemmer byrådet om økonomiudvalgets indstilling »med den tilføjelse, at der også skulle optages forhandling med boligselskabet S2«. Dette forslag vedtages med *11 stemmer mod 10*.

Såvel kommunalbestyrelsesmedlem B (formand for selskabet S1) som kommunalbestyrelsesmedlem C (formand for selskabet S2) deltager i sagens behandling og afstemning.

I forbindelse med kommunalbestyrelsens behandling af habilitetsspørgsmålet erklærer B sig inhabil med henvisning til, at boligselskabet S1 »tidligere havde indsendt forslag til byggeri på den omtalte grund«. Yderligere fremførte B, at borgmesteren og økonomiudvalget tidligere »havde givet grønt lys for, at boligselskabet måtte fremkomme med planer for almennyttigt byggeri på den omtalte grund ...«.

Derimod mener C sig habil med henvisning til, at der var tale om en »principdebat om udnyttelse af arealet og ikke en stillingtagen til, hvem arealet skulle overdrages«. Desuden er C indvalgt af kommunalbestyrelsen som dennes repræsentant i selskabet.

Kommunalbestyrelsen anser dem begge for habile med henvisning til, at »det drejer sig om byrådets principdebat om boligforhold og ikke om en egentlig afgørelse af, til hvilket boligselskab arealet skulle afhændes«.

Tilsynsrådet og ombudsmanden tilslutter sig såvel dette resultat som grundlaget herfor.

Om C's habilitet udtales såvel af ombudsmanden som af tilsynsrådet, at en inhabilitetsbegrundende interessekonflikt ikke foreligger i tilfælde, hvor det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem er udpeget af kommunalbestyrelsen som dennes repræsentant i foreningens eller selskabets bestyrelse (jfr. herom bl.a. afsnit 3 om interessens materielle karakter).

Med hensyn til B's habilitet udtaler ombudsmanden, at udgangspunktet må være, »at han ville være inhabil ved byrådets eller udvalgets behandling af en sag, hvori det selskab, hvis bestyrelse han er formand for, er part«. I det foreliggende tilfælde var der imidlertid efter det oplyste alene tale om en principdebat om kommunens boligforhold, hvorunder der blev truffet en

principafgørelse vedrørende anvendelse af det omtalte areal; der blev vel herunder truffet afgørelse om, at der (også) skulle forhandles med boligselskabet X, men dette skete som led i en bredere beslutning om, hvilke selskaber der skulle forhandles med, og på grundlag af den almindelige beslutning om, at arealet skulle bebygges af det almennyttige boligselskab«.

Også tilsynsrådet lægger ved sin afgørelse om B's habilitet afgørende vægt på, at sagen »*alene drejer sig om en principdebat om boligforhold*», og at der således ikke i forbindelse med sagens behandling i byrådet var spørgsmål om udøvelse af tilsynsfunktioner«.

Samtlige involverede myndigheder støtter således deres afgørelse om, at B er habil, på den opfattelse, at det pågældende sagsbehandlingsstadium har karakteren af en *principdebat*. Denne konstruktion dækker over slutninger på grundlag af den primære afgørelses formelle fremtrædelsesform. En mere reelt betonet vurdering af interessens karakter og styrke kunne eksempelvis bygge på følgende forhold:

De omhandlede selskaber er stærkt interesserede i, at området besluttet anvendt til socialt byggeri. Sagen herom er taget op på initiativ af selskaberne selv. Disse selskaber er via en hørings- og forhandlingsprocedure direkte involverede i beslutningsprocessen, der leder frem til »*principdebatten og principbeslutningen*«.

Interessen i udnyttelse af området til socialt byggeri er repræsenteret i økonomiudvalget ved B. Denne repræsentation benyttes til at sikre indstilling om, at arealet kan benyttes til socialt byggeri.

Både B og C er ikke blot repræsenteret i de respektive selskabers *bestyrelse* men er også *formænd* for disse.

Hvis debattens reelle indhold som angivet er kommunens boligforhold, er dette generelle (overordnede) spørgsmål så snævert forbundet med det konkrete spørgsmål om udnyttelsen af det pågældende areal til socialt byggeri, at det i relation til vurderingen af selskabernes interesse i debattens udfald er stærkt misvisende at anvende termen »*debat om kommunens boligforhold*«.

Selvom der kan spores visse nuanceforskelle i henseende til det indhold, de enkelte myndigheder tillægger konstruktionen principdebat/principforslag, er den for dem alle udtryk for, at det relevante sagsbehandlingsstadium løsner eller bryder forbindelsen mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den primære afgørelse, således at der ikke eksisterer

Anden del. Kap.VI.2.3.

en forbindelse, der kan begrunde en inhabilitetsbegrundende interesse. Kommunalbestyrelsen lægger således vægt på, at der ikke træffes beslutning om, til *hvilket* selskab arealet skal afhændes, jfr. formuleringen »da det drejede sig om byrådets principdebat og ikke om en egentlig afgørelse af, til *hvilket* selskab arealet skulle afhændes«.

Kommunalbestyrelsen tillægger det således implicit afgørende vægt, at de involverede selskaber formelt er adressat for og dermed part i forhold til den trufne afgørelse.

Denne tankegang kommer endnu klarere til udtryk i ombudsmandens bedømmelsesgrundlag. Medens ombudsmanden heller ikke tillægger selskabernes interesse i beslutningen om anvendelse af arealet betydning for habilitetsvurderingen, inddrages i bedømmelsesgrundlaget den del af beslutningerne, som direkte kan relateres til de enkelte selskaber. Således udtaler ombudsmanden, »at der vel herunder (læs principdebatten) blev truffet afgørelse om, at der (også) skulle forhandles med selskabet S1. Imidlertid vælger ombudsmanden at se bort fra dette forhold, idet det betragtes »som et led i en bredere beslutning om, hvilke selskaber der skulle forhandles med, og på grundlag af den *almindelige beslutning* om, at arealet skulle bebygges af et almennyttigt boligselskab«.

Ombudsmanden giver hermed udtryk for den grundlæggende tankegang bag anvendelsen af begrebet *principbeslutning*. En sådan beslutning er af et »bredere« mere »almindeligt« indhold i modsætning til den konkrete afgørelse stilet til en bestemt adressat.

Det er den tilsvarende tankegang, der ligger til grund for sondringen mellem generelle regler og konkrete afgørelser. De førstnævnte henvender sig til en ubestemt flerhed af personer/og eller forhold, medens de sidstnævnte henvender sig til en bestemt person eller en bestemt flerhed af personer og/eller forhold.

Konstruktionen principbeslutning tillægges et indhold, der ikke reelt afspejler de tilknytningsforhold/interesser, som konstruktionen angiveligt omfatter. De trufne beslutninger retter sig ikke imod en ubestemt flerhed af forhold men mod interesser, som meget skarpt lader sig definere og afgrænse.

En grundlæggende *nødvendig* forudsætning for, at et af selskaberne overhovedet kan komme på tale er, at der træffes beslutning om, at arealet skal anvendes til socialt byggeri. I det omfang de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer er interesserede i at komme i betragtning, hvilket

på baggrund af det skitserede sagsforløb må anses for givet, *må* de stemme for beslutningen om anvendelse af området til socialt byggeri.

At netop denne stemmeafgivning tilmed - »som konkret væsentlig« - var en nødvendig forudsætning for afstemningsresultatet *understreger blot forbindelsen mellem* »principbeslutningen« og de interesser, der er bedømmelsens genstand (Om betydningen af afstemningens resultat, jfr. kap. XI).

Den eneste mulighed for herefter at statuere habilitet på grundlag af en real vurdering af de involverede interesser ville være, om de respektive selskabers interesse i beslutningen, om områdets anvendelse kunne anses for at være for *indirekte* i forhold til beslutningen om, til hvilket selskab arealet skal overdrages. At der imidlertid skulle foreligge en sådan indirekte grad af forbindelse mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den primære afgørelse kan ikke antages. Når således beslutningen om arealets anvendelse er truffet, vil der være 50% chance for, at et af de to selskaber (af de 4 mulige) kan erhverve arealet, eller 25% chance for, at et af disse erhverver det i forhold til de tre andre mulige.

Til yderligere illustration af ombudsmandens anvendelse af bedømmelsesgrundlag, hvorefter omstændigheder omkring beslutningsproceduren og sagsbehandlingsstadier bliver afgørende for vurderingen af den involverede interesse, kan anføres sagen om forskellige habilitetsspørgsmål i forbindelse med udstykning og spildevandsanlæg af betydning for et erhvervs- og udviklingselskab, i hvilket flere kommunalbestyrelsesmedlemmer - herunder borgmesteren - har interesse (OBM 1975/1141/42 af 27. maj 1977).

Udover de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer, der som anført er involverede i selskabet som aktionærer, er borgmesteren (BM) og kommunalbestyrelsesmedlem (NL) også medlemmer af selskabets bestyrelse. NL deltager som repræsentant for udstykningskonsortiet og erhvervs- og udstykningselskabet i nogle møder i teknisk udvalg og ligeledes i et møde mellem økonomiudvalget og teknisk udvalg. Jfr om sagen iøvrigt nedenfor afs. 3.2.

Om NL's habilitet under disse møder udtaler ombudsmanden, at »møderne i teknisk udvalg ... synes nærmest at måtte karakteriseres som fælles *forberedende* møder om forslag til bebyggelsesplan, som kunne danne grundlag for et udkast til partiel byplanvedtægt og udstykningsplan for området. Jeg finder derfor ikke, at der var anledning til at kritisere, at der

Anden del. Kap. VI.2.3.

ikke på disse møder blev foretaget en skarpere opdeling af mødernes fællesfase og de faser, hvor kommunens udvalg forhandlede indbyrdes og traf beslutning om de rejste spørgsmål«.

Ombudsmanden lægger således afgørende vægt på, om det pågældende møde kan karakteriseres som »forberedende«. At dette virkelig i overensstemmelse med naturlig sprogbrug skal opfattes som betegnelse for møder, der ikke træffer egentlige beslutninger, fremgår af den følgende sætning, hvor ombudsmanden om et andet af disse »fællesmøder« udtaler, at »i det omfang møderne havde karakter af *forhandling* mellem de to interessegrupper, forelå der for så vidt ikke inhabilitetsspørgsmål, idet det for de øvrige medlemmer i teknisk udvalg måtte være klart, at NL under disse forhandlinger repræsenterede konsortiet/selskabet« (jfr. i øvrigt afsnit 2.5. om rollemasker).

I begge tilfældegrupperne synes det pågældende sagsbehandlingsstadium at være blevet tillagt vægt. I den førstnævnte gruppe anvendes kriteriet »*forhandling*«, i den anden kategori anvendes kriteriet »fælles *forberedende*«. Det er vanskeligt at se, hvilken forskel der er tillagt begreberne *forhandling* og fælles *forberedende*. Imidlertid synes der nærmest at være tale om synonymy. At graden af mødernes forberedende karakter er af betydning i henseende til interessevurderingen, synes også at fremgå af ombudsmandens bemærkninger om yderligere et møde: »Derimod er det et spørgsmål, om en sådan skarp deling ikke burde være foretaget før mødet ... Der forelå her til bedømmelse to alternative forslag til bebyggelse af området, teknisk udvalg besluttede på mødet at indstille til kommunalbestyrelsen, at det ene af forslagene - i øvrigt i overensstemmelse med udstykningskonsortiets ønsker - blev fremmet«. Karakteristisk for dette møde i forhold til de øvrige er, at det udmunder i en *beslutning* fra udvalget. Det vil sige en indstilling til kommunalbestyrelsen.

Også borgmesteren deltog i et møde mellem teknisk udvalg og økonomiudvalget om midlertidig kloakering af ... området. Herom udtaler ombudsmanden, at »det fremgår, at BM deltog på dette møde som repræsentant for turistselskabet. Der opstår derfor ikke herved noget inhabilitetsspørgsmål, for så vidt som mødet fremtrådte som en *egentlig forhandling* mellem konsortiet og selskabet på den ene side og de to kommunale udvalg på den anden« (jfr. i øvrigt afsnit 2.5. om rollemasker).

Sammenfattende kan anføres, at den indledningsvis påpegede grundsæt-

ning, hvorefter habilitetskravene er gældende på samtlige sagsbehandlings stadier, er at betragte som et udgangspunkt med stor styrke i praksis. På den anden side er fravigelserne fra dette udgangspunkt så manifesterede, at grundsætningen ikke umodificeret kan siges at afspejle gældende ret (praksis). Man kan således konstatere, at grundsætningen i hvert tilfælde ikke uden videre respekteres i forhold til de kommunale habilitetskrav.

Imidlertid synes der ikke på grundlag af den behandlede praksis at være mulighed for nogen almen afgrænsning af modifikationens indhold og rækkevidde. Praksis er i denne henseende uden klar linje.

2.4. Den primære afgørelses form

Som anført fordres sædvanligvis, at en interesse for at være inhabilitetsbegrundende skal være af »særlig« karakter. Selve det forhold, at den primære afgørelse i sin form er *generel* må rumme en formodning imod men udelukker naturligvis ikke eksistensen af særlige interesser i afgørelsen. Spørgsmålet bliver herefter, om interessens inhabilitetsbegrundende karakter afgøres på grundlag af reale interessevurderinger, eller om og i bekræftende fald i hvilket omfang afgørelsens generelle form i sig selv danner grundlag for at statuere habilitet.

Den primære afgørelses generelle form vil ofte faktisk korrespondere med en så indirekte grad af tilknytning, at der allerede af denne grund ikke foreligger en inhabilitetsbegrundende interesse. For så vidt er afgørelsens generelle form uden selvstændig betydning, idet den pågældende tilknytningsgrad under alle omstændigheder - d.v.s. uanset afgørelsens form - ikke konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse.

Anderledes er situationen derimod i tilfælde, hvor den trufne afgørelse - på trods af sin generelle form - er af direkte og væsentlig betydning for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem. I sådanne tilfælde kan tilknytningsforholdets udbredelse - som dette kommer til udtryk i afgørelsens generelle form - i et vist omfang tjene som grundlag for klassificering af interessen som materielt lovlig. Det er dette forhold som er det egentlige betydningsindhold af begrebssættet interesser af »særlig« i modsætning til »almen« karakter.

Klassificeringen af en interesse som materielt lovlig kan således såvel være af *ægte* materiel karakter, idet bedømmelsesgrundlaget substantielt sigter mod interessens indholdsmæssige væsen, som af »uægte«, idet

Anden del. Kap. VI.2.4.

bedømmelsesgrundlaget sigter mod eller består i slutninger fra graden af tilknytning og/eller interessens udbredelse til interessens materielle karakter, jfr. nedenfor afsnit 3.

Frihagen (Inhabilitet i forvaltningen s. 26) behandler spørgsmålet om inhabilitet på grund af klare interesser i sager, som ikke har nogen direkte virkninger for vedkommende, og sager, hvor virkningen af afgørelsen heller ikke rammer vedkommende på samme måde som den, der direkte er adressat for afgørelsen. Eksempelvis anføres forskellige tilfælde af reguleringssager. Der antages imidlertid at være en betingelse for at statuere inhabilitet, at der er tale om en *særfordel/ulempe*. H. Hammer (Kommuneloven med kommentarer s. 61) antager, at den omstændighed, at en person er grundejer inden for et reguleringsområde, næppe i sig selv er nok til at vedkommende regnes for part i reguleringssagen. Noget sådant er imidlertid tilfældet, når planen kan få »en vis praktisk (økonomisk) betydning ...« for vedkommende.

Den norske kommunelovs § 15, 1. punktum angav før ændringen som kriterium for en inhabilitetsbegrundende interesse, »personlig særfordel, tab af ansvar af betydning«. Derimod havde kommuneloven ingen særskilt bestemmelse for »part«. Det antages, at der ved fortolkningen af forvaltningslovens § 6, 2. led i vid udstrækning vil kunne lægges vægt på hvad der fremkommer i forbindelse med de anførte kriterier i kommuneloven. Samtidig anføres det imidlertid, at der ikke kan ses bort fra, at forvaltningsloven vil kunne føre til en noget strengere praksis. Se i øvrigt de angivne eksempler fra praksis (op cit. s. 66ff).

Spørgsmålet bliver herefter, hvor grænserne går for den habilitetsmæssige legitimering af interessen med henvisning til den primære afgørelses form og interessens heraf afledte generelle/almene karakter.

Som et klart eksempel til illustration af formodningsreglens indhold og gennemslag i praksis kan anføres en sag, om en ansat ved et olieselskab kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af et fjernvarmeprojekt (TR Bornholm 089-07-99-3-1984 af 28. juni 1984). Tilsynsrådet statuerer habilitet. Som grundlag herfor lægges foruden spørgsmålet om vedkommendes ansættelse og arbejdsforhold vægt på, at varmeprojektet *»har en så generel karakter, at det som vedrørende større dele af kommunens beboere giver anledning til politisk betonet debat om kommunens fremtidige struktur på varmeforsyningsområdet«*.

Grundlaget for afgørelsen rummer således samtlige de anførte bedømmelselementer, der taler for at statuere habilitet: Den fjernere/indirekte tilknytning, afgørelsens generelle form - interessens udbredelse til større

dele af kommunens beboere og spørgsmålets heraf afledte *politiske/almene* og dermed materielt lovlige karakter.

Hvor disse betingelser ikke åbenbart er tilstede, må spørgsmålet om interessens karakter bero på en konkret vurdering af det enkelte tilfælde. Til illustration heraf vil i det følgende blive gennemgået nogle tilfælde, hvor der statueres inhabilitet på trods af den primære afgørelses generelle form.

Indledningsvis skal anføres en sag, om en advokat, der var medlem af kommunalbestyrelsen, kan deltage i forhandlinger og afstemning om en byplanvedtægt for et område, hvor han selv besidder ejendomme (IM 1578/1967 af 21. februar 1968). Forslaget går ud på en ændring af byplanvedtægten, hvorefter der bliver givet adgang til en væsentlig større udnyttelse end hidtil, idet der bliver åbnet mulighed for fri anvendelse af 1.sals-lokaliteter samt valgfrihed med hensyn til opførelse af bygninger i 2 eller 2 1/2 etages højde. Der er således efter forslaget skabt mulighed for en væsentlig højere udnyttelsesgrad i det pågældende område. Efter at kommunalbestyrelsens flertal har bestemt, at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem ikke skal anses for inhabil, bliver forslaget til forøgelse af udnyttelsesgraden vedtaget med 8 stemmer mod 7. Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem deltager i afstemningen. Amtsrådet (daværende tilsynsmyndighed) udtaler, at rådet efter det i sagen oplyste ikke finder tilstrækkeligt grundlag for at betragte den pågældende som inhabil under sagens behandling. Indenrigsministeriet udtaler her overfor, at »... må antages at have haft sådanne væsentlige personlige interesser i sagen vedrørende ændringerne i byplanvedtægten, at han ikke burde have deltaget i sognerådets forhandlinger og afstemninger angående vedtægten«.

Da tilknytningsforholdet mellem det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem og sagen er afsvækket derved, at den primære afgørelse har karakter af en *generel regel*, må der stilles kvalificerede krav til dokumentation for eksistensen af en *særlig* interesse. Indenrigsministeriets bedømmelsesgrundlag bygger da også på grundige overvejelser over interessens art og styrke. Ministeriet tager således stilling til betydningen af, at vedkommendes økonomiske interesser i forskellige henseender er afsvækket. Det bliver oplyst at ... i 1967 har afhændet den ene ejendom, i hvilken der var indrømmet en person en lejeret med livsvarig uopsigelighed. Ved afhændelsen var der taget forbehold om, at kommunalbestyrelsesmedlemmet

Anden del. Kap. VI.2.4.

ikke påtog sig noget ansvar for, at ejendommen kunne udnyttes i overensstemmelse med den reviderede byplan. Den anden ejendom, som vedkommende havde erhvervet i 1965, var straks efter erhvervelsen blevet tilbudt kommunen til overtagelse på samme vilkår, idet der var blevet tilstillet kommunen tilbud om at overtage ejendommen til den bogførte værdi og i øvrigt på samme vilkår som vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem selv havde opnået ved erhvervelsen.

Indenrigsministeriet udtaler med hensyn til disse forhold, at »det ikke kan tillægges afgørende vægt, med hvilken hensigt de pågældende ejendomme i sin tid måtte være erhvervet eller at ejendommen er afhændet efter sagens behandling, når dog ejendommens besiddelse tjente et økonomisk formål«. Indenrigsministeriet finder endvidere ikke, »at den livsvarige beboelses- og udnyttelsesret som er indrømmet lejerer af en begrænset del af bebyggelsen på matr. nr. ... medfører sådanne begrænsninger i ejerens muligheder for udnyttelse af ejendommen efter byplanvedtægt ..., at den nævnte betingelse i væsentlig grad har kunne formindske ejerens økonomiske interesser i sognerådets behandling af sagen«. Indenrigsministeriet foretager således en ret så intensiv konkret bedømmelse af interessens art og omfang. Udgangspunktet er en konstatering af, at besiddelse af ejendomme med økonomisk formål for øje, d.v.s. ejendomme, der er beregnet til andet end beboelse, medfører inhabilitet med hensyn til beslutninger, der kan påvirke det økonomiske udbytte af ejendommen. Den blotte konstatering af vedkommendes ejendomsret suppleres af en konkret interessevurdering, hvis formål er at efterprøve, om ejendomsbesiddelsen også faktisk er udtryk for en økonomisk interesse. Om opfyldelsen af dette krav udtaler indenrigsministeriet, at det er uden afgørende betydning »med hvilken *hensigt* den pågældende ejendom er erhvervet ... eller at ejendommen er afhændet efter sagens behandling, når dog ejendomsbesiddelsen har tjent et økonomisk *formål*«.

I det omfang udtrykket »formål« refererer til subjektive bevæggrunde, er de understregede sætninger sprogligt modstridende. Formuleringen må skulle forstås derhen, at det afgørende er, om ejendommen rent objektivt har været af økonomisk betydning for vedkommende. Det er i denne henseende underordnet, om vedkommende rent faktisk har haft fortjeneste eller lidt tab på sin besiddelse. Det afgørende er, om ejendomsbesiddelse generelt /gennemsnitligt indebærer en økonomisk interesse. Dette spørgsmål tager indenrigsministeriet stilling til med udtalelsen om, at den

livsvarige beboelses- og benyttelsesret ikke findes at udgøre sådanne begrænsninger i ejerens muligheder for udnyttelse af ejendommen efter byplanvedtægten, »... at den nævnte ret i væsentlig grad har kunnet formindske ejerens økonomiske interesse i udfaldet af sognerådets behandling af sagen«.

Hermed tages der ikke blot i almindelighed stilling til rækkevidden af sådanne rådighedsindskrænkninger, men der tages også helt konkret stilling til den foreliggende indskræknings forhold til den omhandlede kommunalbestyrelsesbeslutning (byplanvedtægten).

Som et andet eksempel kan anføres sagen, om en borgmesters habilitet i forbindelse med indførelse af en betalingsvedtægt for kommunen (TR Frederiksborg 089-201 -99-1-1975 af 24. februar 1976). »Parcellerne kan ikke påregnes afhændet, før end byggemodningsomkostningerne er kendt«. Det er spørgsmålet om disse byggemodningsomkostninger, der repræsenterer borgmesterens interesse i sagen. Spørgsmålet er herefter bl.a., om denne interesse i sig selv kan anses for inhabilitetsbegrundende. Herom udtaler tilsynsrådet, at der på grundlag af oplysningerne om »arten og omfanget af de ejendomme, som borgmesteren ejer i kommunen« må antages at foreligge »en så direkte personlig og økonomisk interesse i betalingsvedtægtens vedtagelse, at han af denne grund ikke burde have deltaget i sagens behandling ...«. Tilsynsrådet annullerer kommunalbestyrelsens beslutning i medfør af styrelseslovens § 61.

Endelig kan der anføres et noget lignende tilfælde, om en borgmesters habilitet i forhold til kommunens køb og efterfølgende videresalg af nogle grunde til et pensionsforsikringsselskab, til hvilket borgmesteren er knyttet ved medlemskab af bestyrelse og forretningsudvalg (TR Frederiksborg 089-223-99-13 -1982 af 11. april 1983).

For så vidt angår kommunalbestyrelsens behandling af lokalplanen for området statuerer tilsynsrådet inhabilitet med henvisning til, »at dette lokalplanforslag har en så nøje sammenhæng med og er en direkte følge af den indgåede salgsaftale«.

På grundlag af disse tilfælde tegner der sig således en udtalt tendens i retning af en ret intensiv real afgrænsning med hensyn til interessens eksistens og omfang. Den anførte praksis er klart udtryk for, at den primære afgørelses generelle form ikke i sig selv er til hinder for at statuere inhabilitet, idet tilsynsmyndighedernes bedømmelse sigter mod afdækning af vedkommendes konkrete interesser i afgørelsen. Imidlertid fremviser

Anden del. Kap.VI.2.4.

praksis også eksempler på, at afgørelsens generelle form betinger habilitet, selvom det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem har en personlig økonomisk interesse i sagen.

Som eksempel herpå kan anføres et tilfælde vedrørende spørgsmålet, om et kommunalbestyrelsesmedlem er specielt inhabil i teknisk udvalgs drøftelse af kloakeringsproblemer i et sommerhusområde (bestående af 200 huse), hvor vedkommende selv er lodsejer. (TR Ringkøbing 089-0-99-13-82 af 11. august 1982).

Interessen kan afgrænses til et modsætningsforhold mellem grundejere, hvis grunde er henholdsvis højt og lavt beliggende. Ejere af højt beliggende grunde vil således være uinteresserede i den del af projektet, som vedrører de lavere liggende grunde men vil i givet fald blive bundet af en fælles løsning for hele området.

Tilsynsrådet statuerer ikke inhabilitet, idet rådet lægger vægt på, at der i sager af mere *generel* karakter, d.v.s. »sager, der får betydning for en *stor kreds af borgere* eller for afgørelsen af mange fremtidige enkeltsager, kan være grund til at udvise tilbageholdenhed med hensyn til at statuere inhabilitet«. Hertil føjer rådet, at »den omstændighed, at et byrådsmedlems ejendom bliver omfattet af en given beslutning, vil ikke i sig selv kunne begrunde inhabilitet«.

Hermed gives der klart udtryk for, at en tilknytningsgrad, som isoleret betragtet ville begrunde partsstatus, ikke i sig selv konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse. Interessen skal her udover i materiel henseende kunne karakteriseres som *særlig*. Som grundlag for bedømmelsen heraf sættes det forhold, at også andre borgere har den pågældende interesse. I det omhandlede tilfælde er det forhold, at 200 parceller berøres, således tilstrækkeligt til at klassificere interessen som almen, og det selv om der som anført ikke uden videre kan opereres med en egentlig *fælles interesse* for den omfattede gruppe.

Denne tankegang udtrykkes også klart i et tilfælde, om en borgmester var inhabil i en sag om opkrævning af bidrag til detailkloakering i et område, inden for hvilket vedkommende selv og hans far boede (TR Storstrøm 089-361-99-1- 1981 af 27. august 1981).

Tilsynsrådet statuerer habilitet med henvisning til den ovenfor anførte retssætning, hvorefter der i sager »af mere generel karakter, d.v.s. sager som får betydning for en stor kreds af borgere ...«. Om forholdet til det konkrete foreliggende tilfælde udtaler rådet, at hvor en kommunalbestyrel-

se »skal tage stilling til f.eks. betalingsvedtægt eller sager på det planlægningsmæssige område, vil ofte så væsentlige dele af kommunen være berørt, at det ikke kan undgås, at også kommunalbestyrelsesmedlemmer vil kunne berøres«.

Til illustration af hvor langt disse bedømmelseselementer kan bære i retning af at legitimere den enkeltes privatøkonomiske interesser kan anføres en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem var inhabil under kommunalbestyrelsens behandling af forslag om udbygning af et rensningsanlæg (TR Århus 089-715-90-7-1982 af 21. oktober 1982). Det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem har en gård med tilhørende dambrug i strømrøret. Vedkommende har som lodsejer og part været indkaldt til møde med amtskommunens vandvæsen. Vedkommendes igangværende dambrug modtager ikke vand fra åen, men enkelte fiskedamme, som ikke på sagens tidspunkt er i brug, ville kunne tages i brug efter udbygning af rensningsanlægget. Herudover oplyses, at vedkommende sælger fiskekort, som giver ret til at fiske i åen.

Tilsynsrådet statuerer habilitet med henvisning til indenrigsministeriets retsopfattelse, hvorefter det tillægges »betydelig vægt« om den primære afgørelse er af »generel karakter og således berører *større dele af kommunens befolkning eller alene berører det pågældende medlem eller en begrænset kreds*«. Herudover lægges også vægt på interessens forholdsmæssige betydning, d.v.s. om »den enkeltes personlige interesse i forhold til forslaget er af underordnet karakter, og endelig at der i forhold til sådanne forslag må regnes med, at enkelte bestyrelsesmedlemmers »individuelle interesser altid i et vist omfang vil blive berørt«. På grundlag heraf er tilsynsrådet af den opfattelse, at vedkommendes interesser er »af så underordnet karakter, at de hverken kan påvirke ...s stemmeafgivning eller for omverdenen fremkalde frygt for noget sådant«.

At konstruktionen har sine grænser kommer - foruden i de indledningsvis anførte eksempler - til udtryk, når tilsynsrådet statuerer inhabilitet i en sag, hvor spørgsmålet er, om syv kommunalbestyrelsesmedlemmer kan deltage i behandlingen af spørgsmålet om kommunen skal foretage opkrævning af for lidt betalt ejendomsskyld, når de pågældende er ejere af ejendomme, for hvilke der er opkrævet for lidt. (TR Storstrøm 089-355-99-2-1982 af 24. august 1982).

Medens det herefter lader sig konkludere, at en afgørelses generelle form på den ene side ikke udelukker inhabilitet og på den anden side

Anden del. Kap.VI.2.4.

indtager en central placering i grundlaget for at statuere habilitet, forekommer det - bortset fra de oplagte tilfælde - vanskeligt at konkludere noget éntydigt med hensyn til den præcise vægt og rækkevidde af dette element i bedømmelsen. At kommunalbestyrelsesmedlemmer ikke er inhabile i forhold til generelle beslutninger, som berører hovedparten af kommunens befolkning nogenlunde lige meget, forekommer at være et adækvat resultat i forhold til (mod)hensynet ikke at afskære væsentlige grupper af kommunens befolkning fra deltagelse i kommunalt arbejde. Derimod synes de til grund for habilitetskravene liggende hensyn vanskeligere at forene med en afgørelse, hvorefter en gruppe på ca. 200 husstande er tilstrækkeligt omfattende til materielt at legitimere interessen som værende af *almen* karakter, hvilket så meget mere må gælde, når sagen giver anledning til og er udtryk for interessemodsætninger mellem gruppens medlemmer. Og selv hvor en afgørelse faktisk omfatter en stor del af kommunens befolkning, må det stadig være af relevans at vurdere, om enkelte borgere - i forhold til gruppen - har *særlige* interesser i sagen. Når tilsynsrådet således i sagen om dambrugejerens habilitet i forhold til en beslutning om udvidelse af rensningsanlæg statuerer habilitet med henvisning til, at rensningsanlægget »berører væsentlige dele af kommunens borgere«, kan man vel spørge, om selve det forhold, at kommunens borgere har en - vel for de fleste ret indirekte - interesse i sagen, er tilstrækkeligt til at klassificere dambrugejerens - privatøkonomiske - interesse som værende af *almen* karakter. Der kan vel ikke herske tvivl om, at netop en dambrugejers og fiskekortudsteders interesse i et rensningsanlæg - sammenlignet med det store beboerflertals interesser - er af forholds-mæssig *særlig* karakter.

2.5. Dobbeltrøller og maskeskift

Habilitetskravenes genstand er vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems offentligretlige kompetence.

Inhabilitetens årsag er vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems tilknytning til den primære sag, når grundlaget for denne tilknytning konstituerer en interesse, som er denne sag uvedkommende.

Virkningen heraf er forbud mod at deltage i sagens behandling eller mod at beklæde det pågældende hverv i det hele taget. Det vil sige, at det pågældende kommunalbestyrelsesmedlems *offentligretlige* kompetence afskæres.

Habilitetskravenes pointe er, at netop denne interesse ikke må bringes ind i sagsbehandlingen af netop denne person.

Med udgangspunkt heri kan man stille det spørgsmål, under hvilke omstændigheder et kommunalbestyrelses- eller udvalgsmedlem kan deltage i behandlingen af en sag - omfattet af vedkommendes kompetence - *i en anden egenskab* end som indehaver af denne kompetence. Og/eller i hvilket omfang den offentligretlige kompetence i sig selv kan legitimere/neutralisere vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems i øvrigt inhabilitetsbegrundende interesser. Eller udtrykt på en anden måde: I hvilket omfang kan et skift af rollemasker tillægges betydning i habilitetsbedømmelsen.

Som anført er det forhold, at begrebet interesse hovedsageligt er et retsteknisk udtryk for tilknytningsforhold mellem vedkommende kompetenceindehaver og den primære sag ikke ensbetydende med, at afgrænsningen af habilitetskravene ikke så vidt muligt skal sigte imod afskæring af faktisk foreliggende motiverende interesser (bias). Det betyder, at habilitetskravene så vidt muligt - modificeret af henholdsvis tillids- og modhensynet - skal afspejle en *real* interessevurdering på grundlag af almindeligt anerkendte socialpsykologiske gennemsnitserfaringer for interessedannelse.

I forhold til den her omhandlede problemstilling må målet for habilitetsbedømmelsen således være at konstatere, hvornår der faktisk foreligger en *dobbeltrulle* og dermed en indgang for usaglig påvirkning.

Problemstillingen er yderst kompliceret og snævert forbundet med det almindelige spørgsmål om habilitetskravenes ydre grænser og faktiske effektivitet som værn mod uvedkommende interessers indtrængen i sagsbehandlingen/beslutningsprocessen. På den ene side må habilitetskravenes rækkevidde naturligvis sættes i overensstemmelse med de samfundsmæssige relationer, som er den offentligretlige kompetences genstand og baggrund. Hvis eksempelvis en borgmester er ejer af en ejendom, som kommunen er interesseret i at erhverve, kan habilitetskravene naturligvis ikke stille sig i vejen for den til en aftales indgåelse nødvendige kommunikation mellem kommunalbestyrelsen og borgmesteren.

På den anden side er det habilitetskravenes funktion at afskære interesser, der kan øve usaglig indflydelse på den offentlige kompetences udøvelse og i snæver sammenhæng hermed sikre offentlighedens tillid til den offentlige/kommunale forvaltning.

Anden del. Kap.VI.2.5.

Problemstillingen kan i praksis udsøndres i to hovedkategorier af tilfælde. Den første kategori omfatter tilfælde, hvor tilknytningsforholdets sammensatte karakter beror på, at vedkommendes forbindelse til eksempelvis en privat (juridisk) person kan betragtes som afledt af det kommunale mandat, eksempelvis fordi vedkommende af kommunalbestyrelsen er udpeget som medlem af et selskabs styrende organer med henblik på varetagelse af kommunale interesser i selskabet. I sådanne tilfælde er udgangspunktet som anført, at forbindelsen til det private interessesubjekt ikke konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse. (Jfr. forvaltningslovsforslagets bemærkninger s. 30). Men det forhold, at vedkommende er udpeget af kommunalbestyrelsen eller efter indstilling fra denne, er jo ikke ensbetydende med, at vedkommende som medlem af en ikke kommunal organisation *alene* skal varetage kommunale interesser. I det omfang også andre interesser kan eller skal varetages, bliver spørgsmålet, hvilken vægt interessens formelle afledning skal have i det samlede kompleks af tilknytningsforhold.

Den anden kategori omfatter tilfælde, hvor tilknytningsforholdet end ikke formelt er afledt af det kommunale mandat. Her bliver spørgsmålet især, hvor tæt og i hvilke egenskaber det habilitetsmæssigt kan accepteres, at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem er i berøring med den kommunale beslutningsproces. Eksempelvis kan man spørge, om et udvalgsmedlem, eventuelt udvalgets formand, kan deltage i et udvalgsmøde eller møde i øvrigt med udvalgsmedlemmer under henvisning til, at vedkommende ikke er til stede i egenskab af udvalgsmedlem men derimod som repræsentant for egne eller andres private interesser. Hvor spørgsmålet i den ovenfor anførte første kategori således var, i hvilket omfang og under hvilke omstændigheder et i øvrigt inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold kan legitimeres med henvisning til, at vedkommende er kommunalbestyrelsens repræsentant, bliver spørgsmålet her omvendt den legitimerende rækkevidde af udsagn om, at vedkommende ikke repræsenterer eller fungerer som bærer af kommunal kompetence.

Spørgsmålet hænger bl.a. snævert sammen med, hvilken grad af frihed man vil anerkende med hensyn til udvalgenes arbejdsform. Kan udvalgene eksempelvis holde *fælles forberedende* møder med repræsentanter - herunder udvalgsmedlemmer - for uvedkommende interesser (jfr. udførligt nedenfor). Og dette spørgsmål hænger igen snævert sammen med det i forrige afsnit omhandlede om sagsbehandlingens stadier som element i

habilitetsbedømmelsen, hvor problemstillingens grænser jo bl.a. blev angivet af tilfælde, hvor en sag behandles uden for kommunalt regie, d.v.s. i en form som ikke formelt er omfattet af kommunalbestyrelses- eller udvalgsmøder.

Spørgsmålet om den habilitetsmæssige betydning af en rollemaske må naturligvis afgøres ved en nærmere analyse af den interesse/det tilknytningsforhold masken reelt er udtryk for eller dækker over.

Til illustration heraf kan anføres en sag, om X, der er medlem af amtsråd og kommunalbestyrelse, og Y, der er medlem af kommunalbestyrelsen, kan deltage i henholdsvis amtsrådets og kommunalbestyrelsens behandling af sager vedrørende rekonstruktion/afvikling af et boligselskab, i hvis bestyrelse X er formand og Y er formand for bestyrelsen i et andet lokalt boligselskab.

Om grundlaget for de pågældendes poster i selskaberne kan oplyses, at X er indvalgt i boligselskabets bestyrelse som det ene af amtsrådets to repræsentanter. Y er indvalgt i det lokale boligselskabs bestyrelse af dette selskabs hovedbestyrelse.

Om X's deltagelse i amtsrådets behandling af afviklings- og rekonstruktionsplan for boligselskabet udtaler indenrigsministeriet, at indenrigsministeriet er enig med amtsrådet i, at han ikke er inhabil. Der henvises til, at der »ikke foreligger en konflikt mellem de interesser, som X som amtsrådets repræsentant i boligselskabets bestyrelse skal varetage som amtsrådsmedlem og som medlem (formand) af boligselskabets bestyrelse« (IM 1976 /12012/1200-3 af 22. februar 1977).

Tilsvarende resultat når indenrigsministeriet til med hensyn til X's habilitet ved kommunalbestyrelsens behandling af den samme sag. Udover at henvise til at X er indvalgt af amtsrådet, peger indenrigsministeriet som grundlag for denne afgørelse også på, »at det i det væsentlige er sammenfaldende interesser, som amtsrådet og kommunalbestyrelsen søger at varetage ved sagens behandling ...«.

Med hensyn til spørgsmålet om Y's habilitet ved kommunalbestyrelsens behandling af sagen sonderer indenrigsministeriet mellem to forhold: Kommunalbestyrelsens behandling af selve afviklingsplanen (1). Kommunalbestyrelsens behandling af borgmesterens forslag til fordeling af boligselskabets bebyggelser mellem det lokale boligselskab, til hvilket Y var knyttet, og et konkurrerende boligselskab (2).

Indenrigsministeriet er af den opfattelse, at Y »ikke har været afskåret

Anden del. Kap.VI.2.5.

fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af førstnævnte spørgsmål (1).

Med hensyn til det sidstnævnte spørgsmål (2) er indenrigsministeriet af den opfattelse, »at det under hensyn til hans stilling som formand for bestyrelsen af boligselskabet ..., havde været rigtigst om den pågældende ikke havde deltaget i kommunalbestyrelsens behandling ... om fordelingen af boligselskabets bebyggelser i kommunen«.

Hermed tilkendegives, at grundlaget for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems tilknytning til boligselskabet er et væsentligt men ikke det eneste element af betydning for habilitetsvurderingen.

Afgørelsen synes således i vidt omfang båret af den blotte formelle konstatering af det kommunale mandats tilstedeværelse uden noget egentligt forsøg på at vurdere dettes gennemslag i forhold til posterne som formand og bestyrelsesmedlem. En reel vurdering af de heraf afledte interesser må vel føre til det resultat, at de pågældendes mandat så langt fra at være udelukkende kommunalt funderet, nok også må antages at hvile på en forudsætning om varetagelse af selskabets interesser, også hvor disse måtte komme i strid med kommunale interesser.

Spørgsmålet sættes på spidsen i sagen om en borgmesters habilitet i forhold til en række bygge- og miljøsager, når borgmesteren er medlem af bestyrelsen for en erhvervsfond, som er komplementar i et kommanditselskab (TR Nordjylland 089-16-99-2-84 af 22. april 1985 og IM 1074/1616-1/1984 af 4. november 1985). Til trods for at såvel kommanditselskabet som den medicinalvarefabrik, som er de primære afgørelses direkte genstand - er rent private erhvervsforetagender, og til trods for at disse har en direkte økonomisk interesse i kommunalbestyrelsens forvaltning af bygge- og miljølovgivningen, anerkender såvel tilsynsråd som indenrigsministeriet borgmesterens habilitet, idet der dels henvises til, at han er »*kommunens repræsentant*« i bestyrelsen, og dels at borgmesteren - bl.a. som følge af krav om decision af fondens regnskaber - »*vil varetage kommunale interesser i fonden*«. Indenrigsministeriet uddyber yderligere grundlaget for denne dobbeltrollekonstruktion med en udtalelse om, at »det forhold, at borgmesteren udover at varetage beskæftigelsesmæssige hensyn tillige skal varetage miljømæssige hensyn, kan ikke i sig selv medføre inhabilitet. *Der er tale om en afvejning af to offentligretlige interesser over for hinanden, og den interessekonflikt, der kan opstå i denne forbindelse, kan normalt ikke antages at indebære inhabilitet.* Hvis der

derimod er tale om at afveje en privatretlig interesse over for en offentligretlig interesse, vil inhabilitet kunne foreligge«. At indenrigsministeriet til fulde er opmærksom på, at virksomheden også har til formål at varetage »privatretlige« - og dermed i habilitetsmæssig henseende ulovlige - interesser fremgår klart af indenrigsministeriets udtalelse om, at der ikke lovligt vil kunne ydes økonomisk støtte til en erhvervsfond, *»der har til formål at investere i private erhvervsdrivende selskaber«*. Habilitetsafgørelsen bygger således på en formel separering af selskabets interesser og borgmesterens rolle i forhold til disse. Da borgmesteren alene er kommunens repræsentant i forhold til de lovlige offentligretlige interesser, foreligger der ikke noget habilitetsmæssigt problem!

De indtil nu anførte eksempler har været karakteriseret ved, at habilitetsbedømmelsen har været funderet på en formel analyse af grundlaget for de respektive kompetencers (rollers) forhold til den primære sag. I forhold hertil kompliceres spørgsmålet yderligere, når bedømmelsens genstand ikke således er de respektive rollers formelle grundlag og indbyrdes forhold, men derimod kompetencens faktiske udøvelse i det enkelte tilfælde.

Dette illustreres klart i sagen vedrørende forskellige kommunale afgørelser af betydning for et egns- og erhvervsudviklingsselskabs opførelse af et feriecenter (OBM 1975-1141-42 af 27. maj 1977).

Såvel ombudsmanden som tilsynsrådet udskiller spørgsmålet om borgmesterens habilitet til særskilt behandling. Ombudsmanden udtaler, at det udover det om de almindelige aktionærer sagte må tages i betragtning, at borgmesteren også var medlem af selskabets bestyrelse.

Bestyrelsen, der består af fem medlemmer, fungerer også som direktion. To af bestyrelsens medlemmer kan tegne og forpligte selskabet over for tredjemand. Dog skal ved køb, salg og pantsætning af fast ejendom samt optagelse af lån den samlede bestyrelse medvirke. Da bestyrelsen således ikke blot har den overordnede ledelse men også den daglige administration, kan ombudsmanden udtale, at bestyrelsen *»har en meget stærk stilling i selskabet«*.

Tilsynsrådet udtaler, at det var uheldigt, at borgmesteren på grund af sit medlemskab af bestyrelsen i selskabet ikke har undladt at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af sager, der berørte selskabets interesser. Denne udtalelse, der var rettet mod borgmesterens deltagelse i møder, hvor byplanvedtægten og udstykningsplanen forhandlede, supplerer ombudsmanden med nogle yderligere udtalelser om de enkelte møder. Blandt

Anden del. Kap.VI.2.5.

disse behandles borgmesterens deltagelse i et møde mellem teknisk udvalg og økonomiudvalget om midlertidig kloakering af området. Hertil udtaler ombudsmanden, at »det fremgår, at borgmesteren på dette møde *deltog som repræsentant for selskabet*. Der opstår *derfor ikke herved noget inhabilitetsspørgsmål*, for så vidt som mødet fremtrådte som en egentlig forhandling mellem konsortiet og selskabet på den ene side og de to kommunale udvalg på den anden side«.

Ombudsmanden godtager således rolleskiftet fra borgmester til repræsentant for konsortiet. Grundlaget herfor er det afholdte mødes fremtrædelsesform af egentlig »forhandling mellem konsortiet og selskabet ...«.

På grundlag af en reel interessevurdering må man vel komme til det resultat, at interessekonflikten knyttet til dette møde er af samme art som med hensyn til de møder i forhold til hvilke ombudsmanden betragter borgmesteren som inhabil.*)

I forbindelse med en sådan reel interessevurdering må man være opmærksom på, at borgmesteren er født medlem af og formand for økonomiudvalget. Foruden at være formand for økonomiudvalget har borgmesteren fri adgang til at deltage i samtlige udvalgsmøder, således også dem der finder sted under teknisk udvalg. Det vil sige, at borgmesteren har fuldt kendskab til alle forhold af betydning for »forhandlingsmodpartens« (d.v.s. kommunens) udspil, dispositioner og forudsætninger. Hertil kommer, at borgmesteren har indgående personligt kendskab til samtlige medlemmer af begge udvalg. Nogle af disse medlemmer er oven i købet, som aktionærer og medstiftere aktivt interesserede i at fremme projektet.

At det er rollemasken, der styrer resultatet, synes bekræftet af ombudsmandens udtalelse vedrørende et andet tilfælde i sagen, som ombudsmanden tager op til særskilt vurdering. Borgmesteren havde således på et tidspunkt deltaget »som *repræsentant for kommunen*« i et møde med amtets tekniske udvalg og amtsfredningsudvalget om udkast til byplanved-

*) Borgmesteren havde således deltaget i kommunalbestyrelsens møde om behandling af økonomiudvalgets indstilling om anlæg af adgangsvej til området fra amtsvejen og anlæg af interne veje i udstykningsområdet, samt om detailkloakeringsprojekt.

Ligeledes havde borgmesteren deltaget i et par andre møder i kommunalbestyrelse og økonomiudvalg vedrørende anlæg af adgangsvej.

tægt for ... området. På dette tidspunkt var selskabet involveret i forhandlinger om købet af en del af naboejendommen, og det var allerede da meningen, at denne ejendom skulle indgå i udstykningsplanen for området.

Til dette udtaler ombudsmanden »Jeg går ud fra, at tilsynsrådet må mene, at borgmesteren allerede på dette tidspunkt var inhabil ved kommunens behandling af sager vedrørende udstykningen af området, og at det således var en fejl, at han *repræsenterede kommunen* på det pågældende møde«.

At dette sidstnævnte tilfælde giver anledning til større betænkeligheder end det førstnævnte, synes kun at kunne forklares med, at borgmesteren optræder som »repræsentant for kommunen«, hvor han i førstnævnte tilfælde optrådte som repræsentant for selskabet. En reel interessevurdering synes nærmest at gøre sidstnævnte tilfælde mindre betænkeligt end førstnævnte. I førstnævnte tilfælde var der tale om et totalt personsammenfald, idet borgmesteren som repræsentant for selskabet forhandler med sig selv som formand for økonomiudvalget og medlem af teknisk udvalg. I sidstnævnte tilfælde forhandles med en *anden* myndighed, der på ingen måde er impliceret i interesser knyttet til projektet. Heroverfor kan på den anden side indvendes, at borgmesterens »forhandlingsmodpart« i førstnævnte tilfælde havde et endog særdeles godt kendskab til interessekonflikten, medens amtets tekniske udvalg i sidstnævnte tilfælde formentlig har betragtet borgmesteren som udelukkende repræsentant for offentlige interesser.

Karakteren og indholdet af ombudsmandens bedømmelsesgrundlag understreges i forbindelse med ombudsmandens behandling af det forhold, at et andet kommunalbestyrelsesmedlem (NL), som også er medlem af teknisk udvalg samt har sæde i selskabets bestyrelse, har deltaget i en række møder i teknisk udvalg, hvor der blev behandlet bebyggelsesplaner for ... området. Vedkommende var ligeledes tilstede under et møde mellem teknisk udvalg og økonomiudvalget om behandlingen af spørgsmålet om midlertidig kloakering af ... området.

Ombudsmanden udtaler herom: »I det omfang møderne havde karakter af forhandling mellem de to interessegrupper, forelå der for så vidt ikke et habilitetsspørgsmål, idet det for de øvrige medlemmer af teknisk udvalg måtte være klart, at NL under disse forhandlinger repræsenterede konsortiet/selskabet«.

Anden del. Kap.VI.2.5.

Det egentlige grundlag for disse rollekonstruktioner må være det forhold, at habilitetskravenes retsvirkning ikke direkte er rettet mod inhabilitetens *årsag*: Den privatøkonomiske interesse (tilknytningsforhold). Habilitetskravene kan således ikke i sig selv danne grundlag for krav om, at et kommunalbestyrelsesmedlem skal opgive eksempelvis privatøkonomiske interesser, som betingelse for fortsat at kunne være indehaver af hvervet som kommunalbestyrelsesmedlem (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning I s. 219). Sådanne krav kommer i højere - omend stadig indirekte - grad til udtryk i reglerne om generel inhabilitet, jfr. styrelseslovens § 29, stk. 2 og 3 samt direkte i reglerne om tjenestemænds bibeskæftigelse.

Da der på de pågældende møder klart udøves offentligretlig kompetence, er de for kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitetskrav også gældende for disse møder. Det afgørende grundlag for at statuere habilitet må dels være vedkommendes selvdefinerede rollemaske, dels - i snæver sammenhæng hermed - mødets - i forhold til sædvanlig kommunalbestyrelses/udvalgsmøder - afvigende form, af eksempelvis forhandling mellem forskellige »interessegrupper«. Udskillelsen af de respektive interessegrupper beror imidlertid netop på de pågældendes rollemasker. Og at det er vanskeligt at operere med sikre objektive kriterier for møders karakter i øvrigt illustreres klart i sagen, når ombudsmanden om møderne i teknisk udvalg udtaler, at de nærmest synes at »måtte karakteriseres som *fælles forberedende* møder om forslaget til bebyggelsesplan ... Jeg finder derfor ikke, at der var anledning til at kritisere, at der ikke på disse møder blev foretaget en *skarp opdeling* af mødernes *fællesfase* og *de faser, hvorunder kommunens udvalg forhandlede indbyrdes og traf beslutning om de rejste spørgsmål*«.

Hvad man end måtte mene om de retstekniske muligheder for på det anførte grundlag at konstatere i hvilken egenskab kommunalbestyrelsesmedlemmer/borgmesteren optræder under diverse »forhandlinger«, må det vel stå klart, at bedømmelsesgrundlag af denne karakter hverken kan betragtes som adækvat i forhold til garanti- eller tillidshensynet.

Man kan også betragte forholdet som illustration af habilitetskravenes begrænsede rækkevidde samt den begrænsede faktiske virkning, der ofte er forbundet med retsvirkningen af inhabilitet. Den beskrevne konstruktions egentlige ræson er jo, at de pågældende (i hvert tilfælde stiltiende) har erklæret sig inhabile, forladt mødet og er derefter vendt tilbage for at deltage i dette som privatpersoner/interessenter.

Tilfældet udgør således et grænsefænomen på overgangen til spørgsmålet om usaglig påvirkning, som helt er løsrevet fra habilitetsproblematikken.

Genstanden for rollemaskekorrektion kan også direkte være tilknytningsforholdet, idet vedkommende i stedet for at afstå fra eller modificere sin deltagelse i den offentligretlige kompetences udøvelse søger at neddæmpe de funktioner og interesser i privatsfæren, som er habilitetsspørgsmålets årsag. I det omfang en sådan afskæring af interessen er reel, er habilitetsproblematikken naturligvis bragt til ophør. Imidlertid vil der ofte kunne sættes spørgsmålstegn ved sådanne tiltags faktiske rækkevidde, som i vidt omfang vil unddrage sig reel kontrol.

Eksempelvis kan anføres spørgsmålet om borgmesterens habilitet i forhold til sagen om kommunens salg af grunde til et pensionsforsikrings-selskab, til hvilket borgmesteren er knyttet ved medlemskab af bestyrelse og forretningsudvalg (TR Frederiksborg 089-223-99-13-1982 af 11. april 1983).

Til støtte for sin habilitet anfører borgmesteren, at han ikke har deltaget i de af *selskabet afholdte møder* vedrørende sagen. Borgmesteren har således »fra sagens start fundet det rigtigt ikke at deltage i drøftelser og beslutninger i *pensionsforsikringsselskabets bestyrelse og forretningsudvalg ... men alene villet varetage ... kommunes interesser*«.

Anføres kan i denne sammenhæng også sagen om de habilitetsmæssige aspekter af at kommunen overlader en del af kommunens advokatforretninger til henholdsvis borgmesteren, som er advokat, og senere til en advokat der driver virksomhed i kompagniskab med borgmesteren (FOB 1981 s. 98ff).

Med hensyn til spørgsmålet om borgmesterens egen advokatmæssige forbindelse med kommunen udtaler tilsynsrådet, at rådet efter at borgmesteren har afstået fra disse forretninger, ikke finder anledning til at foretage videre vedrørende dette spørgsmål (TR Århus 0881-735-4-1978 af 6. oktober 1978).

Om interessekonfliktens karakter udtaler indenrigsministeriet, »at de to hverv må holdes adskilt«. Ministeriet henviser i den forbindelse til, at det påhviler borgmesteren og økonomiudvalget på kommunalbestyrelsens vegne at føre tilsyn med, at en af kommunen antaget advokat udfører sine hverv tilfredsstillende. »Ved en forening af hvervene som henholdsvis borgmester og kommunens advokat vil der opstå risiko for, at dette hensyn ikke kan varetages på betryggende måde«. Det anføres videre, at borgme-

Anden del. Kap. VI.2.5.

sterens forpligtelse er at »føre forhandlinger for kommunen. Det er vanskeligt foreneligt med denne forpligtelse, der er en forudsætning for det vederlag, der er tillagt borgmesteren, at borgmesteren samtidig varetager dette hverv som advokat for kommunen, hvilket bl.a. kan indebære opgaver som rådgiver for kommunen«.

Habilitetsspørgsmålet løses tilsyneladende ved, at forretningerne overlades til borgmesterens kompagnon. Tilsynsrådet finder ikke, at den kommunale styrelseslov er til hinder herfor, *såfremt vederlaget ikke indgår i kompagniskabets regnskab og fordeling*. Indenrigsministeriet tilslutter sig tilsynsrådets retsopfattelse med en udtalelse om, at indenrigsministeriet »ikke finder anledning til at kritisere det af tilsynsrådet anlagte skøn, hvorefter den kommunale styrelseslov ikke er til hinder for en sådan ordning under de af tilsynsrådet nærmere angivne forudsætninger ...«.

Ombudsmanden er opmærksom på en sådan ordnings svagheder i henseende til at sikre reel interesseadskillelse. Ombudsmanden henviser således til, at der uanset den etablerede vederlagsordning (uden for interessentskabet) kan være tale om en ordning, således »at borgmesteren fortsat har en ikke uvæsentlig (indirekte) advokatmæssig interesse knyttet til forholdet mellem kommunen og den anden advokat«.

Om grundlaget for tilsynsmyndighedernes afgørelse, og - i snæver forbindelse hermed - om grundlaget for reel kontrol af ordningen oplyser tilsynsrådet, at rådet ikke inden afgørelse blev truffet har haft forelagt den interessentskabskontrakt, der danner grundlag for samarbejdet mellem de to advokater. Tilsynsrådet har »ment sig berettiget til at forudsætte, at der ikke i kontrakten findes vilkår, som gør betingelsen om adskillelse af forretningerne med kommunen illusorisk«. Som grundlag for denne antagelse henviser tilsynsrådet til, at det »ud fra kendskabet til de implicerede parter og forholdene på stedet har ment, at den afgivne erklæring skulle kunne afværge de betænkeligheder, der kunne knytte sig til aftalen, og fundet, at kravene til den almene tillid til kommunestyrets uafhængighed måtte være tilstrækkeligt imødekommet ved det omhandlede vilkår for overladelse af forretningerne til borgmesterens kompagnon«.

Som et yderligere trin på denne overgang kan anføres et tilfælde, som er karakteristisk ved at ligge uden for habilitetskravenes rækkevidde, om end forholdet klart leder tanken i retning heraf og i øvrigt klart illustrerer mindre heldig interessesammenblanding.

Sagen vedrører spørgsmålet, om en borgmester som advokat kan repræsentere et kommunalbestyrelsesmedlem i en fredningssag vedrørende dennes gods. Godset er beliggende i kommunen og er af fredningskredsen foreslået fredet. (TR Roskilde 089-2-99-8-1976 af 6. august 1976).

Kommunen har været repræsenteret under de forberedende møder og er af fredningsnævnets formand blevet anmodet om en udtalelse i anledning af, at ejeren af godset har rejst det spørgsmål, om det var muligt i forbindelse med en fredning at opnå en lavere vurdering af ejendommene. Kommunalbestyrelsen har udtalt, at den kan anbefale fredningen, men at den, da den ikke er fredningsmyndighed, ikke kan udtale sig om, hvorvidt fredningen kan påvirke vurderingen.

Tilsynsrådet udtaler, »at borgmesterens varetagelse af ...s interesser under fredningssagen over for fredningsmyndighederne i det konkrete tilfælde næppe kan give anledning til kritik«. Som bedømmelselementer, der har været lagt vægt på ved denne afgørelse, anfører tilsynsrådet: »at der ikke i henhold til lovgivningen tilkommer kommunalbestyrelsen at træffe afgørelse i fredningssager. Og at der ikke har foreligget en interessekonflikt mellem den pågældende lodsejer og kommunalbestyrelsen«.

Tilsynsrådet lægger - og må vel også lægge - vægt på den formelle kompetencefordeling. Imidlertid suppleres bedømmelsesgrundlaget med en vurdering af, om lodsejerens og kommunens interesser er sammenfaldende. Heroverfor kan det for det første anføres, at habilitetskravene jo ikke blot har til formål at sikre kommunale interesser i snæver forstand, men i nok så høj grad også skal sikre (kommunal) forvaltning fri for uvedkommende interesser. For det andet kan spørgsmålet om interessesammenfald ikke besvares uafhængigt af interessesubjektets karakter. Et privat interessesubjekts interesser i en fredning vil ofte være af en karakter, som ikke kan korrespondere med tilsvarende kommunale interesse, jfr. som eksempel den i sagen beskrevne interesse vedrørende spørgsmålet om opnåelse af en lavere vurdering af ejendommene som følge af den iværksatte fredning (jfr. afsnit 3 om interessens materielle karakter). Hertil kan føjes, at fredninger inden for en kommunes grænser, i særdeleshed fredninger af den her foreliggende størrelsesorden (et gods), principielt er af stor interesse for den pågældende kommune (jfr. begrundelserne for kompetenceordningen i fredningssager), og at interessesammenfald under alle omstændigheder må bero på en tilfældighed og i det enkelte tilfælde kun vanskeligt lader sig konstatere med sikkerhed.

Under alle omstændigheder kan det næppe tænkes at styrke tilliden til kommunalforvaltningen, at kommunens borgmester kan føre fredningssager for en privat lodsejer, som oven i købet er medlem af kommunalbestyrelsen.

Det er måske sådanne tanker, der ligger til grund for tilsynsrådets afsluttende forbehold: »Det tilføjes, at tilsynsrådet ikke herved har taget stilling til, at der

Anden del. Kap.VI.2.5.

i fredningssager som i andre sager kan foreligge sådanne afvigende interesser for kommunalbestyrelsen og andre implicerede parter, at det kan forekomme betænkeligt, om en kommunes borgmester optræder som advokat for en part«.

I engelsk ret er de her omhandlede tilfælde, som enten ligger på grænsen af eller uden for habilitetskravenes rækkevidde søgt reguleret, når det i the code of conduct fastslås, at habilitetsprincipperne (og dertil knyttet oplysningspligt) skal holdes for øje også i forbindelse med *uofficielle tilknytningsforhold* til andre kommunalbestyrelsesmedlemmer, partigruppemøder eller andre uformelle lejligheder. Og det understreges tilmed, at dette skal ske med samme omhyggelighed, som hvis der er tale om et formelt møde i kommunalbestyrelsen, dets udvalg eller underudvalg. (The national code of local governments conduct 1975 I afsnit 3 (2) jfr. ovenfor afsnit 2.3.

Spørgsmålet behandles konkret af den kommunale ombudsmand (local commissioner) for London, jfr. sagerne nr. 4, 8 og 11 Report 1983.

2.6. Forholdet mellem formidlede og uformidlede interesser

Selv om tilknytningens direkte/umiddelbare karakter ikke har været anført som minimumsfordring til den inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning er det utvivlsomt, at praksis har været påvirket af bedømmelselementer, der måske som refleksvirkning af de uformidlede interesselag, lægger vægt på spørgsmålet herom.

At tilsynsmyndighederne i forbindelse med at der statueres habilitet i sager om formidlede interesser, konstaterer at vedkommende (heller) ikke har en personlig økonomisk interesse i sagen, kan naturligvis ikke i sig selv tages som udtryk for, at habilitetsafgørelsen bygger herpå. Imidlertid kan der faktisk i praksis spores tendenser i retning af at lægge afgørende vægt på vedkommendes egeninteresse i snæver forstand med den virkning, at interesser formidlet ved repræsentationsforhold modsætningsvis ikke bliver anset for inhabilitetsbegrundende. Som eksempel herpå kan anføres en indenrigsministeriel udtalelse, som giver udtryk for den opfattelse, at en sagfører kunne deltage i behandlingen af et andragende om tilskud til et rutebilselskab, som han var sagfører for *»idet han ikke havde nogen økonomisk interesse i andragendets imødekommelse«* (Skrivelse af 15. marts 1949, jfr. *Harder*: Offentlige hverv og private interesser s. 42). Når tendensens rækkevidde og gennemslag er vanskelig at bestemme med nøjagtighed, beror det på, at afgrænsningen af inhabilitetsbegrundende repræsentationsforhold i sig selv volder vanskeligheder (Jfr. ovenfor kap. IV og Dansk kommunalforvaltning I 4 udg. s. 203f. Hertil kommer at

usikkerheden yderligere forstærkes af en ofte forekommende sproglig uklarhed i angivelsen af bedømmelsesgrundlagets karakter og indhold, et forhold som naturligvis er af betydning, hvor andre faktorer end vedkommendes egen personlige interesse, uafhængigt heraf kan trække habilitetsafgørelsen i samme retning. Til illustration heraf kan anføres en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem er inhabil under kommunalbestyrelsens behandling af en ansøgning fra en klub om tilladelse til afholdelse af forskellige arrangementer, når vedkommende er medlem af den ansøgende klub (IM 1970/1130/0300-2 af 10. marts 1971). Tilsynsrådet udtaler bl.a., at rådet ikke har fundet »at kommunalbestyrelsesmedlem ...s interesse i sagens udfald kunne siges at være af *så væsentlig og personlig karakter*, at han havde været udelukket fra deltagelse i sagens behandling« (TR Københavns amt, skrivelse af 29. juli 1970). Sagen forelægges for indenrigsministeriet, som tilslutter sig tilsynsrådets afgørelse. Ministeriet giver ikke nogen egentlig begrundelse herfor men udtaler blot, »at ... ikke ... kan antages på grund af inhabilitet at have været afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af den af klubben indgivne ansøgning«. Når der ikke på grundlag heraf kan sluttes noget sikkert om betydningen af det af tilsynsrådet anvendte bedømmelsesgrundlag, beror det på, at resultatet også ville kunne begrundes med henvisning til interessens materielle karakter.

Som et andet eksempel kan anføres sagen, om formanden for en brugsforening kan deltage i kommunalbestyrelsens forhandlinger og beslutning om nedlæggelse af et stræde, når brugsforeningen har en interesse heri, idet foreningen dermed vil få mulighed for at bebygge en tomt, den selv har etableret (TR Frederiksborg 089-30-99-2-1971 af 6. juli 1971).

Kommunalbestyrelsen træffer afgørelse om, at den pågældende er habil, »idet han ikke havde et så *personligt forhold* til sagen, at han kunne have en *personlig interesse i sagens udfald*«. Denne formulering peger klart i retning af en bedømmelse, der bygger på vedkommendes egen-interesse. Heroverfor udtaler tilsynsrådet, at vedkommende er inhabil, da han »på grund af sin stilling som formand for brugsforeningen må antages *at have haft en sådan interesse i den omhandlede sag* ..., at han ... ikke burde have deltaget i byrådets forhandlinger og afstemning i sagen«. Såvel kommunalbestyrelsens som tilsynsrådets formulering peger således i retning af, at bedømmelsens genstand har været vedkommendes egen-interesse. Imidlertid må tilsynsrådets anvendelse af udtrykket interesse på baggrund af den

Anden del. Kap.VI.2.6.

sproglige sammenhæng samt habilitetsafgørelsens resultat antages at sigte til den med repræsentationsforholdet forbundne interesse.

Tendensen til at bedømme repræsentationsforhold på grundlag af repræsentantens egeninteresse i den pågældende sag kommer klart til udtryk i tilfælde vedrørende spørgsmålet, om en borgmester og et andet medlem af kommunalbestyrelsen, der begge er medlemmer af en banks repræsentantskab, kan deltage i behandlingen og afstemningen af en sag om udleje af kontorlokaler til den kommunale administration i en af den pågældende bank nyopført kontorbygning (IM KK j.nr. 1968/1-1787 af 23. december 1968). Den kommunale beslutning vedrører foruden det principielle spørgsmål, om der overhovedet skal lejes lokaler, også spørgsmålet om lejekontraktens indhold i henseende til dens længde og vilkår i øvrigt.

Indenrigsministeriet udtaler, at »hvervet som medlem af bankens repræsentantskab under hensyn til karakteren af dettes funktioner ... *ikke for de pågældende byrådsmedlemmer kan sidestilles med en sådan personlig og økonomisk interesse i udfaldet af byrådets afstemning, at de som inhabile burde have undladt at deltage i byrådets forhandlinger og afstemninger vedrørende lejemålet med banken*«.

Denne af indenrigsministeriet anvendte målestok, *en personlig økonomisk interesse i udfaldet af sagen*, synes ikke at være et adækvat udtryk for den interessekonflikt som udspringer af repræsentationsforholdet. Den relevante interesse er i denne henseende ikke vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems økonomiske interesse, men derimod bankens interesse i en for banken fordelagtig aftale med kommunen. Spørgsmålet er herefter, om vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem, som følge af sine funktioner som repræsentantskabsmedlem og/eller den med dette hverv i øvrigt forbundne formodning for identifikation, bør anses som bærer af den inhabilitetsbegrundende interesse.

Allerede de med repræsentantskabshvervet forbundne *funktioner* synes på grundlag af en konkret interessevurdering at indicere en inhabilitetsbegrundende tilknytning til interessen. Ifølge bankens vedtægter har repræsentantskabet til opgave:

1. at vælge bankens bestyrelse og direktion
2. at fastsætte vederlag for bestyrelsens medlemmer og lønninger til direktionen
3. at træffe beslutning om oprettelse af filialer

4. at fremsætte forslag til vedtægtsændringer
5. at foreslå fordeling af overskud
6. at bistå direktionen ved at skaffe de oplysninger, som denne måtte ønske.

På grundlag heraf synes repræsentantskabet at have en ganske central placering i den overordnede styring af bankens forhold. Dette gælder også i forhold til beslutninger af direkte betydning for bankens ekspansion og økonomiske trivsel i øvrigt. Af særlig relevans for vurderingen af den foreliggende sag er den under pkt. 6 anførte forpligtelse til at »*bistå direktionen ved at skaffe de oplysninger, som denne måtte ønske*«. Hermed er det i vedtægten direkte udtalt, at de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer i en retshandel mellem banken og kommunen indtager en dobbeltstilling.

Indenrigsministeriet understreger sin negligerig af den loyalitetskonflikt, der foreligger helt uafhængigt af vedkommende kommunalbestyrelsesmedlemmers personlige og økonomiske interesser ved yderligere at udtale, at »det ikke kan tillægges betydning for denne vurdering, at spørgsmålet om bankens udleje af lokaler til kommunen har været drøftet i repræsentantskabet, *forinden* det er blevet drøftet og sat til afstemning i byrådet« (understreget her). Som grundlag for en real interessevurdering må lægges vægt på repræsentantskabets store indflydelse på selskabets forhold sammenholdt med karakteren af den beslutning, der skal træffes af kommunalbestyrelsen. Med hensyn til dette sidste må det især tillægges vægt, at beslutningens genstand ikke blot er, om der skal udlejes, men også på hvilke vilkår dette nærmere skal finde sted. Den omstændighed, at der også skal træffes beslutning om nærmere vilkår, gør kommunalbestyrelsens afgørelse mere sårbar over for påvirkning for usaglige interesser.

Som eksempel på bedømmelsesgrundlag, der i modsætning hertil udpræget fokuserer på repræsentationsforholdet som sådant, og samtidig fremtræder som et opgør med tendensen til at bygge habilitetsafgørelsen på spørgsmålet om vedkommendes egen interesse, kan anføres sagen om et tilfælde, hvor en kommunalbestyrelse skal tage stilling til udleje af et areal (TR Frederiksborg amt 089-217 -99-8-1976 af 28. december 1976). Grunde ne udlejes til fem forskellige lejere »på ensartede vilkår«. Blandt de nye lejere er en sparekasse ..., som vil opføre en kontorbygning og en brugsforening, som vil opføre en butik. Spørgsmålet er, om kommunens

Anden del. Kap.VI.2.6.

borgmester, som er medlem af repræsentantskabet for sparekassen og bestyrelsesmedlem i brugsforeningen kan deltage i sagens behandling.

Tilsynsrådet udtaler, at han »både som medlem af bestyrelsen for brugsforeningen og som medlem af repræsentantskabet ...« er inhabil. Tilsynsrådet eksplicerer, at habilitetsvurderingens genstand er repræsentationsforholdet som sådant, idet rådet udtaler, »at De ... må betragtes som repræsentant for en økonomisk interesse, *der ikke er Deres egen, men som De er valgt til at varetage*«.

Tilsynsrådet understreger karakteren af dette bedømmelsesgrundlag med en efterfølgende udtalelse om, at »inhabilitet i et tilfælde som det foreliggende ikke kan begrundes med *en henvisning til kommunalbestyrelsesmedlemmets personlige eller økonomiske interesse i sagen* ... Den reelle baggrund for at statuere inhabilitet er, at det ud fra en generel vurdering ikke kan udelukkes, at der vil kunne rejses en vis tvivl om, at kommunalbestyrelsesmedlemmet i en situation som den foreliggende vil løse konflikten mellem de modstridende loyalitetshensyn til kommunens fordel«.

Muligheden for at korrigere resultatet på grundlag af en konkret interessevurdering udelukkes ikke principielt af tilsynsrådet men vanskeliggøres faktisk af det af tilsynsrådet formulerede bedømmelsesgrundlag. Tilsynsrådet opererer således med en formodningsregel om, at repræsentationsforholdet indebærer illoyalitet over for kommunens interesser. Reglen udelukker ikke, at denne formodning konkret kan afkræftes, men kravet til graden af sandsynlighed for, at der foreligger illoyalitet, er sat så lavt, jfr. »ikke kan udelukkes« og »en vis tvivl«, at forhåndsformodningen reelt synes endog meget vanskelig at afkræfte.

Den anførte praksis afspejler også tendensen til i en periode at sætte grænsen for inhabilitetsbegrundende tilknytning til selskabers styrende organer ved medlemskab af bestyrelsen i modsætning til repræsentantskabet. Denne afgrænsning falder i øjnene i forbindelse med tilfælde vedrørende spørgsmålet, om kommunalbestyrelsesmedlemmer med tilknytning til pengeinstitutter kan deltage i behandling og afgørelse i sager vedrørende kommunens forretninger med disse pengeinstitutter.

Et indtryk af sådanne tilknytningsforholds mulige betydning kan man eksempelvis få på grundlag af oplysninger om de såkaldte aftale/blokindsbud, som kommunerne foretager med hensyn til deres overskydende kapital. Såvel indskuddenes størrelse som muligheden for at forudberegne deres løbetid gjorde pengeinstitutterne interesserede i at fravige normale indskudsbetingelser med det resultat, at disse indskud opnåede en aftalt rente, der langt

oversteg normal indskudsrente. Denne praksis blev bragt til ophør i 1978 ved en mellem pengeinstitutterne indgået aftale om et renteloft, hvor renten tidligere havde ligget på 18-19%. Dette bevirkede, at kommunerne trak et beløb på mellem 5-6 milliarder kroner ud af pengeinstitutterne. For mange kommuner betød denne renteforskel ofte millionbeløb i mistede renteindtægter. Kommunerne måtte derfor finde alternative anbringelsesmuligheder, hvilket typisk blev statsobligationer. (Oplysningerne stammer fra *direktør A. Skjoldager og kontorchef Torben Holm*, Den danske Bankforening bragt i Information marts 1979).

Til konkret illustration af problemstillingen kan anføres et tilfælde, hvor en borgmester er medlem af repræsentantskabet for en sparekasse. (TR Århus 0881-723-5-1978 af 1. december 1978). Sparekassen anvendtes i vid udstrækning til placering af likvid kapital, regelmæssige udbetalinger o.s.v. Spørgsmålet er herefter, om borgmesteren er inhabil i forbindelse med behandlingen af en sag om »placering af kommunens likvide kapital i pengeinstitutter (banker og sparekasser) samt vedrørende overdragelse til pengeinstitutter af bankmæssige forretninger (f.eks. regelmæssige udbetalinger af lønninger, pension, børnetilskud, sygedagpenge m.v. ...). Tilsynsrådet udtaler, at »medlemskabet af de omhandlede pengeinstitutters repræsentantskab kan efter tilsynsrådets opfattelse ikke medføre, at de pågældende må betragtes som inhabile ved behandlingen af den omhandlede sag«.

Tilsvarende standpunkt indtager indenrigsministeriet i en sag, om borgmesteren, viceborgmesteren samt fire øvrige medlemmer af kommunalbestyrelsen kan deltage i afstemningen om overflytning af kommunens daglige kontoforbindelse fra X bank til Y sparekasse, når borgmesteren og viceborgmesteren er medlemmer af sparekassen, Y's tilsynsråd, medens de fire øvrige kommunalbestyrelsesmedlemmer har sæde i henholdsvis bankens og sparekassens repræsentantskaber (IM 1971/1201/0724-1 af 29. juli 1971). Indenrigsministeriet udtaler, at ingen af de pågældende er inhabile. Ministeriet henviser som begrundelse herfor til »karakteren af deres hverv«. Hvad der nærmere ligger heri, belyses til dels i den samme sag, da et andet kommunalbestyrelsesmedlem erklæres inhabil, fordi vedkommende er formand for *bestyrelsen* i X bank. Indenrigsministeriet udtaler herom, at vedkommende »på grund af den interesse med hensyn til sagens udfald, som banken måtte forvente varetaget ...«, at vedkommende som formand for bankens bestyrelse måtte betragtes som inhabil.

Spørgsmålet er herefter, hvilke tilknytningsforhold der kan udløse en sådan forventning og den dermed korresponderende interesse. Der er ingen tvivl om, at bestyrelsesposter i denne henseende udgør en central kategori af inhabilitetsbegrundende repræsentationsforhold, og at tilsynsmyndighederne uden videre statuerer inhabilitet på grundlag heraf. Som nogle yderligere

Anden del. Kap.VI.2.6.

eksempler herpå kan anføres TR Vejle 089-611-9-98a-1-1977 af 27. oktober 1977 om økonomiudvalgsmedlemmers behandling af sager om anbringelse af kommunens pengemidler. Tilsvarende IM 1975/12012/1400-5 af 18. december 1975. TR Frederiksborg 089-03-99-1-1971 af 6. juli 1971 vedrørende spørgsmålet om formanden for bestyrelsen i et bagerikompagni kan deltage i behandlingen af kompagniets ansøgning om dispensation fra byplanvedtægten. IM 1976/12012/1200-3 af 22. februar 1977 om formanden for bestyrelsen af et boligselskab kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af fordeling af et andet boligselskabs bebyggelser. IM 1971/123/1000-1 om medlemmer af et højspændingsselskabs bestyrelse kan deltage i amtsrådets behandling af spørgsmålet om et sagsanlæg mod højspændingsselskabet. IM 1880/1965 af 10. januar 1966 om forældrevalgt medlem af realskoles bestyrelse kan deltage i behandlingen af spørgsmålet om kommunens overtagelse af den private realskole.

En real interessevurdering må, foruden de forhold der formelt kan berettige interessesubjektets forventninger og krav om loyalitet, også lægge vægt på forhold, der om ikke formelt kan forpligte til så dog erfaringsmæssigt rent faktisk udløse en sådan loyalitet. Og også repræsentantskabsmedlemmer er inden for deres mandats grænser valgt til at varetage den pågældende juridiske persons interesser. Den omstændighed at repræsentantskaber ofte er tillagt en kontrolfunktion i modsætning til beslutninger og eksekutive funktioner, er jo ikke ensbetydende med, at de i forhold til interessesubjektet har status af et udenfor stående organ. Der er tværtimod tale om en integreret del af selskabets/foreningens ledelse, som indgår i et samspil med den øvrige del af ledelsesstrukturen (typisk bestyrelse og direktion), til varetagelse af interessesubjektets interesser. I overensstemmelse hermed indvælges personer i repræsentantskabet, som må antages at være engageret i interessesubjektets trivsel.

Hertil kommer, at indholdet af en repræsentantskabspost ikke er en given/stereotyp størrelse i henseende til de med repræsentantskabet forbundne beføjelser og opgaver. De begrænsninger, der i medfør af aktieselskabslovens § 59, stk. 3 gælder med hensyn til, hvilke beføjelser der kan tillægges repræsentantskaber, finder således ikke anvendelse på banker og sparekasser, jfr. samme bestemmelse stk. 5 (*Erik Hørlyck: Aktieselskaber* s. 120-21) Repræsentantskabets magtstilling afgøres derfor alene efter banklovgivningen. (Kommenteret aktieselskabslov s. 133) Repræsentantskabets opgaver skal være afgrænset i vedtægterne (lov nr. 199 af 2. april 1974 om banker og sparekasser § 9, stk. 2). Der antages at gælde den begrænsning, at der ikke kan overlades repræsentantskabet opgaver, som forudsættes varetaget af bestyrelsen eller direktionen. (Bank- og sparekasseloven med kommentarer, *Bjørn Jensen og Jørgen Nørgaard*) I medfør af bank- og sparekasselovens § 9, stk. 2, 2. punktum er repræsentantskabsmedlemmer undergivet samme ansvar som bestyrelsesmedlemmer.

Spørgsmålet er formentlig nu afklaret på den måde, at repræsentantskabsposter som udgangspunkt bevirker inhabilitet, jfr. *Harder* DK1 4. udg. s. 205. Og i forarbejderne til dansk forvaltningslov § 3, stk. 1, nr. 3 anføres repræsentantskabsposter direkte at være omfattet af bestemmelsen, som statuerer inhabilitet, når »vedkommende deltager i *ledelsen* af eller i øvrigt har en nær tilknytning til et selskab, en forening eller en anden privat juridisk person, der har en særlig interesse i sagens udfald« (jfr. lovforslagets bemærkninger s. 31).

Spørgsmålet om anerkendelse af formidlede interesser som inhabilitetsgrund kan herefter besvares bekræftende. Imidlertid giver den faktiske rækkevidde af dette principielle udgangspunkt anledning til tvivl, når man i nyere praksis ser eksempler på, at der statueres habilitet med bl.a. henvisning til manglende personlig/økonomisk interesse i tilfælde, hvor man på det foreliggende grundlag i øvrigt kunne forvente en afgørelse om inhabilitet. Således når der statueres habilitet i sagen, om en borgmester kan deltage i behandlingen og afgørelsen af spørgsmålet om byggetilladelser, dispensationer fra byggelovgivning og kommuneplanlov, miljøgodkendelser etc. selv om vedkommende er medlem af bestyrelsen i en erhvervsfond, under hvilken der er organiseret kommanditselskabet af rent erhvervsøkonomisk karakter, med økonomisk interesse i de anførte tilladelser og dispensationer. Såvel tilsynsrådet som indenrigsministeriet synes at tillægge spørgsmålet om eksistensen af en personlig/økonomisk interesse central betydning i grundlaget for at statuere habilitet. Tilsynsrådet anfører således, at »efter det oplyste har De *ikke nogen økonomisk interesse* i de pågældende sager. Tilsynsrådet finder også at måtte lægge til grund, at der *ikke i sagen er dokumenteret, at De i øvrigt har et personligt forhold til sagerne og deres genstand*, der må betragtes som væsentlig i relation til habilitetsspørgsmålet« (TR Nordjylland 089-16-99-2-1984 af 22. april 1985). Indenrigsministeriet tilslutter sig helt tilsynsrådets afgørelse og grundlaget herfor (IM 1074/1616-1/1984 af 4. november 1985).

Tilsvarende kan anføres et tilfælde, om to kommunalbestyrelsesmedlemmer kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en høring fra miljøankenævnet som grundlag for dettes afgørelse af en klage over udledningsbetingelserne for et af landets største kemikalievirksomheder. De pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer er ansat på virksomheden i »*ledende stillinger*«. Tilsynsrådet statuerer habilitet og henviser som grundlag herfor bl.a. til, »at der *ikke var tale om en beslutning af væsentlig personlig og/eller økonomisk betydning for de to*« (TR Ringkøbing 089-

Anden del. Kap.VI.3.

0-99-23-82 af 22. september 1982). (De anførte afgørelser vil yderligere blive taget op i det følgende afsnit.

3. Interessens materielle karakter

Som eksempler på udtryk for interessens materielle karakter, kan anføres om interessen står i *modsatning til* eller er *forskellig fra* eller omvendt i *overensstemmelse med* kommunale forhold. Eller om interessen er af *privat, offentlig, politisk, faglig, ideel, personlig eller økonomisk karakter*. Og endelig helt overordnet om interessen er af *almen* i modsætning til *særlig* karakter.

I dansk forvaltningslov indgår spørgsmålet om interessens »særlige« karakter centralt som grundlag for afgrænsningen af den inhabilitetsbegrundende interesse. Den nærmere indholdsmæssige bestemmelse heraf tages op i lovforslagets bemærkninger til § 3, stk. 1, nr. 3 om inhabilitet som følge af tilknytning til juridisk person og i stk. 1, nr. 5, som rummer opsamlingsbestemmelsen. Om stk. 1, nr. 3 hedder det således, at bestemmelsen kun vedrører tilknytning til en »privat juridisk person« (op.cit. s. 30). Denne afgrænsning indebærer, hedder det, »at tilknytning til en juridisk person *der fuldt ud ejes af stat eller kommune ikke medfører inhabilitet ...*«. Og videre hedder det, at tilknytning til »en privat juridisk person medfører ifølge bestemmelsen kun inhabilitet, såfremt enheden har en »særlig« interesse i sagens udfald. Dette indebærer, at en generel foreningsmæssig eller ideologisk eller politisk interesse, som enheden er bærer af, i almindelighed ikke vil begrunde inhabilitet« (op cit). Her forudsættes det klart, at også hvor virksomheden er *privat* kan dennes formål være sammenfaldende med lovlige offentlige/kommunale formål. Om undtagelsesbestemmelsen i stk. 2 hedder det endelig, at det navnlig vil have praktisk betydning i forhold til de typer af interessekollision, som er nævnt i § 3, stk. 1, nr. 3 og 4. »I forhold til disse bestemmelser må det bero på en fortolkning af det *underliggende lovgrundlag*, om den pågældendes særlige interesse i den pågældende sags udfald i den foreliggende sammenhæng kan karakteriseres som uvedkommende (op.cit. s. 32).

Spørgsmålet om interessens materielle karakter er således snævert knyttet til den almindelige formel for et forholds inhabilitetsbegrundende karakter, hvorefter tilknytningen skal konstituere en interesse, *som i*

almindelighed er egnet til at påvirke afgørelsens saglige rigtighed. Interessepåvirkningen skal således efter sit indhold være af relevans for afgørelsens saglige rigtighed.

Visse interesser er - på formaliseret grundlag - udskilt som habilitetsmæssigt lovlige. Således kan kommunalbestyrelsesmedlemmer i medfør af § 4, stk. 3 deltage i behandlingen og afgørelsen af spørgsmålet om eget valg til hverv, og om vederlag m.v. til kommunalbestyrelses- og udvalgsmedlemmer. Men bortset fra sådanne enkelte tilfælde er spørgsmålet om forholdet mellem habilitetskravene og de saglige krav, som disse kommer til udtryk i hjemmelslæren og kommunalfuldmagten, ret kompliceret.

Selv om interessens materielle karakter, som denne lader sig udlede af den primære sags retsgrundlag, i det enkelte tilfælde kan tillægges betydelig vægt, må man være opmærksom på, at selv på grundlag af en given afgrænsning af et kommunalt formåls materielle lovlighed, lader interessevurderingen sig kun vanskeligt isolere fra spørgsmålet om graden og arten af tilknytningen mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den primære sag. Der er således ikke megen vejledning i et udsagn om, at de interesser er lovlige, som er i overensstemmelse med hensyn, der lovligt kan eller skal lægges til grund for den primære afgørelse, når spørgsmålet om afgørelsens materielle lovlighed i vidt omfang ikke lader sig besvare uafhængigt af spørgsmålet, om der foreligger et inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold. Fra den omstændighed at en kommune har en almindelig lovlig interesse i erhvervsmæssig udvikling, og at kommunen herudover også i et givent omfang direkte kan støtte lokalt erhvervsliv, kan der således ikke sluttes, at kommunalbestyrelsesmedlemmer med tilknytning til det lokale erhvervsliv er habile i forhold til sådanne beslutninger.

Forholdet mellem habilitetskravene og de saglige krav kompliceres særligt af, at de til grund for habilitetskravene liggende hensyn tager højde for, at kommunalbestyrelsens og de enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmers kompetence hviler på et folkeligt mandat, jfr. kap. V. Denne faktor er naturligvis ikke blot af isoleret betydning for afgrænsningen af habilitetskravene og de saglige krav, der gælder for kommunale beslutninger og afgørelser, men også for *forholdet* mellem habilitetskravene og de saglige krav, som dette forhold indgår i habilitetsbedømmelsen. Kommunalbestyrelsens konstitutionsmåde afstedkommer således tendentielt en øgning af spændvidden mellem disse to typer retlige krav. Dette kan eksempelvis give sig udtryk i, at de habilitetsmæssige grænser for visse interessers

Anden del. Kap.VI.3.

lovlighed drages betydeligt videre end grænserne for lovligheden af disse interessers materielle gennemslag i den primære afgørelse. Dette forhold træder klart frem - omend med modsat fortegn - hvor der i parlamentsretlige systemer ikke eksisterer mulighed for at erklære de enkelte medlemmer inhabile på grund af personlige interesser, men alligevel gælder saglige krav i følge hvilke sådanne interesser konstituerer usaglige hensyn, og altså er materielt ulovlige (jfr. kap. II).

Hertil kommer, at man ved undersøgelsen af forholdet mellem interessebegrebets materielle bestanddele og grundlaget for bestemmelsen af den primære afgørelses materielle lovlighed må være opmærksom på, at hverken habilitetskravene eller de materielretlige krav, der gælder for lovlig kommunal virksomhed, er statiske størrelser. Illustration af dette forhold kan hentes fra den del af den kommunale virksomhed, hvis retsgrundlag er kommunalfuldmagten. Kommunernes relative økonomiske autonomi giver i kommunalretten anledning til spørgsmålet om, hvilke opgaver kommunerne lovligt kan påtage sig udover de direkte lovbestemte. Spørgsmålets besvarelse afhænger af uskrevne grundsætninger. Udfyldningen af disse bygger på en række hensyn, hvis forudsætninger af historisk, politisk og ideologisk karakter er under konstant forandring og justering affødt af den almindelige samfundsudvikling. Grundsætningerne er derfor, bortset fra et kerneområde af oplagte tilfældegrupper, præget af flydende overgange og usikre grænseområder. Hertil kommer egentlige brud eller abrupte spring i retsudviklingen, hvis retskildemæssige grundlag synes at være de almindelige (politiske) konjunkturer.

Tilsvarende må habilitetskravene forstås i en historisk dynamisk kontekst.

Til illustration heraf kan anføres udviklingen i ældre tysk ret, hvor de oprindelige habilitetsforskrifter (den preussiske ALR 1794) afgrænsede de inhabilitetsbegrundende interesser til sådanne, som er i *modstrid med kommunens.**)

Habilitetskravene er således materielt bestemt af *kommunens interesser* i snæver forstand, d.v.s. interesser i forhold til hvilke kommunen som juridisk

*) »Wenn ihre Interessen mit denen der Gemeinde in Widerspruch standen«. (Geyer: Das Mitwirkungsverbot für persönlich beteiligte Gemeindevertreter unter besonderer Berücksichtigung ihrer Stellung als gewählte Volksvertreter s. 31).

Kap. VI.3.

person er interessesubjekt. Som følge heraf begrænses garantihensynet til at sikre kommunens materielle interesser i modsætning til afgørelsens objektive saglighed (op.cit. s. 33)

Som næste trin i udviklingen udvides habilitetskravene til også at omfatte interesser, som i forhold til kommunens er *forskellige* (op.cit. s. 33). Hermed ændres den anvendte materielle målestok fra alene at være fællesskabets interesser repræsenteret af den juridiske person kommunen som interessesubjekt, til også at omfatte almenhedens interesse. Denne udbygning af garantihensynet fra blot at forebygge skade for kommunen som juridisk person til derudover også at forebygge usaglig påvirkning af de kommunale afgørelser, formuleres således:

»Wer in dieser angelegenheit ein besonderes, dem Interesse der gemeinde nicht entsprechendes privat Interesse hat, darf an der Verhandlung hierüber nicht teilnehmen« (op.cit. s. 34).

I medfør af denne formulering bliver interesser, som afviger fra almenhedens, og som ikke er overensstemmende (entsprechend) med kommunale interesser, inhabilitetsbegrundende.

Som resultat af den materielle interesseafgrænsnings politisk/økonomiske betingethed blev bestemmelsen igen ændret til »... dessen Interessen mit der gemeinde in *widerspruch steht*«.

Begrundelsen for på denne måde at indsnævre saglighedsbegrebet i overensstemmelse med det tidligere gældende, var at afskære ikke-besiddende grupper i kommunalbestyrelserne fra via indsigelser rettet mod de store jordbesiddere, at afskære disse fra store og vigtige beslutninger (op.cit. s. 34. Denne formulering galdt frem til 1933).

I forlængelse heraf kan anføres, at når tysk ret i midten af forrige århundrede ikke anerkendte gruppeinteresser som inhabilitetsbegrundende, beroede det på et ønske om ikke at afskære et eventuelt mindretal af store jordbesiddere fra deltagelse i forhandlinger, hvor en sådan afskæring måtte være ønsket af den socialt svagere minoritet (op.cit. s. 37 med henvisninger). Denne retstilstand blev begrundet med henvisning til en konstruktion, hvorefter *gruppeinteresser er partielle almeninteresser* (op.cit. s. 53). Denne konstruktion omfattede ikke blot tilfælde, hvor gruppens interesser konkret var omfattet af eller genstand for den primære sag, d.v.s. tilfælde hvor den primære sag berørte gruppen som sådan (gruppen som »*gesamtheit*«), men også tilfælde, hvor de enkelte medlemmer af gruppen *som enkeltpersoner* blev berørt (op.cit. s. 38 om udviklingen i denne retstilstand i øvrigt op.cit. s. 59-60)

Forudsætningen om, at visse interesser i habilitetsmæssig henseende lader sig udskille som materielt lovlige, opretholdes således omend med skiftende indhold og legitimationsgrundlag.

Anden del. Kap.VI.3.

Forvaltningslovens yderst sparsomme angivelse af den inhabilitetsbegrundende interesses materielle karakter suppleres i lovens forarbejder som bemærkninger til stk. 1, nr. 3 om inhabilitet som følge af tilknytning til en juridisk person og i stk. 2's undtagelsesbestemmelse. Imidlertid kan den valgte illustration udelukkende henføres til den mest oplagte ende af mulighedernes skala. Således hedder det, at »en generel foreningsmæssig eller ideologisk eller politisk interesse, som enheden er bærer af, i almindelighed ikke vil begrunde inhabilitet« (jfr. op.cit. s. 30). Spørgsmålet er imidlertid i forhold til kommunale afgørelser, hvor langt begrebet *politisk* interesse kan strækkes. Man bemærker sig i den forbindelse, at eksemplifikationen ikke berører muligheden for, at tilknytning til privat/økonomisk virksomhed skulle kunne klassificeres som sådan.*)

Og yderligere fremhæves en forudsætning om intensivering af habilitetskravene selv over for virksomhed, der materielt klart er af denne karakter, når den primære afgørelse kan karakteriseres som kommunal *myndighedsudøvelse* såsom byggetilladelser til foreninger og lignende (op.cit.).

Som et andet sikkert eksempel på interesser, som i habilitetsmæssig henseende er materielt lovlige, anføres tilfælde, hvor interessens grundlag direkte er *mandat* fra kommunalbestyrelsen, som hvor kommunalbestyrelsesmedlemmer *af kommunalbestyrelsen eller efter dennes indstilling er indvalgt i selskabs- eller foreningsbestyrelser eller lignende for der at varetage kommunale interesser*«. I denne forbindelse henvises også til undtagelsesbestemmelsen i stk. 2, hvorefter der ikke indtræder inhabilitet »hvis det må antages at de pågældende omstændigheder ikke medfører fare for, at afgørelsen af sagen vil kunne blive påvirket af uvedkommende hensyn«. Der synes således uden videre at blive sluttet fra tilknytningens formelle udspring (mandat fra kommunalbestyrelsen) til interessens karakter. Spørgsmålet er imidlertid som ovenfor anført, om dette alt overvejen- de rigtige udgangspunkt ikke i det enkelte tilfælde må skulle modificeres. Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem er jo *også* tilknyttet den

*) Der henvises således til antagelsen om, »at det forhold, at et kommunalbestyrelsesmedlem f.eks. er formand eller medlem af bestyrelsen af en forening, ikke i almindelighed medfører inhabilitet i forhold til sager, der vedrører foreningen, når de beslutninger, der er tale om for kommunalbestyrelsens vedkommende, falder i forlængelse af foreningens formål« (op.cit. s. 30).

pågældende virksomheds ledende /styrende organ! Påhviler der ikke også forpligtelser i medfør heraf? Svaret herpå må da i hvert tilfælde være bekræftende, i det omfang en sådan interessevaretagelse ikke *strider mod kommunale interesser*! I forbindelse hermed melder sig spørgsmålet, i hvilket omfang kommunalbestyrelsesmedlemmer overhovedet kan siges at repræsentere kommunalbestyrelsen i ikke-kommunale organer.*)

Om interessens materielle karakter hedder det i § 3, stk. 2's undtagelsesbestemmelse:

»Inhabilitet foreligger dog ikke, hvis der som følge af *interessens karakter* eller styrke, sagens karakter eller den pågældendes funktioner i forbindelse med sagsbehandlingen ikke kan antages at være fare for, at afgørelsen i sagen vil kunne blive påvirket af *uvedkommende hensyn*«.

I bemærkningerne til lovforslaget siges det herom, at bestemmelsen især vil have praktisk betydning i forhold til interessekollisioner som nævnt i stk. 1, nr. 3 og 4. I forhold til disse bestemmelser må det som anført ovenfor »bero på en fortolkning af det underliggende lovgrundlag, om den pågældendes særlige interesse i den pågældende sags udfald i den foreliggende sammenhæng kan karakteriseres som *uvedkommende*« (op.cit. s. 32f). Med andre ord, selv om der foreligger tilknytningsforhold omfattet af stk. 1, nr. 3-4 kan den primære afgørelses retsgrundlag føre til det resultat, at den af tilknytningsforholdet udspringende interesse ikke korresponderer med et usagligt hensyn, hvorfor interessen i habilitetsmæssig henseende er lovlig.

*) I medfør af NFL § 6, 1. led er medlemmer af styret eller bedriftsforsamlingen i privat eller privatretligt organiseret selskab inhabile. Undtaget fra denne regel er selskaber, som »helt ut eies af stat eller kommun«. Det er i denne henseende de reelle ejerforhold, der er afgørende. Kan selskabet ikke anses for helt at være ejet af det offentlige, er det omfattet af reglen. Om den nærmere grænsedragning, se *Eckhoff*: Forvaltningsrett s. 426.

Når et selskab er omfattet, statueres der også inhabilitet i tilfælde, hvor det pågældende medlem er udpeget som repræsentant for kommunen. (*Frihagen*: Forvaltningslov med kommentarer s. 90) Det er ligeledes uden betydning for anvendelsen af reglen, om det pågældende selskabs formål ikke er af erhvervs-mæssig art, men derimod oprettet med filantropisk/almennyttigt formål for øje (*Frihagen*: Inhabilitet i forvaltningen 1970 s. 20).

Anden del. Kap. VI.3.

For så vidt angår undtagelsesbestemmelsens relation til opsamlingsreglen i nr. 5 hedder det, at »i forhold til bestemmelsen i nr. 5, må den vurdering, som bestemmelsen i stk. 2 er udtryk for, derimod antages at indgå i selve bedømmelsen af, om en interessekollision, som den foreliggende, *i det hele taget kan henføres under bestemmelsen*« (op.cit. s. 33).

Den forskel der hermed sigtes til må være, at medens nr. 3 og 4 - i hvert tilfælde delvist - har udpeget retsfaktum, er opsamlingsbestemmelsen i nr. 5 i denne henseende ganske tom. Afgørende for om faktum kan/skal subsummeres under nr. 1-4 bliver følgelig den *yderligere* kvalificering af interessen (dens materielle karakter) i medfør af stk. 2. Set i forhold til opsamlingsbestemmelsen i nr. 5, er stk. 2 derimod det nærmeste loven kommer en beskrivelse af retsfaktum.

Hvordan man end vælger at udlægge forarbejdernes noget kryptiske formulering af forholdet mellem stk. 1, nr. 1-5 og stk. 2, er det klart, at de i stk. 2 anvendte termer må være synonyme med de grundelementer, der omfattes af det her anvendte interessebegreb: Interessens materielle karakter. Graden af tilknytning. Interessens omfang. Den primære afgørelses karakter.

3.1. Samspeilet mellem bedømmelsen af tilknytningsforholdets art og grad og den primære sags materielle karakter

I det omfang interessens materielle karakter faktisk udledes af, om formålet med den virksomhed, som er reguleringens genstand, er foreneligt med lovlige kommunale hensyn, bliver spørgsmålet i habilitetsmæssig henseende alene relevant i forhold til habilitetskravene vedrørende privatøkonomiske interesser i modsætning til habilitetskravene vedrørende kommunale ansættelsesforhold. I sidstnævnte tilfælde er den primære sags genstand således det offentlige egen virksomhed, og enten er denne virksomhed i overensstemmelse med lovlige kommunale formål, eller også er virksomheden som sådan materielt ulovlig. Og dette gælder naturligvis hvad enten den offentlige virksomheds retsgrundlag er kommunalfuldmagten eller almindeligt offentligretligt retsgrundlag i øvrigt. Også kommunerne er i al deres virksomhed underlagt legalitetsprincippet, omend de faktiske problemer af retskildemæssig karakter, der er knyttet til afgrænsningen af kommunalfuldmagten kan sløre dette forhold.

At også interesser som såvel på grundlag af tilknytningens som den primære sags karakter må karakteriseres som rent offentlige, kan begrunde

inhabilitet er alment anerkendt. Grundlaget herfor kan være organisatoriske principper om funktionsadskillelse, jfr. eksempelvis styrelseslovens § 29, eller retssikkerhedsmæssige interesser knyttet til kontrol og prøvelse, jfr. eksempelvis dansk forvaltningslov § 3, stk. 1, nr. 4, samt endelig det forhold at forskellige hensyn som grundlag for offentlig regulering i øvrigt kan være indbyrdes uforenelige.

Samtlige disse hensyn må eksempelvis inddrages i spørgsmålet, om et kommunalbestyrelsesmedlem er inhabil som formand for kommunens miljøudvalg, når vedkommende *er ansat som fabriksinspektør ved arbejdstilsynet* (TR Fyn 1978-089-479-9-3 af 4. august 1978).

Habilitetssagens årsag er således ikke et kommunalt men derimod et statsligt ansættelsesforhold. Men hensynene, der ligger til grund for henholdsvis det statslige arbejdstilsyns og det kommunale miljøudvalgs administration af deres respektive kompetenceområder, og/eller det af den statslige ansættelse udspiringende tilknytningsforhold kan give anledning til tilsvarende interessekonflikter, som de der karakteriserer tilknytning ved kommunal ansættelse, jfr. kap. VII ad styrelseslovens § 29. Det kan på forhånd konstateres, at hensynene vedrørende forholdet mellem den kommunale administration og udvalgene/kommunalbestyrelsen, som ligger til grund for reglerne om generel inhabilitet i udvalgene, jfr. styrelseslovens § 29 - er uden betydning i denne sammenhæng. Tilbage står således spørgsmålet, om arbejdstilsynets kompetence i forhold til kommunen/de kommunale institutioner kan begrunde en legitim kommunal interesse i at undgå den særlige indgang (kontrolmulighed) for arbejdstilsynet, som formandskabet for miljøudvalget repræsenterer. Svar på dette spørgsmål - som ikke gives i den konkrete sag - må afhænge af en analyse af forholdet mellem henholdsvis arbejdstilsynets og miljøudvalgets kompetence. Jfr. i øvrigt FOB 1960 s. 102, hvor ombudsmanden formulerer reglen, at »hvis den interessekonflikt, der opstår ved varetagelsen af flere offentlige hverv, angår interesser, der på begge sider er rent offentligretlige, kan det i reglen ikke antages, at der foreligger inhabilitet, jfr. *Poul Andersen: Dansk forvaltningsret*, 3. udg. 1956 s. 423«. Som følge heraf bevirker det forhold, at en offentligt ansat har beskæftiget sig med en sag i en sammenhæng ikke inhabilitet, når vedkommende i forbindelse med varetagelse af andet offentligt hverv påny beskæftiger sig med sagen. Det kunne derfor ikke i almindelighed anses for kritisabelt, at direktøren for Københavns Vandforsyning i almindelighed fungerer som indenrigsministeriets sagkyndige konsulent, selv om Københavns Vandforsyning var part i de fleste af de vandforsyningssager, der blev indbragt for indenrigsministeriet. Grænsen nås imidlertid, hvor - som i den foreliggende sag - det direkte drejede sig om en påtænkt sag mod Københavns kommune. Jfr. også *Nørgaard: Sagsbehandling* 1972, s. 60f. Se

Anden del. Kap.VI.3.1.

også FOB 1962 s. 52. FOB 1978 s. 407 om amsankenævnsmlemmer der tillige er medlemmer af primærkommunale socialudvalg. Og FOB 1981 s. 79.

Fastlæggelsen af interessens karakter må - bortset fra de klareste tilfælde - være resultat af et kompliceret samspil mellem og afvejning af på den ene side overvejelser af egentlig materiel karakter afledt af den primære sags genstand, og på den anden side graden og arten af tilknytning mellem denne sag og det kommunalbestyrelsesmedlem som er habilitetsbedømmelsens genstand.

Ofte vil resultatet heraf være en interesse, som i materiel henseende må karakteriseres som blandet. Følgelig må habilitetsafgørelsen også bero på en afvejning af de forskellige bedømmelselementer, der indgår i bedømmelsesgrundlaget.

I det følgende vil kompleksiteten i samspillet mellem de i overskriften anførte bedømmelselementer blive søgt belyst ved udvalgte eksempler fra praksis.

Som afgørende mål herfor må sættes en adskillelse af interesser i forhold til hvilke vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem kan siges at fungere som *kommunal repræsentant* fra interesser, som er/bør være uden forbindelse med vedkommendes kommunale mandat.

Til illustration af det politiske mandat som det afgørende element i bestemmelsen af interessens materielle karakter og dennes betydning for bedømmelsen af den i tilknytningsforholdet funderede interesse kan anføres en sag (IM 1976/12012/0400-2, skrivelse af 20. januar 1977), der vedrører spørgsmålet, om et medlem af teknisk udvalg er inhabil med hensyn til behandlingen af en anmodning fra ministeriet for offentlige arbejder om kommunalbestyrelsens/udvalgets udtalelse vedrørende indholdet af en skrivelse fra hende selv. I skrivelsen kritiserer medlemmet amtsrådet for et fremsat forslag til placering af en motorvejstilslutning.

Hun argumenterer for sin habilitet med henvisning til, at hun hverken har en økonomisk eller personlig interesse i sagen. Dette uddybes senere over for indenrigsministeriet i en udtalelse, der må opfattes som en henvisning til såvel interessens politisk/almene karakter og i snæver sammenhæng hermed, at der ikke foreligger tilknytningsforhold, som eventuelt kunne danne grundlag for en herfra afvigende interesseevaluering. Et kommunalbestyrelsesmedlem kan således ikke anses for inhabil, »når den pågældende *udelukkende* varetager de borgeres interesse, som *vedkommende er valgt til at varetage*«.

Udvalgets flertal mener modsat, at der netop foreligger en inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning, idet hun som *klager* over amtsrådets afgørelse må betragtes som *part i sagen*.

Også indenrigsministeriet forholder sig umiddelbart alene til spørgsmålet om graden af tilknytning. Men vurderingen heraf er næppe upåvirket af det forhold, at den primære sags genstand er regulering/indretning af kommunens egne forhold, og at interessen heri følgelig må være af almen/politisk karakter. Indenrigsministeriet antager således ikke, at vedkommendes yderst intensive engagement i sagen - et engagement som faktisk er sagens grundlag - indebærer en inhabilitetsbegrundende interesse afledt af tilknytningen. Dette udtrykkes af indenrigsministeriet med en udtalelse om, at det forhold, at hun har kritiseret amtsrådets afgørelse ikke kan bevirke, at hun må anses for at have »*klaget*« over ministeriets afgørelse.

Forholdet mellem bestemmelsen af interessens materielle karakter, som denne lader sig aflede af henholdsvis den primære sags genstand og tilknytningsforholdet fremgår klart af en sag, i hvilken tilsynsrådet som grundlaget for afgørelsen af habilitetsspørgsmål vedrørende kommunalbestyrelsesmedlemmers tilknytning til foreninger, påpeger følgende (TR Nordjylland 089 -5-90-4-1977 af 17. november 1977):

- 1) Foreningens karakter.
- 2) Det pågældende kommunalbestyrelsesmedlems tilknytning til foreningen.
- 3) Indholdet af den sag kommunalbestyrelsen skal træffe beslutning i.

Når det er klarlagt, at vedkommende i habilitetsmæssig henseende må anses for bærer af den pågældende juridiske persons interesser, står tilbage at vurdere, om denne interesse konstituerer et usagligt hensyn i forhold til den primære sags afgørelse. I denne henseende lægges afgørende vægt på overvejelser vedrørende grundlaget for og indholdet af vedkommendes folkelige mandat sammenholdt med foreningens formål. I det omfang foreningsformålet kan antages at være en integreret del af grundlaget for kommunalbestyrelsesmedlemmets indvalg, er vedkommende habil i forhold til sager, som materielt er identiske med eller i hvert fald i høj grad dækket af foreningens formål. Tilsynsrådet udtaler således, »at medlemmer af foreninger, der må formodes at være indvalgt i kommunalbestyrelsen for at repræsentere de interesser, som foreningen står for, som udgangspunkt ikke er udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens

Anden del. Kap.VI.3.1.

behandling af sager, hvori den pågældendes *almindelige* interesser må påregnes at ville påvirke afgørelsen«.

Hvad der præcist ligger i denne forudsætning om en forbindelse mellem vedkommendes mandat og foreningens formål, er naturligvis vanskeligt at angive abstrakt. Imidlertid må det være en nødvendig forudsætning, at foreningens formål korresponderer med lovlige kommunale hensyn. I modsat fald vil varetagelsen af dette formål konstituere magtfordrejning. Når denne betingelse er opfyldt, fordres herudover, at også *forbindelsen*, som denne formidles af vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem til den primære sag, skal udtrykke kommunalbestyrelsesmedlemmets »*almindelige interesse*«. Heri ligger, at det med lovlige kommunale hensyn korresponderende foreningsformål ikke må ændre karakter som følge af, at det i kommunalbestyrelsen foreligger som en interesse båret af vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem. Begrebet »almindelig interesse« må antages at stå i modsætning til vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems egne eller foreningens *særlige* interesser, d.v.s. interesser knyttet til kommunalbestyrelsesmedlemmets person eller foreningen som sådan. Sådanne interesser vil ligge uden for kommunalfuldmagtens grænser, og deres varetagelse vil konstituere magtfordrejning.

Når tilknytningsforhold af privat karakter kan legitimeres på grundlag af det pågældende foreningsformål sammenholdt med saglige hensyn, der kan ligge til grund for afgørelsen af den primære sag, må samme resultat være så meget desto mere sikkert, når vedkommendes tilknytning til den juridiske person direkte er funderet i og udtryk for en forpligtelse til at varetage kommunalbestyrelsens interesser i forhold til den juridiske person.

Dette spørgsmål tager tilsynsrådet stilling til i forbindelse med kommunalbestyrelsens behandling af en ansøgning fra »*Kulturelt Samråd*« om dækning af rejseudgifter for nogle af deres repræsentanter i forbindelse med planer om etablering af venskabsforbindelse med en kommune i Sydnorge. Kommunalbestyrelsesmedlem X udpeges af samrådet som den ene af repræsentanterne. Kommunalbestyrelsen godkender kulturelt udvalgs indstilling om støtte. X deltager i kulturelt udvalgs møde herom.

Spørgsmålet om foreningens formål, som helt er sammenfaldende med de klart lovlige hensyn den primære sag (projektet) er udtryk for, kan legitimere den tætte forbindelse, som delvist er udtryk for en egeninteresse i snæver forstand, bliver uden betydning i dette tilfælde, idet habilitetsafgø-

relsen allerede kan støttes på det forhold, at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem er indvalgt i Kulturelt Samråds bestyrelse af kulturelt udvalg, hvorfor den pågældende »må antages at være valgt netop for at varetage kommunalbestyrelsens interesser«.

Hvor tilknytningen ikke således på formelt grundlag lader sig føre tilbage til kommunalbestyrelsen, må den af tilknytningen udspringende interesse på andet grundlag legitimeres ved påvisning af materielt sammenfald mellem foreningens formål og de hensyn, der ligger eller kan ligge til grund for den primære afgørelse.

Dette forhold illustreres klart i en sag (IM 1978/123/0402-2 af 15. december 1978), i hvilken tilsynsrådet i modsætning til indenrigsministeriet og ombudsmanden ikke antager eksistensen af et sådant materielt interesse-sammenfald. Såvel kommunalbestyrelsen som tilsynsrådet statuerer, at et kommunalbestyrelsesmedlem som formand for kommunens idrætsunion må anses for inhabil ved kommunalbestyrelsens og teknisk udvalgs behandling af nogle ansøgninger fra idrætsklubber (TR Frederiksborg amt 089-205-99-3-1977 af 27/2 1978. Jfr. FOB 1978 s. 222). Tilsynsrådet lægger afgørende vægt på, at der mellem idrætsunionen/de enkelte idrætsforeninger og kommunalbestyrelsen må antages at eksistere et generelt interesse-modsætningsforhold, hvorfor vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem ikke i habilitetsmæssig henseende kan fungere som repræsentant for unionen i kommunalbestyrelsen. Tilsynsrådet udtrykker det således, at idrætsunionen fungerer som »*mellemed*« mellem de enkelte idrætsforeninger og kommunen, hvorfor unionen må »forventes at ville søge at varetage foreningernes interesser i størst muligt omfang over for kommunen«. På denne baggrund kan det efter tilsynsrådets opfattelse ikke udelukkes, »at der vil kunne rejses en vis tvivl om, at De i tilfælde som de foreliggende vil løse konflikter mellem de modstående loyalitetshensyn til kommunens fordel«.

I forhold hertil bygger indenrigsministeriet sit modsatte resultat på en konstruktion, hvorefter det afgørende er, om der materielt er sammenfald mellem de formål, foreningen antages at varetage, og de hensyn som sagligt kan ligge til grund for den primære afgørelse. I det omfang den af forbindelsen udspringende interesse kan antages *alene* at være udtryk for dette formål/hensyn, er interessebæreren habil.

Indenrigsministeriet udtrykker det således, at »den almindelige ideelt betonedede interesse i gennemførelsen af foreningens formål ...« ikke

Anden del. Kap.VI.3.1.

bevirker inhabilitet med hensyn til forhandling og afstemning i sager vedrørende foreningen, *»når de beslutninger, der er tale om for kommunalbestyrelsens vedkommende, falder i forlængelse af foreningens formål«*.

Ombudsmanden tilslutter sig helt indenrigsministeriets opfattelse, idet ombudsmanden udtaler, at det er almindeligt anerkendt, at »en person ikke er inhabil, fordi han har en interesse i sagen, der *alene* er baseret på f.eks. hans *almindelige ideelt betonedede interesse*, der eventuelt viser sig gennem deltagelse i foreningsarbejde. Som eksempel på forhold, der anses som udtryk for sådanne ideelt betonedede interesser, anfører ombudsmanden medlemskab af sportsforeninger, biblioteksforeninger og lignende. Denne eksemplifikation står i modsætning til interesser, som udspringer af tilknytning til f.eks. aktieselskaber og andre tilknytningsforhold, der typisk er udtryk for privatøkonomisk engagement. At virksomhed udøvet i sådanne former i det enkelte tilfælde kan korrespondere med lovlige hensyn, er som anført ovenfor helt klart. Men der gælder i forhold til virksomhed udøvet i denne form en *formodning mod* at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem *»alene«* er bærer af en ideelt betonet interesse.

Hvor den juridiske person (foreningen) *som sådan er interessesubjekt i snæver forstand* kan der, uanset indholdet af en eventuel formålsangivelse, ikke statueres habilitet på grundlag af en antagelse om, at interessen *alene* afspejler lovlige kommunale hensyn. Imidlertid kan grænserne i denne henseende drages mere eller mindre snævert. Indenrigsministeriet opererer således med ret vide grænser for foreningsmedlemmers habilitet i forhold til sager vedrørende foreningen, idet ministeriet udover at udtale, at foreningens medlemmer som hovedregel ikke er afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af ansøgninger om bevillinger til idrætsformål, *hertil føjer »ej heller hvis der er tale om kommunal støtte til den forening, i hvis bestyrelse den pågældende har siddet«*. Når en så høj grad af egeninteresse for den pågældende forening accepteres som lovlig, kan det vel kun forklares med, at foreningen *som sådan* betragtes som bærer af eller er identisk med de almindelige kommunale idrætsformål, hvorfor der også i et sådant tilfælde, hvor den primære sags genstand er støtte til selve foreningen, kan antages materielt sammenfald mellem foreningen/dens formål og de hensyn der ligger til grund for afgørelser om kommunale tilskud.

Grænserne for at antage en sådan identifikation sættes ved sager, hvor

den pågældende forenings egeninteresse i sin form er af traditionel formueretlig karakter. Indenrigsministeriet udtaler således, at der vil foreligge inhabilitet i eksempelvis sager om kommunens erhvervelse af en forening tilhørende ejendom. Hvilket vel ikke uden videre er selvfølgeligt, al den stund foreningen og dermed vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem vel også i denne sammenhæng må antages at varetage foreningens interesser, som i det omfang disse er i overensstemmelse med foreningens (vedtægtsbestemte) formål også korresponderer med lovlige kommunale hensyn. Skulle en kommunalbestyrelse eksempelvis beslutte at sælge en ejendom til underpris eller købe til overpris i den hensigt at yde foreningen støtte, vil dette være fuldt lovligt.

Ombudsmanden opererer ligesom indenrigsministeriet med en grænse-dragning i forhold til den pågældende forenings egen-interesse i snæver forstand, men foretager denne betydeligt snævrere end indenrigsministeriet. Medens indenrigsministeriet som anført giver udtryk for, at foreningsmedlemmer kan deltage i behandlingen af sager om tilskud til den pågældende forening, synes ombudsmanden at betragte foreningen som *part* i sådanne sager. En sådan partsrelation vil i hvert tilfælde i forhold til bestyrelsesmedlemmer være ensbetydende med inhabilitet. Medens indenrigsministeriet eksplicit tilkendegiver, at hverken menige medlemmer eller bestyrelsesmedlemmer er inhabile i forhold til sager om støtte til den pågældende forening, jfr. formuleringen »ej heller hvis der er tale om kommunal støtte til den forening, i hvis bestyrelse den pågældende har sæde«.

Imidlertid anser ombudsmanden ikke den omhandlede idrætsunion for i habilitetsmæssig henseende at være identisk med de enkelte foreninger, hvorfor ombudsmanden ligesom indenrigsministeriet, om end på andet grundlag, ikke mener, at tilsynsrådets og kommunalbestyrelsens afgørelse om at betragte vedkommende som inhabil er holdbar:

»Jeg forstår oplysningerne i sagen således, at De ikke er bestyrelsesmedlem i nogen af de enkelte foreninger, der er tilsluttet organisationen, og således heller ikke af en forening, der er part i nogen af de behandlede sager. På den anden side har De en tilknytning til idrætten i kommunen, der går ud over en tilkendegiven interesse/holdning og eventuelt medlemskab af en idrætsforening. Denne stærkere tilknytning, der består i Deres formandskab for den omtalte union karakteriseres ved, at unionen er en tværidrætslig organisation, der er »bindeled« mellem kommunens idrætsforeninger og unionen, ikke

Anden del. Kap.VI.3.1.

griber ind i de enkelte foreninger, og at den er »mellemed« mellem foreningerne og de offentlige myndigheder, herunder kommunens myndigheder; unionen kan således betegnes som en organisering af den almindelige idrætsinteresse i kommunen«.

Ombudsmanden betragter således forbindelsen mellem idrætsunionen og de enkelte idrætsforeninger som så indirekte, at der ikke kan sluttes fra de enkelte foreningers partsstatus til en tilsvarende for unionen. Som følge heraf er det også for ombudsmanden muligt at antage sammenfald mellem unionens formål og de hensyn, der ligger til grund for de enkelte sager om støtte til idrætsforeninger. Se iøvrigt også FOB 1975 s. 191 nedenfor afs. 5.

Som et andet eksempel på disse bedømmelseselementers indbyrdes samspil og/eller udskillelse som habilitetsafgørelsens grundlag kan anføres et tilfælde om, et kommunalbestyrelsesmedlem kan deltage i behandlingen af en sag om tilskud og lån til en idrætshal drevet som selvejende institution (IM 1978/1130/1600-5 af 10. april 1979).

Vedkommendes tilknytning til sagen kommer til udtryk derved, at han er skolelærer og fodboldtræner i en idrætsforening. Såvel skolen som idrætsforeningen benytter den pågældende hal.

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet på grundlag af arten og graden af tilknytning, jfr. rådets udtalelse om, at »uagtet den trufne afgørelse ikke med sikkerhed vil medføre en umiddelbar ændring af hans løn- og ansættelsesforhold«, og idet tilsynsrådet lægger afgørende vægt på sagens »ikke uvæsentlige betydning for idrætsforeningen ... og ... skole« samt endelig rådets bemærkning om, at man ikke ville have anset vedkommende for inhabil »såfremt han alene havde været medlem af idrætsforeningen eventuelt dennes bestyrelse« (TR Nordjylland, skrivelse af 30. november 1978).

Indenrigsministeriet deler ikke tilsynsrådets opfattelse. Og hvor tilsynsrådets bedømmelsesgrundlag er centreret omkring tilknytningsforholdet, inddrager indenrigsministeriet i sit bedømmelsesgrundlag herudover også en egentlig materiel vurdering af interessens karakter, som denne lader sig udlede af den primære sag.

Som grundlag for at karakterisere interessen som *almen* anfører indenrigsministeriet således, »at udvidelsen af hallen vil komme også andre idrætsforeninger og i det hele taget en stor kreds af kommunens borgere til nytte«.

Og da indenrigsministeriet - i modsætning til tilsynsrådet - i tilknytning hertil ikke mener, at tilknytningsforholdet danner grundlag for en *særlig* interesse, idet »udvidelsen ikke kan antages at medføre nogle lønmæssige ændringer i ...s ansættelsesforhold som lærer ved ... skole og fodboldtræner ved ... idrætsforening ...«.

Endelig kan anføres en sag, om den socialdemokratiske partigruppe i kommunalbestyrelsen er habil i forhold til spørgsmålet om kommunens annoncering i det socialdemokratiske medlemsblad »Focus«. Det oplyses, at kommunens annonceudgift til Focus andrager ca. 51.000 kr. årligt.

Det oplyses også, at socialdemokratiets Vejle-kreds udsender et medlemsblad, og at udgifter og indtægter balancerer med ca. 56.000 kr. »Det er således af stor betydning for Focus at beholde kommunens annoncer« (TR Vejle/notat fra sekretariatet 1979-089 -621-9-98a-1, af 12. marts 1979).

Tilsynsrådet er af den opfattelse, at interessen er af politisk karakter og som sådan lovlig. Denne afgrænsning af begrebet politisk/ideel interesse forekommer endnu bredere end den ovenfor anførte, hvor indenrigsministeriet ikke anser forenings-, herunder bestyrelsesmedlemmer for inhabile i sager vedrørende deres forening. I en sag om direkte økonomisk støtte til en idrætsforening kan det forsvares at bygge på en konstruktion, hvorefter der i materiel henseende er sammenfald mellem foreningens interesse, som denne kommer til udtryk i foreningens formål og de hensyn, der ligger til grund for den primære sags afgørelse om støtte. En tilsvarende antagelse om interesse/hensynssammenfald kan ifølge indenrigsministeriet, jfr. ovenfor, ikke bære, hvor den primære sags indhold er et privat kontraktsforhold. Og dette gælder formentlig også, selv om det pågældende kontraktsforhold rent faktisk fungerer som kommunal støtte.

Skal der alligevel statueres habilitet, må grundlaget herfor være modificerede krav til graden af tilknytning, således at de pågældende som følge af deres placering i foreningshierarkiet ikke har en sådan tilknytning til foreningen (interessesubjektet), at de i habilitetsmæssig henseende anses for bærere af foreningens interesser. Denne mulighed overvejes også af tilsynsrådet, idet det foreslås at udtale, »at alene de medlemmer, der samtidig sidder i byrådet og bestyrelsen ... eventuelt må anses for inhabile ...«. I sin endelige udtalelse fastholder sekretariatet imidlertid sin opfattelse af interessens materielle karakter, hvorefter der er tale om en »*politisk afgørelse*«.

I snæver sammenhæng med denne bestemmelse af interessens materielle

Andel del. Kap. VI.3.1.

karakter foretager tilsynsrådet en yderligere modifikation af kravene til den inhabilitetsbegrundende *grad* af tilknytning, idet denne nu for at begrunde inhabilitet skal konstituere en egen-interesse i snæver forstand for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem, jfr. udtalelsen om, »at inhabilitet formentlig kun kan påstås, hvis et af kommunalbestyrelsesmedlemmerne *har et lønnet hverv hos Focus og således har personlig og økonomisk vinding ved annonceringen*«.

Tilsynsrådets konstruktion, hvorefter interessen materielt bestemmes som *politisk* har naturligvis sit grundlag i, at der under abstraktion fra interessens form, som denne kommer til udtryk i den primære afgørelse (kontrakt), sluttes fra det eksisterende sammenfald mellem det til grund for tilskuddets adressat og den primære afgørelse (tilskuddet) liggende formål. Et formål som i øvrigt antages at ligge inden for kommunalfuldmagtens grænser (hvilket i sig selv er tvivlsomt, jfr. *Harder*: Dansk kommunalforvaltning II 1979 s. 140 om tilskud til politiske foreninger).

Dynamikken i forholdet mellem bedømmelselementer vedrørende henholdsvis graden af tilknytning og interessens materielle karakter kan således betinge ret så store variationer i kombinationen af og vægtfordelingen imellem disse elementer som grundlag for habilitetsbedømmelsen. Indenrigsministeriet synes således at lægge afgørende vægt på spørgsmålet om interessens materielle karakter, som denne lader sig bestemme på grundlag af virksomhedens overensstemmelse med lovlige kommunale formål. I det omfang den ikke-kommunale virksomhed (forening etc.) på det anførte grundlag skønnes at korrespondere med lovlige kommunale hensyn, statueres ikke inhabilitet i forhold til de for virksomheden/foreningen mest vitale spørgsmål om tilskud etc., med mindre vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem kan siges at have en personlig økonomisk interesse i den primære sag. Det anførte gælder vel at mærke også selv om vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems placering i virksomheden/foreningen som bestyrelsesmedlem etc. repræsenterer den højeste grad af tilknytning.

I forhold hertil synes ombudsmanden i højere grad af den opfattelse, at virksomhedens/foreningens interesser som sådanne begrunder inhabilitet i forhold til kommunalbestyrelsesmedlemmer, som - under forudsætning af den fornødne tilknytningsgrad - optræder som repræsentant for virksomheden/foreningen.

Medens tilsynsrådsafgørelsen i sagen om støtte til et politisk partis blad

via annoncekøb synes at repræsentere en yderligere slækkelse af reguleringsintensiteten for så vidt angår anvendelsen af kriterier for interessens materielle karakter, idet der såvel i henseende til den pågældende virksomheds materielle karakter som den kommunale dispositionsform (køb/kontrakt) er tale om en interesse, hvis materielle lovlighed formentlig ikke lader sig begrunde med henvisning til virksomhedens overensstemmelse med kommunalfuldmagten. Imidlertid synes denne vidtgående og énsidige anvendelse af materielle kriterier som grundlag for at statuere habilitet at være i overensstemmelse med dele af ombudsmandens og indenrigsministeriets praksis i øvrigt, jfr. nedenfor afsnit 3.2.

3.2. Reguleringens materielle genstand som grundlag for bestemmelsen af interessens materielle karakter

Til trods for at spørgsmålet om interessens inhabilitetsbegrundende karakter som anført kun sjældent lader sig afgøre alene på grundlag af slutninger fra den primære sags materielle karakter, ser man i praksis klare tendenser i retning af at søge reguleringsintensiteten slækket ved ensidige - og i sig selv tvivlsomme - slutninger fra den primære sags materielle overensstemmelse med lovlige kommunale hensyn til den foreliggende interesses habilitetsmæssige lovlighed.

Til illustration heraf kan anføres sagen om flere kommunalbestyrelsesmedlemmers specielle habilitet i forhold til nogle beslutninger og afgørelser vedrørende udstykning og kloakering af et større landområde (OBM 1975/1141/42 af 27. maj 1977).

Et konsortium udviste i 1971 interesse for udstykning af området med henblik på anvendelse til ferieformål. Blandt konsortiets deltagere var bl.a. medlem af kommunalbestyrelsen og teknisk udvalg, advokat NL. Teknisk udvalg kunne ikke anbefale den første af konsortiets udarbejdede planer. I 1972 fremsendte konsortiet en ny plan, som indeholdt forslag om udstykning og anvendelse af området. Denne plan omfattede bl.a. opførelse af 40 dobbelthuse og ca. 50 enkelthuse med henblik på udlejning. Gårdens bygninger blev foreslået omdannet til butikscenter. Endelig skulle der opføres 14 gæstehytter grupperet omkring et svømmebasin. Ialt ønskede konsortiet at bygge 174 enkelthuse. Udstykningen omfattede 49 ha. Konsortiet havde til hensigt at investere ca. 20 mill. kr. i projektet. Såvel teknisk udvalg som kommunalbestyrelsen gik ind for realisering af dette forslag.

I januar 1972 stiftedes et »Erhvervs- og turistudviklingsselskab A/S«. Blandt

Anden del. Kap.VI.3.2.

stifterne var tre af kommunalbestyrelsens medlemmer: Advokat NL, borgmester BM og gårdejer Y.

Aktiekapitalen i selskabet skulle andrage maksimalt 500.000 kr. og som minimum 200.000 kr. Heraf tegner stifterne sig for 46.000 kr. Det resterende beløb søges dækket ved offentlig tegning. Ved tegningsfristens udløb var der tegnet aktier for ialt 230.000 kr. af 105 aktionærer. Blandt aktionærerne var foruden de tre allerede nævnte kommunalbestyrelsesmedlemmer yderligere fire medlemmer af kommunalbestyrelsen. Efter valget i 1974 indtrådte to nye medlemmer, som tegner sig som aktionærer. Af disse ialt ni kommunalbestyrelsesmedlemmer var alle på nær to medlemmer af kommunalbestyrelsen i hele den for sagen relevante periode, d.v.s. 1970-74 og en del af perioden 1974-78.

Foruden advokat NL var yderligere en aktionær medlem og formand for teknisk udvalg. Foruden borgmesteren som formand er yderligere et medlem af økonomiudvalget aktionær i selskabet.

Som medlemmer af selskabets første bestyrelse vælges borgmester BM og advokat NL.

Af selskabets vedtægter fremgår, at formålet er *»at virke for erhvervs- og turistmæssig udvikling i ... kommune«*. Til fremme af dette formål kan selskabet *»foretage ethvert skridt, herunder også foretage opkøb af fast ejendom, løsøre, foretage bebyggelse, udlejning og videresalg«*.

Vedtægterne indeholder også nærmere regler om udbetaling af udbytte til aktionærerne, ligesom der er regler om fordeling af eventuelt overskud. Generalforsamlingen træffer således beslutning om anvendelsen af selskabets overskud, *og der er i vedtægterne intet til hinder for, at et overskud kan besluttes udloddet til aktionærerne.*

Om de almindelige aktionærers habilitet udtaler kommunalbestyrelsen, *»at det ikke af kommunalbestyrelsen på noget tidspunkt havde været overvejet at erklære aktionærerne i erhvervs- og udviklingsselskabet for inhabile«*. Dette standpunkt begrundes *»i det klare formål, der lå til grund for selskabets oprettelse«*.

Tilsynsrådet tilslutter sig dette resultat omend med en anden begrundelse, idet rådet hovedsageligt henviser til aktieposternes ringe størrelse (jfr. herom afsnit 4.).

At tilsynsrådet imidlertid er enig med kommunalbestyrelsen i dennes syn på spørgsmålet om interessens materielle karakter, fremgår klart af rådets afgørelse vedrørende borgmesterens habilitet, idet denne foruden at være aktionær også er medlem af selskabets bestyrelse.

Tilsynsrådet anfører herom, »at det er uheldigt, at borgmesteren på grund af sit medlemskab af bestyrelsen ... ikke har undladt at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af sager, der er berørt af erhvervs- og turistudviklingsselskabets interesser«. Imidlertid konkluderer rådet, at *»på baggrund af aktieselskabets formål* finder tilsynsrådet dog ikke, at den fejl, der hermed er sket i kommunalbestyrelsens behandling af sagerne, er af så væsentlig betydning i forhold til de trufne beslutninger, at der vil være grundlag for at anfægte gyldigheden af disse«.

Denne formulering kan enten opfattes som en konstatering af, at forholdet konstituerer inhabilitet, men at den retlige mangel på grundlag af en væsentlighedsvurdering ikke er af betydning for den trufne afgørelse, og/eller som et udsagn om, at der foreligger et kritisabelt forhold, men at dette ikke bevirker inhabilitet. Om man lægger den ene eller den anden af disse forståelsesmuligheder til grund, er for så vidt underordnet, når grundlaget for tilsynsrådets afgørelse er en opfattelse, hvorefter der kan sluttes fra det private selskabs formål - som det kommer til udtryk i selskabets vedtægter - til at de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer er bærere af en interesse identisk hermed, samt endelig at denne interesse materielt er af en art som ikke begrunder inhabilitet, eller som i hvert tilfælde ikke konstituerer en generel væsentlig mangel.

Også ombudsmanden tillægger dette synspunkt en afgørende vægt i bedømmelsen af de almindelige aktionærers habilitet. Han fastslår indledningsvis, at »der vel kan siges at have foreligget en konflikt mellem deres medlemskab af kommunalbestyrelsen eller udvalget og deres økonomiske interesser i udviklingsselskabet«. Imidlertid anser ombudsmanden denne aktiebesiddelse for så »forholdsvis uvæsentlig«, at den ikke kan begrunde de pågældendes inhabilitet i sager vedrørende selskabet. (Dette spørgsmål om interessens omfang vil blive taget op til behandling i afsnit 4.).

I grundlaget for denne afgørelse har også ombudsmanden inddraget spørgsmålet om den primære sagsgenstands materielle substans. Ombudsmanden udtaler således, at »ved vurderingen af spørgsmålet kommer det yderligere i betragtning, at ... *erhvervs- og udviklingsselskab vel muligvis kan betragtes som et erhvervsdrivende selskab, men at selskabet dog varetager et egnsudviklingsformål, som må antages i en vis udstrækning at være sammenfaldende med de interesser, det naturligt påhviler kommunen at varetage*«. Der foreligger således ikke i samme grad som ved almindelige erhvervsdrivende selskaber konflikt mellem selskabets - og dermed aktionærernes - og kommunens interesser«.

Anden del. Kap.VI.3.2.

Ombudsmandens og tilsynsrådets afgørelser illustrerer således klart de problemer, der er forbundet med i bedømmelsesgrundlaget at inddrage materielle overvejelser af denne art. Om et erhvervsdrivende selskab i et eller andet omfang har interesser, der falder sammen med kommunens, lader sig ikke afgøre uafhængigt af *formen* for den pågældende interesses realisering.

Illustration heraf kan hentes fra reguleringen af den kommunale virksomhed, hvis retsgrundlag er kommunalfuldmagten, *Harder*: Dansk Kommunalforvaltning II s 15ff, *Poul Andersen* 5. udg. s. 651ff, *Haagen Jensen*: Kommunalret s. 44ff, *Preben Espersen*: Beslutning og samtykke s. 89ff.

En kommunal aktivitets overensstemmelse med kommunalfuldmagten lader sig ikke afgøre alene på grundlag af overvejelser over denne aktivitets stofflige karakter, uafhængigt af virksomhedens organisationsform. Støtte til undervisnings- og sundhedsvirksomhed, som efter sit indhold henhører under traditionelle kommunale aktiviteter kan således være ulovlig, når denne virksomheds organisationsform (f.eks. aktieselskabsformen) indicerer tilstedeværelsen af privatøkonomiske interesser. Sådanne interesser er pr. definition ulovlige. Omvendt kan støtte til f.eks. transportvirksomhed af en art, som traditionelt henhører under samfundets privatøkonomiske sfære, være lovlig, når den anvendte organisationsform udviser eller væsentligt afsvækker denne virksomheds privatøkonomiske karakter.

Tilsvarende kan der ikke slutes fra en virksomheds overensstemmelse med kommunalfuldmagten til de enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet i forhold til sager vedrørende denne virksomhed. Afgørende for om der foreligger en sådan slutningsmulighed er, om den forbindelse, der er habilitetsvurderingens genstand, alene afspejler det lovlige kommunale formål, og - i snæver forbindelse hermed - om et tilknytningsforhold som konstituerer en interesse af privat karakter overhovedet i habilitetsmæssige henseende kan konstituere en lovlig kommunal interesse.

At ombudsmanden i hvert tilfælde er opmærksom på førstnævnte fremgår af det forhold, at interessesubjektets organisationsform (A/S) som udtryk for interessens karakter, af ombudsmanden modificeres med henvisninger til selskabets almindeligt holdte formålsbestemmelser. Selvom man godtager denne konstruktion som udtryk for en svækkelse af selskabets erhvervssigte eller som udtryk for, at dette sigte i hvert tilfælde er af

sammensat karakter, vil de interesser der herefter måtte være i overensstemmelse med lovlige kommunale formål altid forekomme i et uadskilleligt samspil med interesser og formål, som ikke er kommunale og ikke lovligt kan være det. En kommune kan ikke drive virksomhed med erhvervsmæssigt sigte. Hvordan kan det i habilitetsmæssig henseende lade sig gøre at udskille den del af en erhvervsaktivitet, som er sammenfaldende med lovlige kommunale formål, fra den pågældende virksomheds privatøkonomiske formål.

Når ombudsmanden som en modifikation af selskabets erhvervsmæssige karakter anfører, at det dog varetager »et egnsudviklingsformål, som må antages i en vis udstrækning at være sammenfaldende med de interesser, det naturligt påhviler kommunen at varetage«, synes der heri at ligge en forestilling om, at det på stofligt grundlag er muligt at operere med forskellige grader af overensstemmelse med lovlige kommunale formål. Ved afgrænsningen af kommunalfuldmagten er et sådant udskillelsesgrundlag også af en vis relevans, men vel at mærke under forudsætning af, at virksomheden ikke tilsigter erhvervsøkonomiske formål (om undtagelserne fra denne regel, se *Harder II* s. 81ff).

Og selv ikke den højeste grad af overensstemmelse med lovlige kommunale formål kan uafhængigt af tilknytningsforholdet i øvrigt bestemme interessens materielle karakter. Således vil eksempelvis ansatte og andre interessenter i et privat færgeselskab, hvis virksomhed fuldt lovligt kunne varetages direkte af kommunen selv, og som med sikkerhed ville blive det, hvis ikke der eksisterede et privat alternativ, være inhabile ved kommunalbestyrelsens behandling af sager om støtte til selskabet. Der vil endog i vidt omfang blive statueret inhabilitet i forhold til sager vedrørende udbygning af kommunale havne, som det pågældende selskab benytter (jfr. eksemplerne nedenfor).

Hertil kommer, at kommunen *også bortset fra virksomhed, som falder inden for kommunalfuldmagtens grænser* principielt er interesseret i al virksomhed, som fører til økonomisk udvikling i kommunen. For så vidt er al privatøkonomisk foretagsomhed af egnsudviklingsmæssig betydning, og dermed omfattet af lovlige kommunale hensyn. Men habilitetskravenes pointe er netop i forhold hertil at bestemme formen og grænserne for sådanne interessers realisering gennem den kommunale beslutningsproces.

Som det klareste udtryk for denne tendens til fejlslutning eller rettere tendensens egentlige gennemslag kan anføres en sag, som såvel på grund af

Anden del. Kap.VI.3.2.

dens indhold samt den offentlige opmærksomhed, den har været genstand for, kan anses for en »leading case«. Sagen blev behandlet i fjernsynssendelsen »Kikkerten« 27. november 1984.

Borgmesteren i en kommune indtræder efter opfordring fra lokale erhvervsråd og *efter indstilling fra kommunalbestyrelsen* som *kommunalbestyrelsens repræsentant* i bestyrelsen for en erhvervsfond. Denne erhvervsfond opretter en række erhvervsdrivende kommanditselskaber, i forhold til hvilke fonden er komplementar. Et af disse selskaber (KS III) køber en ejendom af kommunen. Denne ejendom udlejes til en medicinalvarefabrik. I forbindelse med etableringen af medicinalvarefabrikken på den udlejede ejendom søges kommunen om en række tilladelser og dispensationer i medfør af bygge- og miljølovgivningen. Udover de habilitetsmæssige spørgsmål sagen giver anledning til, er dele af sagsforløbet præget af ulovligheder af såvel formel som materiel karakter. I det følgende vil blive søgt givet en kortfattet men mere detaljeret gennemgang af det samlede sagsforløb i kronologisk orden:

Erhvervsfonden oprettes af lokale erhvervsråd, hvilket altså vil sige på initiativ af private erhvervsdrivende. Bestyrelsen består af to borgmestre, en erhvervs/turistchef samt formændene for erhvervsrådene. Fonden opretter et kommanditselskab »K/S Erhvervsudvikling«, i forhold til hvilket erhvervsfonden er komplementar og altså fuldt ansvarlig. Dette kommanditselskab »K/S Erhvervsudvikling« opretter så igen 4 kommanditselskaber I-IV i forhold til hvilke »K/S Erhvervsudvikling« er komplementar. Overskuddet i disse selskaber fordeles mellem kommanditisterne i forhold til andelene i det enkelte selskab. Den af kommanditisterne indskudte kapital i KS III investeres i køb af en kommunal grund. Skødet på denne grund underskrives af *borgmesteren* som sælger og af *bestyrelsesmedlemmerne* i fonden på vegne af KS III som købere. Borgmesteren underskriver rykningspåtegning på pantebreve i forbindelse med byggeriet på grunden. Den første lejer - en sodavandsfabrik - må lukke. Bygninger og grund ligger herefter ubenyttet hen med heraf følgende store udgifter og tab for ejeren KS III. En medicinalvarefabrik er interesseret under forudsætning af, at der kan gennemføres udvidelser og ændringer - herunder opførelse af et ekstraktionsanlæg. Amtet giver miljøtilladelse til at indrette medicinalvarefabrik inden for de eksisterende rammer. Der indsendes supplerende ansøgning om en række udendørsanlæg: Kemikaliedepot, synteseanlæg, tankgård, rensningsanlæg. Der gives godkendelse fra amtet, men klage til miljøstyrelsen betinger opsættende virkning. Medicinalvarefabrikken søger miljøstyrelsen om tilladelse til færdiggørelse, men anlæggene er etableret, hvilket ikke angives på det medsendte kort til miljøstyrelsen. Miljøstyrelsen vil ikke give tilladelse før klagerne er behandlet. Men medicinalvarefabrik-

kens direktion gør opmærksom på, at der er tale om en pro forma tilladelse, som følge af at det hele er færdigbygget, og som følge af at fabrikken har fået nødvendig dispensation og byggetilladelser fra kommunen! Disse oplysninger var delvis korrekte, for så vidt som alt faktisk var færdigbygget. Imidlertid var det ikke rigtigt, at alle byggetilladelser var givet. Den sidste byggetilladelse, der omfattede alle nye udendørsanlæg, blev således først givet efter mødet med miljøstyrelsen, men inden klagerne var færdigbehandlet.

I miljøretlig henseende er retsstillingen klar: Der må ikke påbegyndes nogen form for bygge- og anlægsvirksomhed, før miljøgodkendelse foreligger, ankefrister er udløbet og indkomne klager behandlet. Byggetilladelser bør heller ikke gives før dette tidspunkt. Hvis det alligevel sker, *skal* kommunen gøre opmærksom på, at det er ulovligt at påbegynde før miljøgodkendelserne er færdigbehandlet. På trods heraf er samtlige anlæg færdigopført og de hertil fornødne byggetilladelser og dispensationer udstedt forinden færdigbehandlingen af miljøgodkendelserne. Byggetilladelserne samt de fornødne dispensationer fra byplanvedtægten er udstedt af kommunen til KS III underskrevet af borgmesteren (TV »Kikkerten«, 27. november 1984. TR Nordjylland 089-16-99-2-1984 af 22. april 1985).

Spørgsmålet er herefter bl.a., om borgmesteren som følge af sin placering i fondens bestyrelse er inhabil ved behandlingen og afgørelsen af sager i forhold til hvilke KS III er part.

Tilsynsrådet kommer i sin afgørelse til det resultat, at borgmesteren er habil (TR Nordjylland 089-16-99-2-1984 af 22. april 1985). I grundlaget for denne afgørelse indtager spørgsmålet om interessens materielle karakter en afgørende placering. Tilsynsrådet er således af den opfattelse, at der er den fornødne grad af sammenfald mellem selskabets formål, som dette afgrænses i fondens fundats og lovlige kommunale hensyn. Selskabet »K/S Erhvervsudvikling« har således til formål *»at drive erhvervsvirksomhed ved opførelse og udleje af erhvervsbygninger, finansiering af projekter inden for erhvervslivet samt pengeanbringelse i værdipapirer og i øvrigt enhver form for erhvervsvirksomhed, der kan tjene til at fremme erhvervsudviklingen. Selskabet skal således være berettiget til at investere i udlån, aktier eller anparter i erhvervsdrivende selskaber, ligesom det er berettiget til at være komplementar i kommanditselskaber. Herigennem skal selskabet på seriøs måde søge at medvirke til egnsudviklingen i sit naturlige område«*. Denne formålsangivelse er praktisk taget identisk med formålsbestemmelsen i fondens fundats.

Tilsynsrådet gør opmærksom på, at »den almindelige regel om at et kommunalbestyrelsesmedlem, som af kommunalbestyrelsen er indvalgt i

Anden del. Kap.VI.3.2.

ledelsen af en forening m.v. som kommunens repræsentant, ikke er afskåret fra behandlingen af sager, hvori den pågældende forening m.v. er part, *ikke uden videre gælder i dette tilfælde*«. Alligevel finder tilsynsrådet dog, at »konstruktionen i fondens fundats, bl.a. med krav om decision af fondens regnskab, sikrer, at borgmesteren vil varetage kommunale interesser i fonden«.

Tilsynsrådets indledningsvise forbehold sigter til de i fondens formål klart angivne erhvervsmæssige aktiviteter, jfr. tilsynsrådets udlægning af en tidligere udtalelse fra 1978, hvorefter »fonden ifølge fundatsen har mulighed for at engagere sig aktivt i erhvervsvirksomhed til fremme af erhvervsudviklingen i området, og at det i almindelighed ikke betragtes som en kommunal opgave at drive erhvervsvirksomhed«.

Efter tilsynsrådets opfattelse kan hensynet til beskæftigelsen i kommunen imidlertid nu legitimere kommunalt engagement i privat erhvervsvirksomhed: »Imidlertid har de store beskæftigelsesproblemer, som har præget samfundet i de seneste år, medført, at kommunerne i stigende grad er blevet inddraget i løsningen af disse problemer. Dette har bl.a. givet sig udslag i lov nr. 277 af 10. juni 1981 om arbejdstilbud til ledige og lov nr. 286 af 9. juni 1982 om jobskabelse, hvorved der for så vidt angår sidstnævnte lov er skabt hjemmel for, at kommunerne i et vist omfang kan medvirke til produktion til afsætning«. Og »Udviklingen har ført med sig, at man i dag kan sige, at der er en særlig kommunal interesse i at varetage beskæftigelsesmæssige hensyn«.

Tilsynsrådets afgørelse stadfæstes af indenrigsministeriet (IM 1074/1616-1/1984 af 4. november 1985)

I forlængelse af det ovenfor om ombudsmandens bedømmelse og afgørelse i sagen om erhvervs- og egnsudviklingsselskabet anførte, kan det her sammenfattende konkluderes, at tilsynsrådets og indenrigsministeriets afgørelse bygger på en fejlagtig slutning fra selskabets formål - som dette afgrænses i fondens fundats, via lovlige kommunale hensyn, som disse afgrænses i kommunalfuldmagten og den materielretlige regulering i øvrigt, til habilitetskravene som disse afgrænses af tilsynsrådet. Naturligvis korresponderer kommunens almindelige beskæftigelsesmæssige interesser med lovlige kommunale hensyn. Kommunerne har således en naturlig og lovlig interesse i al privat foretagsomhed, der giver beskæftigelse. Spørgsmålet er alene, i hvilken form hensynet hertil kan realiseres. Habilitetskra-

vene og kommunalfuldmagten udgør det centrale retlige grundlag for reguleringen heraf, suppleret af den specielle lovgivnings bestemmelser og forudsætninger herom. Eksempelvis optræder beskæftigelsesmæssige hensyn også i miljøbeskyttelseslovens formålsbestemmelse, som er en central del af retsgrundlaget i det samlede kompleks af afgørelser. Men det betyder naturligvis ikke, at kommunen kan gøre en enkelt virksomheds trivsel til et kommunalt anliggende i den forstand, at der bortses fra den interesse modsætning der eksisterer mellem den private erhvervsvirksomheds ønske om indtjening og kommunalbestyrelsens forpligtelser som offentlig myndighed. Eller sagt på en anden måde, kommunalbestyrelsens lovlige interesse i lokal beskæftigelse kan ikke varetages ved at tildele private virksomheder repræsentation i kommunalbestyrelsen i sager vedrørende virksomheden. Hertil kommer, at den speciallovgivning, tilsynsrådet henviser til, må opfattes som hjemmelsgrundlag for helt specifik afvigelse fra eller udvidelse af kommunalfuldmagten. Afgørende for, om kommunalbestyrelsen i medfør af denne lovgivning kan engagere sig i produktionsvirksomhed, er således, om denne lader sig subsummere under den pågældende lovs bestemmelser, hvilket ikke er tilfældet.*)

Det har naturligvis aldrig været hensigten med den anførte lovgivning i almindelighed at nedbryde eller opløse den til grund for kommunalfuldmagten liggende forudsætning om adskillelse mellem samfundets privatøkonomiske sfære og kommunal ressourceanvendelse (jfr. Harder Dansk kommunalforvaltning II s. 68ff). Almindelige beskæftigelsesmæssige problemer kan således *ikke* - uden særlig hjemmel - løses ved at kommunerne engagerer sig i privatøkonomisk erhvervsvirksomhed. De af fonden omfattede aktiviteter kan følgelig *ikke* korrespondere med lovlige kommunale hensyn.

Endelig - og måske som det mest centrale i forhold til habilitetsspørgsmålet - må det understreges, at der ikke uden videre kan sluttes fra materielt/stofligt sammenfald mellem ikke-kommunal virksomhed og kom-

*) I lov om jobskabelse nr. 286 af 6. september 1982 hedder det i § 4, at arbejdspladser kan oprettes efter denne lov, hvis »arbejdet ellers ikke ville blive udført, og arbejdet ikke i væsentligt omfang reducerer efterspørgslen efter produkter eller tjenesteydelser, der allerede produceres af eksisterende virksomheder«.

Anden del. Kap.VI.3.2.

munalfuldmagten til spørgsmålet om habilitet. Selvom der således havde været tale om en virksomhed, som efter sin stofflige karakter kunne være udøvet i kommunalt regi, havde borgmesteren ikke af denne grund været habil. Selv i tilfælde, hvor der således er tale om totalt materielt sammenfald, idet den pågældende aktivitet direkte kunne være udført i kommunalt regi, vil den ikke-kommunale organisationsform principielt være inhabilitetsgrund. Dette resultat understreges, hvor den primære afgørelses genstand - som i denne sag - er kommunal myndighedsudøvelse (jfr. herom afsnit 5.).

I overensstemmelse hermed er opfattelsen af borgmesteren som *kommunalbestyrelsens repræsentant* i fonden udtryk for en fejlkonstruktion. Jfr. det forhold at borgmesteren er indstillet af kommunalbestyrelsen sammenholdt med tilsynsrådets udtalelse om, »at rådet ... må lægge til grund, at Deres medlemskab af fondens bestyrelse indebærer varetagelse af kommunens interesser«. Borgmesteren kan således ikke i habilitetsmæssig henseende være kommunalbestyrelsens repræsentant i fonden.*)

Til yderligere belysning af det beskrevne bedømmelsesgrundlags inadækvans og de spændinger de anførte afgørelser afstedkommer i praksis, skal sammenligningsvis yderligere inddrages et par sager, som repræsenterer en markant højere grad af reguleringsintensitet.

Således et tilfælde, hvor spørgsmålet er, om et kommunalbestyrelsesmedlem, som også er formand for teknisk udvalg, er inhabil som følge af

*) Til illustration af samspillet mellem bedømmelselementer vedrørende henholdsvis interessens materielle karakter og graden af tilknytning kan anføres den norske forvaltningslovs § 6, 1. led, punkt E, hvorefter eksempelvis kommunalbestyrelsesmedlemmer som repræsentanter i kommunale selskaber ikke er inhabile ved kommunalbestyrelsens behandling af sager vedrørende selskabet, når selskabet »*helt ut eies av stat eller kommune*«. I det omfang ejerforholdene ikke ubetinget er af offentlig karakter, idet private interesser faktisk er involveret, defineres interessen i habilitetsmæssig henseende som privat og dermed principielt som inhabilitetsbegrundende. Det er det reelle ejerforhold, der er afgørende for, om selskabet kan anses for privat eller offentligt. At et par aktier er på private hænder for at tilfredsstille den tidligere aktielovs krav om mindst tre stiftere, er således uden betydning. I øvrigt skal udtrykket »helt ut« tages meget bogstaveligt, jfr. *Eckhoff* s. 426 og *Frihagen* Inhabilitet i forvaltningen 3. udg. 1970 s. 39. Udtrykket omfatter også kommunale selskaber, jfr. *Eckhoff*: Forvaltningsrett s. 426. Tilsvarende dansk forvaltningslov § 3, stk. 1, nr. 3, jfr. lovforslagets bemærkninger s. 30)

sin stilling som kontorchef i Industrirådet. Tilsynsrådet betragter vedkommende som inhabil i forhold til miljø- og levnedsmiddelsager vedrørende virksomheder, hvis interesser kan tænkes varetaget af Industrirådet (TR Københavns amt 1984-0899-5-181-3 af 11. juli 1984).

Vedkommende er chef for det kontor under Industrirådet, som bl.a. varetager »industriens interesser i lokaliserings- og regionalpolitiske spørgsmål og fremfører Industrirådets synspunkter vedrørende love, lovgivningsinitiativer og offentlig administration inden for udvalgets område ...«.

Spørgsmålet om vedkommendes placering i det kommunale hierarki tillægges ikke af tilsynsrådet betydning, idet rådet om vedkommendes placering som formand for teknisk udvalg udtrykkeligt udtaler, at habilitetskravene anses »for at være *de samme*, hvad enten den pågældende er almindeligt medlem af eller formand eller næstformand for udvalget«.

Tilsynsrådets opfattelse er afgørende funderet i tillids- og garantihensynet: »... som chef for Industrirådets miljøkontor varetager sådanne interesser, at det af hensyn til offentlighedens tillid til sagernes objektive behandling i ... kommune ikke vil være rigtigt at ... som medlem af teknisk udvalg, som formand eller næstformand for dette eller som kommunalbestyrelsesmedlem deltager i sager, der falder inden for miljøkontorets sagsområde ...«.

I lighed med de ovenfor anførte sager om erhvervs- og egnsudviklingskonsortiets og det erhvervsdrivende kommanditselskab er der tale om interesser, som på grundlag af en isoleret materiel vurdering også korresponderer med lovlige kommunale hensyn. At de pågældende interesser knyttet til lokaliserings og regionalpolitiske spørgsmål - som følge af tilknytningen til Industrirådet - naturligvis netop er industriens interesser i de pågældende spørgsmål, er for så vidt helt identisk med det forhold, at de anførte erhvervsdrivende selskabers interesser i egnsudvikling er specifikt afgrænset som *selskabets* interesser i erhvervs- og egnsudvikling.

Det forhold, at de erhvervsmæssige interesser skal ses som udtryk for og resultat af tilknytning til en interesseorganisation (Industrirådet), hvis mål vel er at sikre den samlede industris *gennemsnitlige* interesser, hvor kommunalbestyrelsesmedlemmerne med tilknytning til de erhvervsdrivende selskaber direkte fungerer som repræsentanter for en *bestemt virksomheds* konkret foreliggende projekter, burde vel tale for forholdsmæssigt strengere habilitetskrav i sidstnævnte tilfælde.

Anden del. Kap.VI.3.2.

Som et andet eksempel kan anføres en sag, hvor borgmesteren erklæres inhabil m.h.t. kommunalbestyrelsens og økonomiudvalgets behandling af sager vedrørende en daginstitution, i hvilken borgmesteren er formand (TR Sønderjylland 089-523-99-1-86, skrivelse af 27. februar 1986). I grundlaget for afgørelsen anfører tilsynsrådet bl.a., at »ikke blot medlemmets økonomiske interesse kan medføre inhabilitet men også tillidshverv, der medfører, at medlemmet skal varetage en forenings eller institutions interesser, kan bevirke ...«

Endelig kan anføres et tilfælde vedrørende spørgsmålet om en borgmesters habilitet i forhold til sager vedrørende en selvejende social institution. Borgmesteren er således indvalgt i bestyrelsen for Ensomme Gamles Værn (EGV).

Tilsynsrådet er af den opfattelse, at borgmesteren vil være inhabil i forhold til »*de fleste sager*, der specielt vedrører den selvejende institution ...« (TR Frederiksborg amt 089-207-99 -17-1982 af 25. oktober 1982).

Denne opfattelse støtter tilsynsrådet på det forhold, at borgmesteren som valgt af EGV »er valgt til at varetage interesser ... *der ligger uden for byrådet*«.

At interessens karakter således alene fastlægges via en slutning fra tilknytningens formelle grundlag - under abstraktion fra interessens materielle karakter i øvrigt - understreges af det forhold, at den selvejende institutions formål og funktion i materiel henseende er totalt sammenfaldende med sædvanlig og lovlig kommunal virksomhed. Der er tale om et *omsorgscenter*. Af vedtægten for centret (§ 2) fremgår, at af bestyrelsens syv medlemmer udpeges *de fire herunder formanden af kommunalbestyrelsen*, og at et af disse fire medlemmer skal være socialudvalgsformanden. Herudover skal to medlemmer udpeges af EGV. Det sidste medlem skal være pensionistrepræsentant *der udpeges af byrådet* eller på en måde der fastlægges af kommunalbestyrelsen.

Det er således vanskeligt at forestille sig eksempler på virksomhed som - skønt ikke formelt kommunal - skulle kunne repræsentere en højere grad af materielt sammenfald med egentlig kommunal virksomhed. Hertil kommer at også den forening, for hvilken borgmesteren er indvalgt i bestyrelsen, efter sit formål og sin form korresponderer med lovlige kommunale hensyn/interesser.

Sammenfattende kan anføres, at den behandlede praksis såvel i henseende til bedømmelsesgrundlagets karakter og sammensætning som regule-

ringens intensitet repræsenterer et endog meget bredt spektrum af muligheder. For så vidt angår spørgsmålet om interessens materielle karakter kan som den ene yderpol statueres inhabilitet, selv om den primære sags genstand er virksomhed, som er helt sammenfaldende med egentlig kommunal virksomhed og lovlige kommunale hensyn. Inhabilitetens afgørende grundlag er således, at den pågældende virksomhed ikke faktisk udøves i kommunalt regie. Som det andet yderpunkt statueres omvendt habilitet selv om den primære sags genstand såvel efter sit indhold som organisationsform ikke kan udføres i kommunalt regie og ikke kan korrespondere med lovlige kommunale hensyn. I overensstemmelse hermed ses på den ene side hævdet en retsopfattelse, hvorefter interessens formueretlige form betinger inhabilitet, selv om interessesubjektet - eksempelvis en idrætsforening - og dets virksomhed i øvrigt korresponderer med lovlige kommunale hensyn. Medens der på den anden side statueres habilitet i forhold til interesser som i enhver henseende er af privatøkonomisk karakter. I forhold hertil er det helt konsekvent, når der - for så vidt angår spørgsmålet om graden af tilknytning - i sidstnævnte kategori af tilfælde lægges afgørende vægt på, om vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem har en egen (økonomisk) interesse i snæver forstand, medens den inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning i førstnævnte del af praksis - som repræsenterer en mere intensiv regulering - afhænger af om vedkommende kan siges at repræsentere det interessesubjekt som er sagens egentlige genstand.

4. Interessens omfang

Hvor der utvivlsomt foreligger en interesse, som i henseende til dens materielle karakter og graden af tilknytning er inhabilitetsbegrundende, kan inhabilitet yderligere gøres afhængig af interessens kvantitative kvalificering. Grundlaget for krav til interessens kvantitative omfang må dels søges i retstekniske omstændigheder samt - i snæver forbindelse hermed - i sondringen mellem *særlige* i modsætning til *almene* (almindeligt udbredte) interesser, og dels endelig i den ofte praktisk uadskillelige sammenhæng mellem spørgsmålene om interessens eksistens og omfang.

På grundlag af det anførte om indholdet af hensynene, der ligger til

Anden del. Kap.VI.4.

grund for habilitetskravene, må det antages, at disse hver for sig betinger forskellige grænsedragninger i henseende til spørgsmålet, om interessens påvirkningsevne anses for afhængig af dens omfang.

Hvor tillidshensynet tillægges et indhold, hvorefter der kan statueres inhabilitet på grund af forhold, som end ikke principielt anses for egnede til at øve usaglig indflydelse på den primære afgørelse, kan dette hensyn naturligvis også betinge en habilitetsmæssig afgrænsning helt løsrevet fra kvantitative overvejelser.

Hvad endelig angår de anførte modhensyn (teknisk/administrative hensyn, hensynet til ikke i for vidt omfang at udelukke bestemte befolknings- og erhvervsgrupper fra kommunalt arbejde, hensynet til de særlige kommunale substitutionsproblemer etc.), må disse - netop qua deres karakter af *modhensyn* - påvirke bedømmelsesgrundlaget i retning af at gøre inhabilitet betinget af, at interessen er af et vist omfang.

Kravet om at inhabilitet forudsætter en »konkret påviselig interesse«, (*Harder*: Offentlige hverv og private interesser, Sognerådstidende 1956 s. 44), må nødvendigvis *også* referere til interessens omfang. Og udsagn om at interessen kan være af »så ringe betydning, at man ikke kan tage den i betragtning« (op.cit. s. 39) forekommer selvfølgeligt. Spørgsmålet er imidlertid, hvad der i kvantitativ henseende er afgørende for vurderingen af den pågældende interesses *betydning*.

At der uden videre statueres inhabilitet i forhold til utvivlsomt meget omfattende interesser, må vel siges at være helt i overensstemmelse med samtlige de til grund for habilitetskravene liggende hensyn. I forhold hertil er det mere problematisk, når der statueres habilitet *alene* på grundlag af interessens kvantitativt ringe omfang.

Spørgsmålet om interessens inhabilitetsbegrundende omfang anskues traditionelt på grundlag af garantihensynet. Med udgangspunkt heri sættes interessens påvirkningsevne i snæver forbindelse med interessens omfang. Det antages således, at interessen skal have en »sådan størrelse, at man med rimelighed kan gå ud fra, at den vil påvirke hans stillingtagen« (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 200). Resultatet heraf er i vidt omfang blevet et krav om, at interessen for at være inhabilitetsbegrundende skal være af *betydeligt* omfang, jfr. således udsagnet om, at »en personlig interesse, som beror på, at sagens udfald kan medføre *væsentlig* økonomisk skade eller fordel, medfører inhabilitet«. (*Poul Andersen*: Dansk Forvaltningsret s. 446). I dansk forvaltningslov § 3, stk. 2 bestem-

mes det, at inhabilitet ikke foreligger, »hvis der som følge af interessens karakter *eller styrke* ... ikke kan antages at være fare for, *at afgørelsen af sagen vil kunne blive påvirket af uvedkommende hensyn*«. Og om opsamlingsbestemmelsen i den norske forvaltningslovs § 6, 2. led hedder det, at bestemmelsen også omfatter tilfælde, hvor vedkommende har en »*betydelig aktiepost*« (*Frihagen*: Forvaltningsloven med oversigt over indhold og forarbejder. Samme forfatter: Forvaltningsret s. 100).

Bortset fra de oplagte tilfælde er sådanne udsagn imidlertid af begrænset operativ relevans. En interesses kvantitative omfang, styrke og betydning må således bestemmes relativt afhængigt af den valgte målestok. Det kan således ikke være uden betydning, om eksempelvis størrelsen af en aktiepost vurderes i forhold til omfanget af den samlede aktiekapital eller uafhængigt heraf som aktiepostens økonomiske betydning for aktieindehaveren, og i sidstnævnte tilfælde uafhængigt af om denne er professionel investor eller en almindelig sparer, om vedkommende er velhavende eller ubemidlet, om aktiepostens erhvervelse og/eller besiddelse i øvrigt er udtryk for et særligt engagement i virksomheden etc.

Undersøgelsens genstand bliver således grundlaget for og det reelle indhold af de i praksis anvendte kriterier for interessens omfang.

Spørgsmålet om adækvansen af et kvantitativt orienteret bedømmelsesgrundlag lader sig ikke besvare uafhængigt af de kriterier udmålingen er knyttet til.

At eksempelvis kriterier hvis indhold er det kvantitative forhold mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems samlede omsætning og omsætningen hidrørende fra den relation, som er habilitetssagens årsag, anerkendes som element i bedømmelsesgrundlaget, kommer til udtryk i forbindelse med spørgsmålet, om formanden for teknik- og miljøudvalget, når han driver forretning som selvstændig revisor, er inhabil i konkrete sager vedrørende hans klienter (TR Ringkøbing 089-0-99-18-84 af 10. juli 1984).

Vedkommende har på anmodning fra kommunalbestyrelsen udarbejdet en redegørelse, som udover arten af revisorbistand også angiver dennes forholdsmæssige del af forretningens omsætning. Det oplyses således, at honorarindtægten fra virksomhed, der udelukkende omfatter kontering/EDB-bogføring andrager mellem 0,5 - 1% af den *samlede årsomsætning pr. klient*. Honorarindtægten fra klienter, som herudover modtager budgetkontrol, bogføring og driftsmæssig rådgivning andrager mellem 1 - 3% af

Anden del. Kap.VI.4.

den samlede årsomsætning pr. klient. Honorarindtægten fra klienter, som får udført alt administrativt arbejde, andrager i forhold til den samlede årsomsætning mellem 3 - 6% pr. klient. På grundlag heraf konkluderer vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem, at da honorarindtægten fra den enkelte klient i forhold til den samlede honorarindtægt ligger i intervallet 1 - 6%, er det vanskeligt at se, at der skulle være tale om en personlig økonomisk interesse.

Tilsynsrådet er enig i, at »klientvirksomhedens størrelse i forhold til revisorens forretninger« kan indgå som et element i bedømmelsesgrundlaget men anfører, at der her udover også må tages hensyn til revisorbistandens karakter som denne bistands tilknytning til den primære sag.

Som eksempel på at der statueres inhabilitet, selv om interessens *forholdsmæssige omfang* må anses for beskedent, og selv om der heller ikke i øvrigt kan konstateres nogen konkret forbindelse mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den primære sag, kan anføres et tilfælde, hvor spørgsmålet var, om en revisor var specielt inhabil under ejendomsudvalgets behandling af en sag vedrørende kommunens køb af to ejendomme tilhørende en af revisorens klienter (TR Sønderjylland 089-16-99-2-76 af 29. november 1976).

Om det almindelige forhold mellem revisoren og klienten oplyses, at der er tale om sædvanlig revisionsforretning, og at den pågældende klients årshonorar udgør »mindre end 3% af det samlede årlige revisionshonorar«. Om forholdet til den konkrete sag (ejendomshandelen) oplyses, at der ingen kontakt har været »hverken i form af rådgivning eller blot information«, og at vedkommende sælger har antaget advokat til bistand med ejendomshandelen.

Ejendomsudvalget vedtager at betragte det pågældende medlem som habil.

Tilsynsrådet derimod betragter vedkommende som inhabil, idet rådet »efter oplysning om *omfanget* af vedkommendes forretningsforbindelse med sælger mener at der foreligger »en sådan risiko for en interessekonflikt« mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems hensyntagen til klientens interesser og hans varetagelse af kommunens interesser.

Indenrigsministeriet tilslutter sig denne opfattelse (IM 1976/ 1130/1000-2 af 17. marts 1977).

Der er således tale om en afgrænsning, som løserevet fra procentuelle forholdsmæssighedskriterier bygger på en formodning om identifikation,

hvis grundlag er det almindeligt eksisterende forretningsforhold som sådant.

Om en interesse således kan bedømmes som stor eller lille må afhænge af den anvendte målestok, og som sådan er forholdsmæssighedskriterier af begrænset relevans.

På trods heraf forekommer i praksis en klar tendens til at statuere habilitet på grundlag af forholdsmæssighedskriterier.

Til illustration heraf kan anføres en sag, om en vognmand, »som udfører en betydelig del af kommunens skolekørsel«, er inhabil i spørgsmålet, om der skal oprettes 8. og 9. klasser ved en af kommunens skoler (TR Nordjylland 089-5-90-1- 1976, skrivelse af 13. februar 1976).

Ved at sammenholde vedkommendes andel af skolekørslen med størrelsen af hans øvrige erhvervsmæssige aktiviteter kommer tilsynsrådet til det resultat, at han ikke har »en sådan personlig eller økonomisk interesse i sagen, at han må være udelukket fra at deltage i sagens behandling«. Grundlaget herfor er oplysningen om, at vedkommendes virksomhed med skolekørslen »*kun udgør en mindre del af hans samlede virksomhed*«.

At tilsvarende forholdsmæssighedskriterier indgår som en central bestanddel i grundlaget for den materielle klassificering af en interesse som *almen* kommer klart til udtryk i sagen, om hvorvidt en dambrugejer, som også udsteder fiskekort, er specielt inhabil i forhold til kommunalbestyrelsens behandling og vedtagelse af et forslag om udvidelse af et rensningsanlæg (TR Århus 089-715-90- 7-1982 af 21. oktober 1982).

Til trods for at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem i begge de anførte egenskaber har en økonomisk interesse i sagen, statueres habilitet. Som grundlag herfor anføres bl.a., »at den enkeltes personlige interesse i *forhold til forslaget* er af underordnet karakter ...«. Afgørende er således ikke vedkommendes *egen* økonomiske interesse i sagen, men derimod denne interesses omfang i *forhold til den samlede interesse i sagen*. Det anføres således også, at sagen »berører væsentlige dele af kommunens borgere«.

Også i forhold til aktieinteresser forekommer ofte forholdsmæssighedskriterier, som ikke eller kun dårligt giver grundlag for en vurdering af interessens påvirkningsevne eller dens forhold til befolkningens tillid. Således er kriterier som lægger vægt på forholdet mellem størrelsen af vedkommendes aktiepost og den samlede aktiekapital vel nærmest uden relevans for en vurdering af vedkommendes *kommunalbestyrelsesmedlems*

Anden del. Kap.VI.4.

interesse. At tab eller gevinst for selskabet vil ramme den enkelte aktiebesidder i forhold til vedkommendes andel af aktiekapitalen er en selvfølge, som naturligvis er uden betydning for, om aktiebesidderen betragter tabet/gevinsten som betydelig *i forhold til sig.*

Alligevel ses tendenser til at lægge énsidig og afgørende vægt på vedkommendes personlige økonomiske interesse, som denne kan måles i den pågældende aktieposts størrelse. En adækvat bedømmelse af, om relativt små aktieposter konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse, må forudsætte inddragelse af spørgsmålet om aktiebesiddelsen *i øvrigt* (d.v.s. uafhængigt af omfanget) indikerer identifikation med selskabets interesser. Det er naturligvis i denne henseende ikke ligegyldigt, om en aktiepost er erhvervet som dåbsgave eller som led i en aktiv indsats for at etablere selskabet.

Til illustration heraf kan anføres en sag om nogle kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet med hensyn til kommunalbestyrelsens beslutning om at leje bibliotekslokaler og indgå lejekontrakten herom med et aktieselskab. (IM 1968/1-1578 af 12. oktober 1968).

Sagen kompliceres noget af, at der i sagsforløbet er involveret to selskaber, hvoraf selskab 2 overtager aktiekapitalen i selskab 1.

Selskab 2 skal i forbindelse med overtagelsen gennemføre et byggeri på en grund i kommunen efter de af selskab 1 udarbejdede planer. Bestyrelsen for selskab 1 fortsætter med at fungere efter selskab 2's overtagelse, indtil *denne bestyrelse* ved en generalforsamlingsbeslutning i selskab 2 bliver valgt til at fortsætte som bestyrelse i selskab 2.

I august 1966 bliver der i forbindelse med spørgsmålet om at skaffe flere lokaler til kommunens bibliotek peget på, at sådanne lokaler vil kunne lejes i selskab 1's (senere selskab 2's) byggeri.

Med 5 stemmer mod 4 bliver det den 12/9 1966 vedtaget at leje lokaler i dette byggeri. Den 17/5 1967 bliver der afholdt møde mellem repræsentanter for kommunalbestyrelsen og bestyrelsen for selskab 2 om udkast til lejekontrakt. Kommunalbestyrelsen vedtager derefter den 22/5 1967 at leje 1.000 kvadratmeter i det pågældende byggeri. En lejekontrakt vedtages uden afstemning den 9/10 1968 (endelig vedtagelse 13/5 1968).

Spørgsmålet er herefter bl.a., om de kommunalbestyrelsesmedlemmer, der er aktionærer i selskab 2, er inhabile med hensyn til de anførte spørgsmål.

Det oplyses, at 4 kommunalbestyrelsesmedlemmer er aktionærer i selskab 2. De respektive aktieposter udgør henholdsvis 8.000, 7.000, 2.000 og 1.000 kr.

Indenrigsministeriet udtaler, »at sognerådsmedlemmernes aktiebesiddelse ikke har medført inhabilitet ved sognerådets forhandling og afstemning om indgåelse af lejemål med A...« (skrivelse af 12/10 1968).

Dette resultat støtter indenrigsministeriet dels på »værdien af sognerådsmedlemmernes aktier i forhold til den samlede aktiekapital på 270.000 kr.« dels på den omstændighed, at der i selskab 2's vedtægter er en bestemmelse »om udbyttebegrænsning«. Et sådant bedømmelsesgrundlag kan hverken i forhold til garanti- eller tillidshensynet karakteriseres som særligt adækvat. I bedømmelsesgrundlaget bør vel også inddrages det forhold, at i hvert tilfælde aktieposterne på henholdsvis 8.000 og 7.000 kr. (1966-68-kroner) må siges at repræsentere et ganske betragteligt beløb. Dette skal ses i relation til, at det pågældende projekt måske udgør hele, men i hvert tilfælde en betydelig del af selskabets aktiviteter og aktiver, og at kommunens leje af et areal på 1.000 kvadratmeter i henseende til dette kontraktsforholds omfang og den sikkerhed det repræsenterer for udleje til en betalingsdygtig/stabil lejer, må være af ret central betydning for projektet (byggeriet) og dermed for selskabet og dets aktionærer.

Det forekommer i relation til de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmers interesser og disse kommunalbestyrelsesmedlemmers oplevelse af deres interesser, irrelevant, hvordan forholdet nærmere er mellem de enkeltes aktieposter og den samlede aktiekapital.

Relevansen af en vedtægtsbestemmelse om udbyttebegrænsning forekommer i forhold hertil at være begrænset. En sådan bestemmelse har indvirkning på omfanget af marginaludbyttet i modsætning til selskabets formuedannelse og/eller sikring. I det omfang hensynet bag en sådan vedtægtsbestemmelse er at reducere projektets kommercielle karakter, må realiteten heraf i hvert tilfælde afhænge af, hvordan der disponeres over det overskud, som ikke udbetales som egentligt udbytte.

Som yderligere et eksempel kan også anføres sagen om en borgerkomité's klage over kommunens behandling af en udstykningssag og en kloakeringssag i forbindelse med et projekt, som flere kommunalbestyrelsesmedlemmer havde interesser i (OBM 1975/1141 /42 af 27. maj 1977).

Tilsynsrådet udtaler, at man er enig med kommunalbestyrelsen i, at de medlemmer, der er aktionærer i selskabet, »ikke har været afskåret fra at

Anden del. Kap.VI.4.

deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af sagen vedrørende udstykning af ejendommen ... eller af sagen vedrørende den partielle byplanvedtægt for dette område» (TR Viborg 089-99-15-75 af 3. november 1975).

Tilsynsrådet lægger som grundlag for denne afgørelse vægt på, at »kommunalbestyrelsesmedlemmerne ejer *en så ringe del af aktiekapitalen*, at deres tilknytningsforhold er så svagt, at det efter tilsynsrådets opfattelse ikke har kunnet befrygtes, at påvirke deres stillingtagen i sagerne«.

Ombudsmanden udtaler om det samme spørgsmål, »at der vel kan siges at have foreligget en konflikt mellem Deres medlemskab af kommunalbestyrelsen og udvalget og Deres økonomiske interesser i selskabet«. Men i betragtning af, at ingen af de pågældende medlemmer havde mere end én aktie, og at hver aktie havde en pålydende værdi af 2.000 kr., og den samlede aktiekapital var på 230.000 kr., således at hver enkelt medlems aktiepost »*kun har udgjort en ringe brøkdel af den samlede kapital*«, når ombudsmanden til det resultat, at kommunalbestyrelsesmedlemmernes interesse i erhvervs- og turistudviklingsselskabet »har været så *forholdsvis* uvæsentlig, at den ikke kan begrunde, at de måtte anses for inhabile i sager vedrørende selskabet«.

Når de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer eksempelvis er gået ind i et projekt som det omhandlede, er de naturligvis motiverede af et ønske om at fremme projektet, også uafhængigt af dets forventede afkast i forhold til dem selv personligt. Om denne interesses påvirkningsevne kan det på grundlag af almindelige socialpsykologiske erfaringer antages, at det ikke er sandsynligt, at de kommunalbestyrelsesmedlemmer, der er bærere af interessen, vil modarbejde eller blot undlade at fremme selskabets interesser i kommunalbestyrelsen.

Omvendt frembyder praksis også eksempler på, at forekomsten af begrænsede økonomiske interesser uden videre har ført til statuering af inhabilitet.

Som et eksempel på at der kan statueres inhabilitet på trods af interessens såvel forholdsmæssigt som absolut ringe omfang kan anføres en sag, om en sognerådsformand havde været berettiget til at deltage i beslutningen om at nedlægge en gangsti, når han selv tidligere som lodsejer havde pløjet et stykke af den pågældende sti op men fået pålæg om at istandsætte den, hvilket pålæg han ikke havde efterkommet. Han havde i mellemtiden overdraget gården til sin søn men havde selv interesser i den

som prioritetshaver (afgørelse afsagt af Skanderborg ret 16. maj 1944, jfr. *Harder*: Offentlige hverv og private interesser s. 41-42).

Afgørelsen om inhabilitet blev truffet til trods for, at der forelå en erklæring om, at stiens tilstedeværelse påvirkede gårdens værdi omend *»næppe med noget stort beløb«*. Bedømmelsesgrundlaget var ikke afgrænset til udelukkende at lægge vægt på kvantitative overvejelser over størrelsen af den involverede interesse. Afgørende for retten har formentlig været, at der på grundlag af en samlet vurdering af vedkommendes tidligere og til dels også aktuelle identifikation med sagen, ikke med den fornødne sikkerhed har kunnet udelukkes, at sognerådsformanden i sin stillingtagen ville være upåvirket, og/eller at opinionen kunne få indtryk heraf.

Som et andet lignende eksempel kan anføres en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem, der tillige er medlem af økonomiudvalget, kan deltage i forhandlingerne om kommunens eventuelle køb af jord fra en forening, i hvilken vedkommende selv er medlem (IM 1971/1201/0309-1 af 30. november 1971).

Medlemskabet af foreningen betød, at vedkommende havde forkøbsret til en anden del af det landområde, foreningen havde erhvervet ved inddæmning.

Ifølge foreningens vedtægter ville den købesum kommunen betalte indvirke på den endelige pris, foreningens medlemmer skulle betale for deres lodder, idet prisen på disse ville være at sætte efter foreningens udgifter fratrukket indtægterne.

Indenrigsministeriet udtalte, at *»det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem har en sådan økonomisk interesse i udfaldet af forhandlingerne om kommunens køb af det omhandlede areal, at han er udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afstemning om sagen«*.

Afgørelsen synes at bygge på et bedømmelsesgrundlag, som tillægger kriteriet personlig og økonomisk interesse helt afgørende vægt i habilitetsafgørelsen. Og kriteriet indgår vel at mærke med en sådan vægt, at det ringe omfang af kommunalbestyrelsesmedlemmets interesse ikke påvirker resultatet. Og på grundlag af en nærmere undersøgelse må man nok komme til det resultat, at interessens omfang ikke går ud over, hvad der i andre tilfælde har dannet grundlag for at statuere habilitet, jfr. ovenfor.

Det samlede areal foreningen råder over var på 450 ha, hvilket er lig 4,5 mill. kvadratmeter. Kommunen forhandlede om at købe 24,5 ha heraf,

Anden del. Kap.VI.4.

hvilket er lig 245.000 kvadratmeter. Kommunen havde budt en pris på 2 mill. kr., medens foreningen ville have 6,5 mill. kr. forskellen mellem parterne var altså på 4,5 mill. kr.

Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem havde forkøbsret til en parcel på 3.000 kvadratmeter. D.v.s., at selv i gunstigste fald for foreningen ville man få en merpris svarende til 1 kr. pr. kvadratmeter udmålt på foreningens samlede areal. Dette ville for en parcel på 3.000 kvadratmeter give en prisforskel på 3.000 kr. Det maksimale udbytte vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem kan have udsigt til at opnå ved at modarbejde kommunens interesser er således 3.000 kr. (1971/72 kroner). I betragtning af finansierings og beskatningsforholdene på fast ejendom er dette et meget ringe beløb. Hvis man antager, at et kommunalbestyrelsesmedlems interesse i et beløb på højst 3.000 kr., som skal betales over en længere årrække med en årlig bruttoydelse på måske ca. 400 kr., hvoraf de ca. 300 kr. er fradragsberettigede, vejer tungere end vedkommendes interesse i, *som kommunalbestyrelsesmedlem*, at spare kommunen for en merudgift - som ofte erlægges kontant - på 4,5 mill. kr., ville konsekvensen være, at enhver personlig økonomisk interesse ubetinget begrunder inhabilitet.

Dette sidst nævnte eksempel synes at afspejle en afgrænsning meget lig de for dommere gældende habilitetskrav. Disse er således principielt domineret af tillidshensynet, og modhensyn tillægges kun meget ringe betydning. Dette har først og fremmest fået sit særlige udtryk i forhold til den intensive regulering af dommers privatøkonomiske interesser, jfr. således udsagnet om, at »ejer dommeren blot en enkelt aktie i et børsnoteret selskab, som er part i sagen, er han formentlig inhabil« (1. udg. 1977 s. 549, note 7). Et udsagn som dog senere modificeres, når samme forfatter udtaler, at det forhold, at dommeren er »garant eller aktionær med mindre beløb i sparekasse eller aktieselskab, der er part i sagen, bevirker ikke i almindelighed inhabilitet, sml. forslag til forvaltningslov § 3, stk. 1, nr. 3« (Gomard: Civilprocessen, 2. udg. 1984 s. 579). Om den betydning de for forvaltningen gældende habilitetskrav hermed tillægges i forhold til afgrænsningen af de for domstolene gældende habilitetskrav, jfr. ovenfor kap. I.

Tillidshensynets dominans i grundlaget for bedømmelsen af dommers privatøkonomiske interesser kommer særlig klart til udtryk i engelsk ret som fastslår, at enhver direkte økonomisk interesse *uanset hvor lille* i medfør af common law er inhabilitetsbegrundende.*)

*) »The most obvious disqualifying interest on the grounds of bias is financial interest. At common law the rule is that any direct pecuniary interest *no matter*

At reglen skal opfattes yderst bogstaveligt fremgår klart, når dommere, som er aktiebesiddere i et jernbanekompagni er inhabile i en sag vedrørende anklager mod en person for at have kørt med jernbanen uden korrekt billet (*DeSmith: Judicial Review of administrative action* 1980 s. 258)

I forlængelse heraf kan anføres en sag fra amerikansk ret, hvor der statueres inhabilitet, selv om den økonomiske interesse ikke blot er lille og formidlet ved ægteskab, men herudover er af yderst indirekte karakter.

Sagen vedrører spørgsmålet, om en føderal distriktsdommers habilitet som følge af hustruens aktiebesiddelse i 7 af 210.235 »Classmembers« involveres i en verserende retssag. Spørgsmålet er, om dommeren i medfør af 28 USC 455 er forpligtet til at trække sig som inhabil. Dommeren trækker sig med henvisning til, at hustruens aktiebesiddelse konstituerer en finansiell interesse »in a party to be proceeding within the meaning of § 455 (b)(4)« (*United States Law Week* 10-19-82/51 L.W. 2230f).

Finansiell interesse i den primære sags genstand - eventuelt via en af processens parter - begrunder uden videre inhabilitet. I forhold til denne interessetype anerkendes ingen undergrænse, jfr. »however small«.

Spørgsmålet var herefter, om der kunne være tale om en inhabilitetsbegrundende økonomisk interesse i betragtning af, at classmembers og »parties« ikke behandles ens i alle henseender. På baggrund heraf kunne det være et spørgsmål, om classmembers er at opfatte som parties i henseende til § 455. Hertil anføres, at det ikke er nødvendigt at afgøre, hvorvidt classmembers »are in fact parties to a class suit«. Det konstateres at i nogle henseender er de stillet som sådanne i andre henseender er de ikke. I forhold til § 455 er det kun nødvendigt at beslutte, om aktiebesiddelse »in a class member« konstituerer en interesse i en »party to the proceeding«. På dette sted er pointen, at retten giver dommeren medhold, idet der bl.a. henvises til, at »because the appearance of impropriety« er den samme, hvad enten interessen er en navngivet part eller et classmember, skal classmembers behandles på samme måde som parter i henseende til spørgsmålet om habilitet.

Resultatet bliver herefter, at i forhold til habilitetsbestemmelsen i § 455 omfatter begrebet »party« også classmembers. Dette får i forhold til den konkrete sag til følge, at et multimillion dollars-spørgsmål af stor national vigtighed med over 200.000 classplaintiffs involveret - efter 5 års proces - bliver standset på grund af en interesse på \$29,70 (op.cit. s. 2.231).

Selv om det også på samme måde som i dansk ret er blevet udtrykt, at der skulle gælde mindre strenge habilitetskrav for administrationen end for

how small disqualifies a man from judging a case« (R.E. Rights Brach og P.D. Hutchisson: Administration tribunals s. 343-44)

Anden del. Kap.VI.4.

domstolene, er en sådan linje i engelsk ret ikke blevet fulgt i praksis: »Although it was once said that a less stringent standard should be applied to administrative than to judicial cases, this suggestion has not in practise been followed«. (*Wade* s. 403)

For kommunalbestyrelsesmedlemmer gælder særligt bestemmelsen i Local Government act: »Is a member of a local authority has any pecuniary interest, whether direct or indirect, in any contract, proposed contract or other matter« (*Halsbury's Laws of England* fourth edition s. 517).

Loven er således materielt afgrænset til interesser af økonomisk karakter. Foreligger en sådan interesse, er denne som sådan, d.v.s. uden hensyntagen til interessens kvantitative omfang, jfr. »however slight« inhabilitetsbegrundende (*J.F. Garner: Administrative Law*, fifth edition 1979).

Som eksempel på bestemmelsens praktiske afgrænsning kan anføres, at et kommunalbestyrelsesmedlem, som har lejemålet af et councilhouse er inhabil i forhold til ethvert spørgsmål vedrørende lejere (*Garner: Administrative Law*, fifth edition 1979 s. 407).

For så vidt angår *indirekte* økonomiske interesser, som disse eksempelvis kommer til udtryk i aktiebesiddelser, gælder imidlertid følgende:

»The effect of this is limited as regards the prohibition from taking part in the discussion or voting (but not as regards the requirement of disclosure) where the interest arises from share-holding and the total nominal value of the shares does not exceed 1.000 or one-hundredth part of the total nominal value of all the shares of anyone class in which the councillor has an interest exceeds one-hundredth part of the total issued share capital of that class« (*John Prophet: The law of local councils*, second edition 1979 s. 114).

5. Den primære afgørelses karakter

Som en faktor af betydning for afgørelsen af, om der i det enkelte tilfælde kan undlades at statuere inhabilitet, anføres i forvaltningslovens § 3, stk. 2 »*sagens karakter*«. Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår, at der hermed sigtes til den primære afgørelses karakter. Det anføres således, at der i almindelighed ikke vil være helt det samme behov for at antage speciel inhabilitet i forhold til afgørelser af mere *generel* karakter som i forhold til *konkrete* afgørelser. Og for så vidt angår kommunerne anføres særligt, at habilitetskravene antages at have et snævrere anvendelsesområde i forhold til afgørelser »der træffes på grundlag af kommunernes

almindelige beføjelser til at varetage deres anliggender i modsætning til tilfælde, hvor kommunerne med lovhjemmel træffer afgørelser, der har karakter af myndighedsudøvelse i forhold til borgerne« (s. 32).

Der henvises således både til den primære afgørelses form og materielle indhold som elementer af betydning for habilitetsreguleringens intensitet. I det omfang henvisningen til den primære afgørelses generelle form alene skal opfattes som udtryk for den fjernere/mere indirekte grad af tilknytning som gennemsnitlig karakteriserer de enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmers forbindelse til sådanne afgørelser, er udsagnet uden selvstændig betydning i forhold til det ovenfor i afsnit 2 anførte. Er der imidlertid herudover er tale om, at afgørelsens generelle form betinger slækket habilitetsregulering i forhold til en given grad af tilknytning, får afgørelsens form også status af et egentligt materielt element i habilitetsbedømmelsen. Dette sidstnævnte kommer eksempelvis klart til udtryk, når interessens udbredelse til en større kreds danner grundlag for dens materielle klassificering som almen.

Tilsvarende kan afgørelsens karakter af myndighedsudøvelse såvel ses som udtryk for graden af tilknytning som for interessens materielle karakter. Når det om habilitetskravenes afgrænsning i forhold til kommunalbestyrelsens *udøvelse af forvaltningskompetence* hedder, at »på en række områder er der tillagt kommunalbestyrelsen kompetence til at træffe afgørelse i sager om borgernes retsstilling« (Harder I 1978 s. 197, kursivering indsat af forfatteren) sigtes både til det forhold, at den primære afgørelse direkte har en enkeltperson som adressat og dermed part som til at afgørelsen er udtryk for *statslig regulering*.

Medens førstnævnte forhold harmonerer med traditionelle retssikkerhedshensyn i snæver forstand, er det vanskeligt at få øje på, hvilke hensyn der skulle kunne begrunde slækket reguleringsintensitet i forhold til afgørelser afledt af kommunernes »almindelige beføjelser til at varetage deres anliggender«. Hvilken retssikkerhedsmæssig forskel er der knyttet til en idrætsforenings byggesag og en sag om tilskud til den samme idrætsforening? Set i forhold til adressaten (idrætsforeningen) er afslag på en ansøgning om tilskud formentlig lige så alvorligt som afslag på ansøgning om dispensation fra byggelovgivningen. Og at usaglig interessepåvirkning i højere grad skulle være acceptabel i forhold til afgørelser, hvis grundlag er kommunens egen regulering end i forhold til afgørelser, hvor kommunen optræder som statens forlængede arm, synes at have formodningen mod

Anden del. Kap.VI.5.

sig. Tværtimod burde man vel i overensstemmelse med den almindelige antagelse om retsgrundlagets betydning for reguleringens intensitet antage strengere habilitetskrav i forhold til *rene* kommunale afgørelser, fordi disse såvel i henseende til retsgrundlagets form som graden af regelbundethed - alt andet lige - repræsenterer et løsere normeret hjemmelsgrundlag.

At sontringen imidlertid - på trods af det her anførte - tillægges afgørende betydning, fremstår klart ved at sammenholde sagen om støtte til idrætsforeninger med en sag, hvor spørgsmålet er, om formanden for bestyrelsen af en idrætsforening er inhabil under teknisk udvalgs og kommunalbestyrelsens behandling af en ansøgning fra foreningen om tilladelse til at opføre en mødesal. Hvor indenrigsministeriet i den førstnævnte sag antog, at ikke blot menige foreningsmedlemmer men også medlemmer af foreningens bestyrelse kan deltage i sagens behandling og afgørelse, når indenrigsministeriet - lige som i øvrigt ombudsmanden - til det modsatte resultat i den sidstnævnte sag (FOB 1975 s. 191). Indenrigsministeriet formulerer det således, at et »kommunalbestyrelsesmedlem, der er medlem af bestyrelsen i en forening af den i sagen omhandlede karakter, er udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af sager, der vedrører foreningen, *når kommunalbestyrelsen ved afgørelsen udøver en i lovgivningen tillagt myndighed til at regulere borgernes retsforhold ...*« (IM 1975/12012/0408-7 af 13. oktober 1975).

Anføres skal i denne sammenhæng også sagen, om et kommunalbestyrelsesmedlem, som er medlem af menighedsrådet, kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om tilladelse til ... menighedsråd om særlig anvendelse af stueetagen i en ejendom købt af menighedsrådet (TR Ringkøbing 089-0-99-38-82 af 17. november 1982).

Sagen er henskudt fra udvalget for teknik og miljø til kommunalbestyrelsen (jfr. styrelseslovens § 23) med henvisning til, at en tilladelse ville være en fravigelse af den praksis, der hidtil er fulgt, altså en dispensation fra de planlægningsmæssige regler (§ 15-rammer).

Som argument mod at statuere inhabilitet anfører et flertal af kommunalbestyrelsens medlemmer, at »medlemskab af menighedsråd er et offentligt hverv lige så vel som medlemskab af kommunalbestyrelsen. En eventuel varetagelse af menighedsrådets interesser ved behandling af sager i kommunalbestyrelsen vedrørende menighedsrådet kan efter byrådets opfattelse ikke begrunde inhabilitet *men må være en helt naturlig ting*«. Kommunalbestyrelsens flertal mener således ikke, at forbindelsen konsti-

tuerer en inhabilitetsbegrundende interesse, da denne interesse afspejler hensyn/interesser sammenfaldende med kommunalbestyrelsens.

Heroverfor fastslår tilsynsrådet, at kommunalbestyrelsen har udøvet »forvaltningskompetence i en konkret sag om menighedsrådets stilling«. Med henvisning til at »i sådanne sager antages det, at *der stilles skærpede krav til medlemmernes uafhængighed af andre interesser*, end det er tilfældet i sager, hvor byrådet ikke optræder som forvaltningsmyndighed« (jfr. Harder I s. 215), må der statueres inhabilitet »med mindre der foreligger ganske særlige omstændigheder« i forhold til »den, hvem en sådan forvaltningsafgørelse direkte vedrører eller som er medlem af et organ, som beslutningen direkte vedrører ...«. Og med henvisning til, at ... er medlem af menighedsrådet - *som forvaltningsmyndighed for kirken* - altså det organ, som beslutningen direkte vedrører ...« statuerer tilsynsrådet inhabilitet og tilsidesætter den trufne afgørelse i medfør af styrelseslovens § 61.

En sag om opførelse af en mødesal til en idrætsforening må utvivlsomt falde inden for det foreningsformål, som i forhold til tilskudssagen betragtes som habilitetsmæssigt lovligt. Når dette hensyn og den hermed forbundne interesse ikke kan varetages i forbindelse med behandlingen og afgørelsen af en sag om byggetilladelse, må det enten bero på, at de hensyn, der lovligt kan varetages i forbindelse med en sådan sag alligevel ikke anses at være sammenfaldende med disse hensyn og interesser, og/eller at der i habilitetsmæssig henseende blot sættes snævrere grænser for, hvem der i kommunalbestyrelsen kan optræde som interessebærer i forhold til sager, der har karakter af myndighedsudøvelse. I ingen af de anførte sager foreligger retssikkerhedshensyn i snæver forstand, som kan begrunde forskellen, da den inhabilitetsbegrundende tilknytning indikerer varetagelse af adressaternes interesser.

At den primære afgørelses karakter af myndighedsudøvelse langt fra som en nødvendighed afstedkommer intensivering af habilitetsreguleringen, fremgår klart af de ovenfor afsnit 2 og 3 anførte tilfælde, hvor tilsynsmyndighederne og ombudsmanden bl.a. på grundlag af hårtrukne konstruktioner vedrørende interessens materielt lovlige karakter, statuerer habilitet i sager af omfattende betydning i forhold til bygge-, miljø- og planlovgivningen. I sagen om erhvervs- og egnsudviklingsselskabets omfattende udstykning og bebyggelse af et stort område bliver der således statueret habilitet med henvisning til sammenfaldet mellem selskabets

Anden del. Kap.VI.5.

formål og lovlige kommunale interesser, til trods for at virksomhedens formål såvel i henseende til selskabets vedtægter som objektet for dets virksomhed måtte betegnes som af erhvervsøkonomisk karakter. Og i sagen om borgmesteren som medlem af en erhvervsfonds bestyrelse blev der på tilsvarende grundlag statueret habilitet, til trods for at sagens genstand er vidtrækkende tilladelser i medfør af bygge-, miljø- og planlovgivningen til etablering af erhvervsvirksomhed, som såvel i henseende til art som omfang må karakteriseres som sikkerheds- og miljømæssigt risikobetonet. I dette sidstnævnte tilfælde blev virksomhedens privatøkonomiske karakter tilmed direkte fastslået af indenrigsministeriet. Alligevel lykkes det at etablere overensstemmelse mellem virksomhedens interesser og lovlige kommunale formål ved at henvise til *beskæftigelsesmæssige hensyn*, som et lovligt kommunalt formål. Og når der statueres habilitet i sagen om, hvorvidt to kommunalbestyrelsesmedlemmer, der er ansat i ledende stillinger på en af landets største kemikalie- og medicinalvarefabrikker, kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en høring fra miljøankenævnet til brug for dettes afgørelse af en klage over en afgørelse truffet af miljøstyrelsen og amtsrådet om de nærmere betingelser for forureningsbegrænsning i forbindelse med virksomhedens fjernelse af affaldsstoffer fra produktionen af insektgifte, og når de pågældendes habilitet begrundes med, »at der ikke var tale om en beslutning af væsentlig personlig og/eller økonomisk betydning for de to kommunalbestyrelsesmedlemmer *men alene om afgivelse af en udtalelse lå en høring i anledning af en allerede verserende klagesag*«, må man vel konkludere, at retssætningen om skærpet habilitetsregulering i forhold til sager vedrørende myndighedsudøvelse enten er tilsidesat eller også en yderst rummelig (TR Ringkøbing 089-0 -99-23-82 af 22. september 1982).

6. Bedømmelseselementer som rækker ud over vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems tilknytningsforhold

6.1. Kumulation eller individualisering som grundlag for interessevurderingen

Det spørgsmål kan rejses, om den relevante interesse skal vurderes isoleret på grundlag af de enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmers forhold, eller

om der i bedømmelsesgrundlaget også kan inddrages en samlet vurdering af *interessens tilstedeværelse i kommunalbestyrelsen*.

Udgangspunktet er helt klart, at bedømmelsesgrundlaget afgrænses i overensstemmelse med retsvirkningen af inhabilitet, således at der ikke kan statueres inhabilitet, med mindre den inhabilitetsbegrundende interesse foreligger objektiveret ved tilknytning mellem det kommunalbestyrelsesmedlem, som er habilitetsvurderingens genstand og den primære sag.

Imidlertid kan man på baggrund af nogle af de anførte eksempler spørge, om ikke også interessens samlede repræsentation i kommunalbestyrelsen burde kunne indgå i habilitetsbedømmelsen. Eksempelvis om der ved afgrænsningen af en aktieposts inhabilitetsbegrundende omfang burde kunne lægges vægt på, at ni ud af kommunalbestyrelsens medlemmer har tegnet aktier i selskabet med det formål at sikre selskabets etablering, og at kommunalbestyrelsen i øvrigt - på grundlag af en samlet vurdering - må betegnes som gennemsyret af det pågældende selskabs interesser. *)

Problemstillingen er også aktuel i kommuner domineret af meget store interesser og/eller kapitalkoncentrationer. Når eksempelvis en virksomhed med flere tusinde ansatte er beliggende i en mindre landkommune uden industriel eller bymæssig udvikling i øvrigt må man regne med, at en stor del af kommunalbestyrelsens medlemmer, som ansatte eller på anden måde har tilknytning til og dermed interesser i denne virksomhed. **)

*) OBM 1975/1141/42 af 27. maj 1977, jfr. det ovenfor i afsnittene 2.3, 2.5, og 4 anførte om kommunalbestyrelsesmedlemmernes aktiebesiddelse samt herudover de enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmers - herunder borgmesterens - placering i det pågældende selskabs styrende organer og centrale niveauer i det kommunale beslutningssystem.

**) Som eksempel på kommuner med stærk erhvervsdominans af enkeltvirksomheder kan nævnes Billund med virksomheden »Lego« og Nordborg kommune med virksomheden Danfoss. Til illustration af problemstillingen kan anføres et indlæg i dagbladet Børsen, som behandler temaet »De store selskabers rolle i små samfund« (14. marts 1986). Under overskriften: »Danfoss og Lego lever op til ansvaret« og »De to giganter er sig deres ansvar overfor lokalsamfundet bevidst« behandles spørgsmålet om disse virksomheders alt afgørende sociale og økonomiske betydning for kommunerne. Et kommunalbestyrelsesmedlem udtaler, at afhængigheden er en ulempe, men at »Der er et udmærket samspil mellem byrådet og ... virksomhed«. »Det eneste punkt ... placerer fingeren på« er, at virksomheden »af og til har lidt lettere ved at få ting igennem byrådsalen

Anden del. Kap.VI.6.1.

Med udgangspunkt i såvel garanti- som tillidshensynet kunne man spørge, om genstanden for habilitetsvurderingen ikke også burde kunne være den kumulerede interesses objektive tilstedeværelse i kommunalbestyrelsen eller udvalget. Der skulle således være mulighed for som grundlag for habilitetsbedømmelsen at bygge på en *kumulation af interesser*, som flere forskellige kommunalbestyrelsesmedlemmer samlet er bærere af som alternativ og supplement til en atomiseret vurdering af det enkelte medlems tilknytningsforhold.

Imidlertid giver den behandlede praksis ikke grundlag for at antage anerkendelsen af interessekumulering som en del af bedømmelsesgrundlaget. Som et meget markant udtryk herfor fremtræder sagen om egns- og erhvervsudviklingsselskabets opførelse af et feriecenter (OBM 1975/1141/42 af 27. maj 1977). Til trods for at mellem 7 og 9 kommunalbestyrelsesmedlemmer havde tilknytning til selskabet som aktionærer og at en af disse tilmed var formand for teknisk udvalg og at borgmesteren samt et andet kommunalbestyrelsesmedlem har sæde i selskabets bestyrelse, ses hele registeret af kriterier for graden af tilknytning og interessens materielle karakter inddraget som grundlag for en begrænsning af reguleringsintensiteten. Indtrykket af manglende tilbøjelighed til kumulation af interesser bestyrkes af det forhold, at der heller ikke synes at eksistere nogen tendens i retning af at lade spørgsmålet om en mulig interesses »konkrete væsentlighed« - som denne kommer til udtryk i afstemningsresultatet - virke tilbage som et intensiverende element i bedømmelsesgrundlaget. I sagen om to kommunalbestyrelsesmedlemmer, som også er bestyrelsesformænd i to boligselskaber, kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om anvendelsen af kommunale arealer (som bl.a. de to selskaber har fremsat ønske om at bebygge) statueres habilitet bl.a. på grundlag af kriteriet »principdebat« og lignende konstruktioner vedrørende sagsbehandlingens stadier, til trods for de relevante beslutninger i kommunalbestyrelsen var blevet truffet med 11 stemmer mod 10 (FOB 1975 s. 545ff).

end andre. Det går af og til lidt hurtigere, når det er ..., det drejer sig om. Det er et faktum, som man simpelthen kan registrere. På den anden side er der ofte tale om arbejdspladser, og det kan man jo dårligt sige noget imod, ...«. Et andet kommunalbestyrelsesmedlem nævner som eksempel, at en kommunal svømmehal »i modstrid med den kommunale planlægning« blev placeret umiddelbart ved siden af virksomhedens hotel i byen«.

Det anførte skal igen ses i sammenhæng med tilsynsmyndighedernes og indenrigsministeriets manglende tilbøjelighed til at lade forekomsten af adskillige retlige mangler og kritisable forhold i den enkelte sag danne grundlag for en intensivering af den retlige kontrol.

I denne henseende bemærker man sig især, at der i sagen om en borgmester som medlem for en erhvervsfond, der er komplementar i en række erhvervsdrivende selskaber, statueres habilitet på et grundlag, som repræsenterer den mest markante begrænsning af habilitetskravenes rækkevidde til trods for, at de bygge- og miløsager i forhold til hvilke borgmesterens habilitet blev bedømt var kendetegnet ved en række ulovligheder af såvel formel som materiel karakter (jfr. i øvrigt herom afsnit 3. *)

6.2. Habilitetskravenes objektive/subjektive karakter

Habilitetskravene antages traditionelt at være af objektiv karakter i dobbelt forstand. Det anføres således, at inhabiliteten skal være begrundet i tilstedeværelsen af objektive data (*Gomard*: Civilprocessen 2. udg. s. 581), og at vedkommendes subjektive evne til at selekttere eventuelt modstående interesser er uden retlig betydning for habilitetsbedømmelsen, jfr. således *Poul Andersen* som udtaler, at »hvorvidt visse interesser medfører inhabilitet er et spørgsmål, som må besvares uden hensyntagen til den pågældendes individualitet« (*Dansk forvaltningsret* 5. udg. s. 446). Tilsvarende antages det, at vedkommendes subjektive vurdering af de foreliggende datas inhabilitetsbegrundende karakter er uden betydning for habilitetsbedømmelsen. Dette sidste formuleres klart af Harder, der om forståelsen af den kommunale styrelseslovs § 14, stk. 2 udtaler, at »den tvivl, der tales om i lovbestemmelsen, er ikke medlemmets egen tvivl. Hans pligt til at give oplysninger indtræder, så snart han må indse, at der foreligger forhold, der i andres øjne må kunne give anledning til tvivl. Det

*) Tilsynsrådets afgørelse omfatter oplysning om, at »virksomheden *uretmæssigt* havde udført de pågældende byggearbejder, forinden kommunen meddelte byggetilladelse«. Og at der »er opsat et tag uden fornøden tilladelse«. De øvrige ovenfor i TV-udsendelsen påståede ulovligheder var på tidspunktet for tilsynsrådets afgørelse henvist til de respektive specielle tilsynsmyndigheder, d.v.s. miljøstyrelsen, planstyrelsen og amtsråd. Spørgsmålet herom er end ikke nævnt i indenrigsministeriets afgørelse (TR Nordjylland 089-16-99-2-1984 af 22. april 1985. IM 1974/1616-1/1984 af 4. november 1985).

Anden del. Kap.VI.6.2.

er de faktiske forhold og ikke medlemmets egne følelser af bundethed i en bestemt sag, der fremkalder inhabilitet«.*)

Forudsætningen om habilitetskravenes objektive karakter kommer mere abstrakt til udtryk i habilitetsgrundsætningernes almindelige afgrænsning af de inhabilitetsbegrundende forhold, hvorefter det afgørende er, om et forhold *i almindelighed* anses for egnet til at fremme eller modvirke de hensyn, habilitetskravene sigter mod at varetage.

Dette spørgsmål trænger sig særlig på i forhold til engelsk ret, hvor habilitetsvurderingens egentlige mål i hvert tilfælde begrebsligt fastholdes at være eftervisningen af *bias*.

Bedømmelsen af om en foreliggende tilknytning korresponderer med eksistensen af en motiverende interesse (*bias*) udtrykkes som anført i afsnit 1 i diverse sandsynlighedstermer. Disse antages at være af objektiv karakter. De sigter således ikke imod at give svar på spørgsmålet, om den pågældende person - under hensyntagen til dennes personlige habitus - kan antages at lade sig påvirke af det til bedømmelse foreliggende tilknytningsforhold. Spørgsmålets genstand er derimod, om dette tilknytningsforhold i almindelighed (objektivt) kan antages at korrespondere med en motiverende interesse hos den person, der er habilitetsvurderingens genstand, jfr. således »whenever circumstances point to a real likelihood that he will have a bias, by which is meant »an operative prejudice, whether conscious og uncounscious« (S.A. Smith: Judicial Review of Administrative Action 1980 s. 253).

Imidlertid kan den i praksis anvendte sprogbrug give anledning til tvivl. På den ene side fastslås det - i overensstemmelse med det netop anførte - »nor is it material that the judge could not reasonably be suspected of having allowed himself to be influenced by his pecuniary interest (op.cit. s. 258). På den anden side udtales det i sagen om lord Chancellor Cuttenham's aktiebesiddelse, at »no one can suppose than lord Cuttenham could be in remotest degree influenced by the interest that he had in this concern ...« (Wade: Administrative Law 1977 s. 400). Dette skal ses i sammenhæng med, at det andetsteds om den samme sag udtales »there was no suggestion of conscious bias on the part of lord Chancellor, but it was felt that the order should be quashed because »justice should not only be done but should be manifestly and undoubtedly be

*) *Harder*: Dansk kommunalforvaltning 4. omarbejdede udgave 1982 s. 223 Styrelseslovens § 14, stk. 2, der omhandler kommunalbestyrelsesmedlemmers delingspligt, har følgende formulering: »Et medlem skal underrette kommunalbestyrelsen, hvis der foreligger forhold, der kan give anledning til tvivl om hans habilitet«.

seen to be done« (*Keith J. Eddy: An outline of local government law 1969, s. 204*).

Medens det i de andre sammenhænge, hvor denne dom er behandlet, er blevet understreget, at der ikke forelå »actual bias« anvendes her termen »conscious bias«. Det er vanskeligt at vurdere, om disse terminologiske forskelle også dækker over en substantiel afvigelse i forhold til det indledningsvis anførte udgangspunkt, at habilitetskravene/habilitetsbedømmelsen er af objektiv karakter. Til tider ses også termen »manifested bias« at blive anvendt. Om disse begrebets nærmere indhold og indbyrdes forhold jfr. afsnit 2.1.

Man kan i forhold til den pågældende sag under alle omstændigheder spørge, hvad der skulle være grundlaget for en antagelse om, at aktiebesiddelse på adskillige tusinde pund ikke korresponderer med en motiverende interesse (bias) hos aktiebesidderen. Enten bygger en sådan antagelse på overvejelser over netop denne persons personlige integritet, og i så fald er tesen om habilitetskravenes objektive karakter fraveget, eller også er bedømmelsesgrundlaget objektivt i den forstand, at denne eller rettere en sådan person qua sin status/rang (generelt) ikke antages at lade sig motivere af tilknytningsforhold som det foreliggende.

Spørgsmålet accentueres i et retssystem som det engelske, hvor økonomiske interesser uden videre betinger inhabilitet. Der er således i forhold til sådanne interesser ingen habilitetsmæssig grund til at diskutere spørgsmålet om eksistensen af bias. Eller sagt på en anden måde tilknytningsforholdets materielle karakter korresponderer - på formaliseret grundlag - med forekomsten af bias.

At den subjektive opfattelse hos den person, som er habilitetsspørgsmålets genstand, er af stor faktisk betydning må være oplagt. Vedkommendes egne oplysninger om de faktiske forhold, som danner grundlag for habilitetsvurderingen, er i vidt omfang den eneste mulighed for at konstatere eksistensen af en inhabilitetsbegrundende interesse. Medens den nærmere afgrænsning af pligten til at afdække sine interesser, erklære sig inhabil eller tage initiativ til at habilitetssag rejses vil blive behandlet i afsnit 7., vil nærværende afsnit beskrive grundlaget og rammen for den særligt i kapitel IX foretagne analyse af spørgsmålet om og i bekræftende fald hvordan og med hvilken vægt vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems subjektive opfattelse af sin habilitet kan indgå i grundlaget for habilitetsafgørelsen.

Problemstillingen bør reelt vurderet stille sig forskelligt, alt afhængig af om vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem efter sin egen opfattelse er inhabil, eller om vedkommende modsat ikke betragter sig som inhabil.

Anden del. Kap.VI.6.2.

En sondring mellem disse to situationer - som i hvert tilfælde logisk er komplementære - har sit grundlag i det forhold, at de retssikkerhedsmæssige problemer knyttet til spørgsmålet om den habilitetsmæssige betydning af vedkommendes subjektive opfattelse er af forskelligt indhold og typisk også væsentligt mindre udtalt i tilfælde, hvor vedkommende selv betragter sig som inhabil. Hertil kommer at den subjektive opfattelse i sidstnævnte tilfælde ofte ikke fremføres eksplicit i forbindelse med habilitetssagens rejsning eller afgørelse men derimod som en efterfølgende konstatering af, at habilitetskravene ikke er respekteret.

6.2.1. Betydningen af at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem betragter sig som inhabil

Der er en naturlig tendens til at fokusere på tilfælde, hvor problemet er vedkommendes manglende evne eller vilje til at erkende sin inhabilitet. Men også i tilfælde hvor vedkommende selv erklærer sig inhabil, kan spørgsmålet om modificering af reglen om habilitetskravenes objektive karakter være relevant. Sådanne tilfælde er i retssikkerhedsmæssig henseende karakteriseret ved at risikoen ikke er manglende eller efterfølgende konstatering af inhabiliteten, men derimod at retsvirkningen af inhabilitet indtræder selv om betingelserne herfor ikke er til stede. Bortset fra tilfælde hvor habilitetskravene misbruges til ansvarsforflygtigelse er problemet begrænset til de forstyrrelser af beslutningsprocessen, som i det enkelte tilfælde kan blive resultat af manglende substitutionsmuligheder. Ser man bort herfra kan det forhold, at vedkommende træffer afgørelse om inhabilitet alene på grundlag af sin subjektive opfattelse, vel at mærke uden at der på objektivt grundlag kan konstateres en inhabilitetsbegrundende interesse - være helt i overensstemmelse med de til grund for habilitetskravene liggende hensyn. I det omfang tillidshensynet således giver grundlag for at statuere inhabilitet i tilfælde, hvor en inhabilitetsbegrundende interesse blot *synes at foreligge*, er mulighederne for at lade vedkommendes subjektive oplevelse af sine interesser indgå i bedømmelsesgrundlaget, åbenbar. Som et klart eksempel herpå kan henvises til kap. V ovenfor vedrørende retsplejelovens § 62, hvorefter dommeren selv kan vige sit sæde, når han frygter for, at parterne ej kan have fuld tillid til ham. Jfr. hertil at *føler* den enkelte dommer sig inhabil, *er* vedkommende det også (*Gomard: Civilprocessen* 2, 2. udg. s. 582)

Da det enkelte kommunalbestyrelsesmedlems autonomi i habilitets-spørgsmål er underkastet væsentlige begrænsninger i forhold til det for dommere gældende, og da spørgsmålet om inhabilitet på grund af de særlige kommunale substitutionsforhold let bliver af betydning for den gruppepolitiske styrke og dermed for udfaldet af den primære sags afgørelse, er den med afgrænsningen af habilitetskravene forbundne misbrugsproblematik betydelig mere kompliceret i kommunalretten end i procesretten. På trods heraf er der dog også i kommunalretten en udtalt tendens til at respektere vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems egen opfattelse af sin inhabilitet (*Harder*: Dansk kommunalret I, 4. udg. s. 220f).

Der er naturligvis en flydende overgang mellem det her behandlede spørgsmål og spørgsmålet om muligheden for at oplyse/bevise eksistensen af en interesse. Således må vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems subjektive oplevelse af sin habilitet faktisk anerkendes som en del af grundlaget for habilitetsvurderingen, i tilfælde hvor vedkommende selv er rådig over den primære sags genstand, eller i hvert tilfælde har monopol på at erkende og gennemskue denne. Der er således tale om tilfælde, hvor den primære sag ikke i sig selv objektivt (på det aktuelle tidspunkt) fremtræder på en måde, som giver et tilstrækkelig klart svar på spørgsmålet om eksistensen af en inhabilitetsbegrundende interesse. Eksempelvis kan det i forhold til en sag om stedplanlægning være vanskeligt at afgøre, om planen (eventuelt fremtidigt) kan få betydning for den enkelte grundejer, som må betinge dennes udelukkelse fra planforslagets behandling og vedtagelse. I sådanne tilfælde kan vedkommendes egen opfattelse blive det afgørende element i bedømmelsesgrundlaget. I norsk ret er det blevet anført, at der uden videre må statueres inhabilitet, når vedkommende protesterer mod en plan ud fra en opfattelse af planens betydning for vedkommende selv (*H. Hammer*: Kommuneloven med kommentarer s. 62).

6.2.2. Betydningen af et kommunalbestyrelsesmedlems manglende evne eller vilje til at respektere habilitetskravene

I forhold til tilfælde, som er karakteriseret ved at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem ikke anser sig for inhabil eller i hvert tilfælde ikke vil erkende sin inhabilitet, må der sondres mellem sager, hvor habilitets-spørgsmålet - på vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems eget eller

Anden del. Kap. VI.6.2.2.

andres initiativ - *forudgående* behandles og afgøres, og tilfælde, hvor habilitetsspørgsmålet først *efterfølgende* bliver rejst eventuelt afsløret.

For så vidt angår førstnævnte kategori er situationen stort set retsteknisk identisk med spørgsmål, hvor afgørelsen træffes forudgående og dermed uden de komplikationer, der følger af, at den primære afgørelse er truffet på tidspunktet for habilitetsspørgsmålets afgørelse (jfr. herom kap. XI). Som en forskel kan imidlertid peges på, at der - betinget af vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems forskellige erkendelsesinteresse - eksisterer en forskel med hensyn til intensiteten i vedkommendes afdækning og især fremstilling og udlægning af faktum.

Den afgørende forskel er imidlertid den retssikkerhedsmæssige margin, der i de to situationer eksisterer med hensyn til urigtige habilitetsafgørelser. Alt andet lige vil afgørelser, der urigtigt men i overensstemmelse med vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems opfattelse statuere inhabilitet, være retssikkerhedsmæssigt mere acceptable end afgørelser, der urigtigt statuerer habilitet.

Hvor habilitetsspørgsmålet rejses efterfølgende, kan de nærmere omstændigheder omkring *initiativet* hertil naturligvis blive afgørende. Når undladelsen af at rejse habilitetssagen således i praksis, jfr. nedenfor afsn. 7., kan opfattes som en *stiltiende* kommunalbestyrelsesafgørelse, om at vedkommende er inhabil, vil den fulde vægt af kommunalbestyrelsens materielle kompetence naturligvis indgå i bedømmelsen, i modsætning til tilfælde, hvor habilitetsspørgsmålet efterfølgende *afsløres*.

Men at tilknytningsforhold som er genstand for habilitetsbedømmelsen først efterfølgende bringes for dagen behøver naturligvis ikke at være ensbetydende med intentioner om at holde forholdet skjult. Spørgsmålet om vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems *gode tro* kan derfor tænkes at indgå i bedømmelsesgrundlaget.

Som det vil fremgå af især kap. IX indgår spørgsmålet om vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems subjektive evne og vilje til at kende og respektere habilitetskravene i grundlaget for habilitetsbedømmelsen. Spørgsmålet har især været aktuelt i forbindelse med bedømmelsen af omfanget af speciel inhabilitet som grundlag for generel inhabilitet (jfr. kap. VIII og IX). For så vidt angår denne del af problemstillingen synes der som påvist i kap. IX ikke at være tilbøjelighed til at lade manglende overholdelse af eller respekt for de specielle habilitetskrav bevirke intensivering af habilitetsreguleringen. Også spørgsmålet herom må naturligvis

ses som en del af forholdet mellem tilstedeværelsen af retlige mangler/kritisable forhold og prøvelsens intensitet. Som en særlig variant heraf må spørgsmålet naturligvis være centralt i forbindelse med afgrænsningen af kravene om initiativ og oplysningspligt samt betydningen af disse krav overholdelse som et element i habilitetsbedømmelsen.

7. Initiativ-, afgørelses- og oplysningspligt

I dette afsnit behandles spørgsmålet om karakteren og indholdet af kommunalbestyrelsens pligt til at behandle og træffe afgørelse i habilitetsspørgsmål samt - og i snæver sammenhæng hermed - de enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmers pligt til at fremkomme med oplysninger af betydning herfor.

Indledningsvis foretages en almindelig klarlæggelse af begrebernes indhold og indbyrdes sammenhæng (7.1.). Herefter følger to afsnit vedrørende særlige spørgsmål af betydning for de omhandlede retlige krav indhold og udstrækning. Således om betydningen af faktisk eller forudsat udbredt kendskab til en interesses eksistens (7.2.), og forskellige aspekter af det beslutnings/afgørelsesbegreb som ligger til grund for de anførte krav endemål: At der træffes en habilitetsafgørelse (7.3.). Afslutningsvis foretages en sammenfatning i forbindelse med nogle retspolitiske overvejelser om mulighederne for og hensigtsmæssigheden af udbyggede og eventuelt mere formaliserede regler på området (7.4.).

7.1. Almindeligt om begrebernes indhold

Styrelseslovens § 14, stk. 1 bestemmer, at »kommunalbestyrelsen *træffer beslutning* om, hvorvidt et medlem har en sådan interesse i en sag, at han er udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens forhandling og afstemning om sagen«. Og i stk. 2, at »et medlem skal underrette kommunalbestyrelsen, hvis der foreligger forhold, der kan give anledning til tvivl om hans habilitet«.

Og i medfør af forvaltningslovens § 6 gælder underretningspligt »med mindre det er åbenbart at forholdet er uden betydning«.

Som anført har reglen i § 14, stk. 1 alene karakter af en kompetenceforskrift. Som sådan giver bestemmelsen ikke blot kommunalbestyrelsen

Anden del. Kap.VI.7.1.

ret men pålægger også pligt til at tage initiativ til behandling og afgørelse af spørgsmålet om medlemmernes habilitet.

Som grundlæggende ramme for de hensyn, der betinger pligtens afgrænsning kan på den ene side anføres, at alle inhabilitetsbegrundende forhold skal udløse de med inhabilitet forbundne retsvirkninger. Som et modhensyn må på den anden side heroverfor anføres det praktisk uhenigtsmæssige i, at kommunalbestyrelsen behandler et stort antal habilitets-sager på grundlag af tilknytningsforhold, som klart ikke er inhabilitetsbe-grundende. Spørgsmålet er herefter, hvor grænserne nærmere skal drages mellem disse yderpoler.

Det afgørende hensyn bag initiativ og afgørelsespligten er sikring af, at habilitetskravene *kommer til anvendelse* i det enkelte tilfælde inden påbegyndelsen af den primære sags behandling. Hensynet hertil er naturligvis snævert forbundet med de til grund for habilitetskravene liggende hensyn men er ikke ganske sammenfaldende hermed. Habilitetskravene repræsenterer et normativt system til udskillelse af visse forhold som inhabilitetsbegrundende. Habilitetskravenes indhold lader sig i vidt omfang ikke afgrænse uafhængigt af den proces, der ligger til grund for habilitetsafgørelsen. Habilitetssagens behandling og afgørelse er således i sig selv af betydning for habilitetskravenes indhold, hvorfor også initiativ og afgørelsespligtens indhold og efterlevelse indgår i grundlaget for habilitetskravenes afgrænsning.

Hertil kommer at initiativ, afgørelses- og oplysningspligten repræsente-r retstekniske forudsætninger for realiseringen af de til grund for habilitetskravene liggende hensyn. Kun hvor spørgsmålet om habilitet afgøres *inden* den primære sags behandling, sikres en optimal opfyldelse af habilitetskravenes garantifunktion. En anvendelse af habilitetskravene på et senere tidspunkt af sagens behandling vil i bedste fald kun kunne fungere som en reparation, der principielt ikke kan være fuldstændig (jfr. kap. X).

Kun i det omfang kommunalbestyrelsen og dennes enkelte medlemmer er rådige over oplysninger af relevans for habilitetsspørgsmålet, er der mulighed for opfyldelse af initiativ- og afgørelsespligten. Spørgsmålet om initiativ og afgørelsespligtens indhold og afgrænsning må derfor ses i snæver sammenhæng med spørgsmålet om kommunalbestyrelsesmedlem-mernes oplysningspligt.

Det enkelte kommunalbestyrelsesmedlems egne oplysninger om sine

forhold er i hvert tilfælde for så vidt angår privatøkonomiske interesser ofte den eneste praktiske mulighed for at konstatere inhabilitetsbegrundende interesser. Eksistensen af habilitetskrav må således i sig selv forudsætte oplysningspligt, uanset om denne er fastsat autoritativt som i styrelseslovens § 14, stk. 2.)*

Oplysningspligten er, ligesom habilitetskravene, af objektiv karakter. Det betyder, at vedkommendes egen vurdering af forholdets karakter er uden betydning for afgrænsningen af oplysningspligtens indhold (*Harder/Esperen*: Kommenteret styrelseslov s. 70). Harder udtrykker det således, at »den tvivl, der tales om i lovbestemmelsen, er ikke vedkommendes egen tvivl. Hans pligt til at give oplysninger indtræder, såsnart han må indse, at der foreligger forhold, der i andres øjne kan give anledning til tvivl« (*Harder I* s. 223).

7.2. Oplysningspligtens afgrænsning

Den nærmere afgrænsning af oplysningspligtens indhold må ske på grundlag af de hensyn, som antages at skulle varetage. Som anført er disse hensyn snævert forbundne med hensynene, der ligger til grund for habilitetskravene og pligten til initiativ og afgørelse. Som mindstemål må oplysningspligten derfor omfatte alle inhabilitetsbegrundende forhold. Men når et primært hensyn for oplysningspligten er at muliggøre initiativ og afgørelse, må afgrænsningen af oplysningskravets indhold foretages med skyldig hensyntagen til den eksisterende usikkerhed forbundet med habilitetskravenes afgrænsning, og denne afgrænsnings afhængighed af habilitetssagens behandling og afgørelse. Samtlige relevante hensyn taler for en tidlig afdækning af inhabilitetsbegrundende interesser.**)

*) Før styrelsesloven kunne der spores en vis usikkerhed med hensyn til eksistensen af en sådan pligt, jfr. *Harder*: Offentligt hverv og private interesser, Sognerådstidende 1956 s. 44.

**) I medfør af retsplejelovens § 63 skal indsigelser fra parterne om inhabilitet så vidt muligt fremsættes inden domsforhandlingen. Harder anser det for tvivlsomt, om oplysningspligten omfatter interesser, der aktualiseres ved en beslutning af et bestemt indhold, jfr. Dansk kommunalforvaltning 4. udg. s. 224. Jfr. i det hele afsnit 2.2. om interessens placering i tid og afsnit 2.3. om sagsbehandlingsstadier. I medfør af engelsk ret gælder en pligt for kommunalbestyrelsesmedlemmer til at tilkendegive eventuelle inhabilitetsbegrundende interesser

Anden del. Kap.VI.7.2.

Den intensivering af oplysningspligten som er resultat af samspillet med habilitetskravene og pligten til initiativ og afgørelse understreges i det omfang habilitetskravene er båret af tillidshensynet (jfr. herom kap. V). Men hertil kommer at tillidshensynet også er af selvstændig betydning for oplysningspligtens afgrænsning. Indtrykket af at oplysninger om et eventuelt inhabilitetsbegrundende forhold ikke kommer for dagen/holdes skjult hører formentlig til det mest tillidsnedbrydende man kan forestille sig.*)

Ligesom initiativpligten må også afgrænsningen af oplysningspligten gå udover de forhold, der faktisk bevirker inhabilitet (jfr. Rønsholdt UfR 1980 s. 290).

Sammenfattende kan anføres, at formålet med såvel oplysnings-, initiativ- og afgørelsespligt nok så meget er, *at der træffes en habilitetsafgørelse* som at sikre mod inhabilitet. Dette udtales klart i bemærkningerne til dansk forvaltningslov § 6, hvori det hedder, at »oplysningspligten har til formål at sikre, at der i overensstemmelse med reglerne i stk. 2 *altid bliver truffet afgørelse om, hvorvidt den pågældende som følge af den foreliggende interesse er inhabil* « (Lovforslagets bemærkninger s. 34). Tilsvarende

så tidligt som praktisk muligt: »... he must at the meeting and as soon as practicable after its commencement disclose the fact (*Halsbury's Laws of England* § 1109 s. 517). Om afgrænsningen af denne pligt i forhold til sagsbehandlingsstadier anføres: »Which apparently means, where the item appears on the agenda, at the commencement of the meeting, or in any other case as soon as the item in question is risen ...« (*Garner: Administrative law*, fifth edition 1979 s. 408). Og principperne der ligger til grund for pligten til at tilkendegive interesser skal også holdes for øje i forbindelse med *uofficielle tilknytningsforhold* til andre kommunalbestyrelsesmedlemmer, partigruppemøder eller andre uformelle lejligheder. Og det understreges tilmed, at dette skal ske med samme omhyggelighed, som hvis der er tale om et formelt møde i kommunalbestyrelsen, det udvalg eller underudvalg: »The principles about disclosure of interest should be born in mind in your unofficial relations with other councillors - at partygroupmeetings or other informal occasions no less scrupulously than at formal meetings of the council, its committees and subcommittees« (*The National Code of Local Government Conduct* 1975 afsnit 3, II).

*) Om pligten til *declaration* som begrundet i offentlighedens tillid til at retsordens krav om interesseadskillelse respekteres, og om undladelse af *declaration* som indicium for korrupte hensigter se *Royal Commission on Standard Conducts in Public Life* 1976 s. 37.

forhold - omend mere indirekte - kommer til udtryk i forholdet mellem bestemmelsen i styrelseslovens § 14, stk. 2, hvorefter oplysningspligt indtræder, når der foreligger »tvivl« om et forholds inhabilitetsbegrundende karakter sammenholdt med bestemmelsen i udkast til forvaltningslov § 6, hvorefter oplysningspligten bortfalder, når »det er åbenbart, at forholdene er uden betydning«.

Som almindeligt fælles kriterium for afgrænsningen af kravene til såvel oplysnings-, initiativ- og afgørelsespligt kan sættes, om det pågældende tilknytningsforholds inhabilitetsbegrundende karakter giver anledning til *tvivl* (jfr. *Harder: Dansk kommunalforvaltning I* s. 202). En sådan retsstilling kommer også til udtryk, når tilsynsrådet i en sag udtaler, at borgmesteren over for økonomiudvalget og kommunalbestyrelsen skulle have rejst spørgsmålet om, hvorvidt han var inhabil »så meget desto mere, som der efter tilsynsrådets opfattelse ikke er tvivl om, at han var inhabil« (TR Ringkøbing 089-0-99-31-77 af 23. december 1977).

Udover at graden af sikkerhed med hensyn til habilitetsspørgsmålets afgørelse naturligt må indgå i grundlaget for afgrænsningen af oplysningspligtens indhold og udstrækning, vil det også være relevant i kombination hermed at inddrage spørgsmålet om behovet for oplysning set i forhold til om den pågældende interessetype efter sin art er mere eller mindre synbar. Således må tilknytning ved kommunal ansættelse som udgangspunkt kunne antages bekendt af den samlede kommunalbestyrelse, hvorfor oplysningspligten som udgangspunkt - afhængig af den konkret forekommende tilknytningsvariant - må kunne modificeres.

Man kan således graduere oplysningspligten over en skala spændende fra tilfælde, hvor interessens synbarhed er ringe og inhabiliteten klar over tilfælde, hvor inhabiliteten måske nok er klar, men hvor graden af synbarhed til gengæld også er høj, til tilfælde hvor sikkerheden for at der ikke foreligger inhabilitet er så stor, at der end ikke foreligger oplysningspligt.

7.3. Sammenhængen mellem oplysningspligt og habilitetskravenes afgrænsning

Som anført i afsnit 6 rummer praksis klare tendenser i retning af at lade kommunalbestyrelsesmedlemmers evne og vilje til at respektere habilitetskravene - i tidligere tilfælde - indgå i habilitetsbedømmelsen. Så meget desto mere må spørgsmålet om oplysnings- og initiativpligtens overholdel-

Anden del. Kap.VI.7.3.

se i det enkelte - aktuelt foreliggende tilfælde kunne tillægges betydning i habilitetsbedømmelsen.

Tankegangen er den, at manglende opfyldelse af oplysningspligten og det heraf følgende manglende eller mangelfulde kendskab til et tilknytningsforhold underminerer de til grund for habilitetskravene liggende hensyn. Der kan således næppe være tvivl om, at efterladenhed med hensyn til oplysning og behandling af habilitetsspørgsmål er tillidssvækkende, og at manglende eller mangelfuldt kendskab gennemsnitligt øger en interesses mulighed for usaglig indflydelse på den primære sags behandling og afgørelse. Det manglende kendskab kvalificerer med andre ord det pågældende tilknytningsforhold som inhabilitetsgrund.

At tilsidesættelse af oplysningspligten - udover at være ansvarspådragende (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning I, 4. udg. s.221), også kan være af materiel betydning som en integreret del af habilitetsafgørelsens bedømmelsesgrundlag, synes også at fremgå af praksis. Til illustration kan anføres sagen om lovligheden af en borgmesters deltagelse i spørgsmålet om en betalingsvedtægt for kommunen, når borgmesteren ejer 22 udstykkede grunde inden for betalingsvedtægtens område (TR Frederiksborg amt 089-201-99 -1-1975 af 24. februar 1976).

Tilsynsrådet finder, at borgmesteren har været inhabil ved økonomiudvalgets og kommunalbestyrelsens behandling af sager vedrørende betalingsvedtægten. Om borgmesterens oplysnings- og initiativpligt udtaler tilsynsrådet, at »spørgsmålet om borgmesterens habilitet burde have været forelagt kommunalbestyrelsens afgørelse i henhold til styrelseslovens § 14 ved sagens behandling i kommunalbestyrelsen, og borgmesteren har tilsidesat sin pligt i henhold til styrelseslovens § 14 ved ikke at give kommunalbestyrelsen underretning om de forhold, der kunne give anledning til tvivl om hans habilitet«. Herefter udtaler tilsynsrådet, »at *som følge heraf* finder tilsynsrådet at måtte fastslå, at tilsidesættelsen af forskrifterne i styrelseslovens § 14 og *det forhold*, at borgmesteren har deltaget i behandlingen af det omhandlede udkast til betalingsvedtægt i kommunalbestyrelsen og udvalget, har haft så væsentlig betydning for de trufne beslutninger, at de foreliggende forslag til betalingsvedtægt ikke anses for gyldigt vedtaget, hvorfor tilsynsrådet i medfør af styrelseslovens § 61, stk. 1 ophæver kommunalbestyrelsens beslutninger af ...«.

Det synes heraf at fremgå, at tilsynsrådet udover den konstaterede inhabilitet også eller som en integreret bestanddel af habilitetsvurderingen

har tillagt borgmesterens tilsidesættelse af sin oplysnings- og initiativpligt betydning for spørgsmålet om afgørelsernes gyldighed, jfr. således formuleringen »som følge heraf finder tilsynsrådet at måtte fastslå, at tilsidesættelse af *forskrifterne* i styrelseslovens § 14 *og det forhold*, at borgmesteren har deltaget i behandlingen ...«.

Dette udgangspunkt, hvorefter manglende efterlevelse af pligten til oplysning og initiativ kan bevirke intensivering af habilitetsreguleringen, modificeres imidlertid af den betydning teori og praksis tillægger kommunalbestyrelsens (forhånds)kendskab til det pågældende tilknytningsforhold. Der kan således ikke uden videre slutes fra et forholds habilitetsmæssigt klare eller tvivlsomme karakter til eksistensen af oplysnings- og initiativpligt endsige disse pligters indhold.

Kan et tilknytningsforhold således påregnes at være kommunalbestyrelsesmedlemmerne bekendt, antages der ikke at foreligge oplysningspligt (*Harder* I, 3. udg. s. 202). Derimod måtte man vel umiddelbart antage, at eksistensen og indholdet af initiativpligt er uafhængigt af pligten til oplysning, i den forstand, at der også eksisterer pligt til at foranledige habilitetssager rejst med hensyn til kendte tilknytningsforhold, som enten er af klar eller tvivlsom inhabilitetsbegrundende karakter. Imidlertid er det faktisk også af betydning for initiativpligtens indhold, om en interesse er eller kan antages at være kendt i kommunalbestyrelsen. Hvor tilknytningsforholdet således betragtes som kendt, vil habilitetsspørgsmålet kun blive rejst, hvis enkelte medlemmer, herunder borgmesteren på embeds vegne, tager initiativ dertil.

Undladelse af initiativ er imidlertid ikke ensbetydende med tilsidesættelse af initiativpligten, idet teori og praksis opererer med begrebet *stiltiende* habilitetsafgørelser, jfr. *Harder*, som udtaler, at »hvis intet medlem ønsker at rejse spørgsmål om inhabilitet på grund af kendte omstændigheder, anses spørgsmålet for afgjort uden afstemning«.*)

Denne retsopfattelse udtrykkes også klart af indenrigsministeriet i en sag i forbindelse med ministeriets stillingtagen til, om det var tilladeligt at tage det pågældende habilitetsspørgsmål op på det efterfølgende møde (IM 1977/12012/0404-2 af 27. oktober 1977). Indenrigsministeriet udtaler her-

*) Dansk kommunalforvaltning s. 219. Et fakultativt fremsat ønske om formel habilitetsbeslutning skal altid efterkommes, jfr. s. 221.

Anden del. Kap.VI.7.3.

om, at styrelseslovens § 14 i forbindelse med normalforretningsordenens § 8 indebærer, at spørgsmålet om et medlems habilitet i en sag må forelægges for kommunalbestyrelsen i forbindelse med den pågældende sags optagelse til forhandling i et møde, og at det må påhvile borgmesteren, »at opnå kommunalbestyrelsens afgørelse inden forhandlingerne om selve sagen indledes«. Imidlertid kræver indenrigsministeriet ikke, at en sådan afgørelse formelt foreligger. Hvis det således kan antages, at kommunalbestyrelsesmedlemmerne har været bekendt med det forhold, der er genstand for habilitetsovervejelserne, kan der herfra sluttes til eksistensen af en stiltiende habilitetsafgørelse, jfr. udtalelsen om, at »hvis de i mødet tilstedeværende medlemmer har været bekendt med de faktiske forhold, der kan rejse tvivl om et medlems habilitet, må spørgsmålet herom anses for afgjort uden afstemning, hvis intet medlem har rejst det«.

Denne opfattelse, hvorefter manglende initiativ og reaktion i forhold til et foreliggende faktum er at sidestille med en positiv tilkendegivelse om, at dette faktum ikke er inhabilitetsbegrundende, synes betænkeligt. At sidestille passivitet med en positiv tilkendegivelse/afgørelse kan næppe undgå at virke underminerende på overholdelsen af den pligt, der - på trods af kendskab - måtte eksistere til at initiere et habilitetsspørgsmåls formelle rejsning og afgørelse. Hertil kommer en risiko for, at der tages lettere på opfyldelsen af oplysningspligten, når vedkommende i det enkelte tilfælde har mulighed for at forudsætte den pågældende interesse bekendt, uden at dette kendskabs faktiske eksistens og indhold er fastslået ved en egentlig formel sagsbehandling. Den ansvarsforflygtigelse der hermed er åbnet mulighed for, vil kunne komme til udfoldelse såvel i tilfælde, hvor kendskab til forholdene faktisk ikke er tilstede, som i tilfælde, hvor det foreliggende kendskab beror på, at flere kommunalbestyrelsesmedlemmer er involveret i den pågældende interesse og netop derfor er mindre interesserede i en formel habilitetsafgørelse end i en afgørelse, der statuerer inhabilitet.

Det problematiske i at operere med en så uigennemskuelig konstruktion som stiltiende beslutninger, understreges når tilsynsmyndighederne støtter manglende indgriben over for inhabilitet på henvisninger til kommunalbestyrelsens stiltiende accept af forholdet. Således kan anføres sagen om en borgmester kan være kommunens advokat, hvor indenrigsministeriet som begrundelse for ikke at skride ind over for de tilfælde af speciel inhabilitet, der måtte have foreligget bl.a. udtaler, at »... kommunalbestyrelse stiltien-

de har godkendt borgmesterens virke som advokat ...» (IM 1978/123/1418-2 af 19. marts 1979).

Hvor går grænsen mellem stiltiende accept og manglende opmærksomhed på eller forståelse for en interessekonflikt?

Til illustration af de helt flydende overgange, der nødvendigvis må eksistere mellem såkaldte stiltiende habilitetsbeslutninger og almindelig passivitet på grund af manglende forståelse for habilitetskravene eller vilje til at håndhæve disse, kan anføres en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem, der tillige er medlem af havneudvalget og samtidig andelshaver i ... Andelssvineslagteri, er inhabil i sager vedrørende slagteriets problemer på havnen (TR Fyn 1979-089-431-9-9 af 4. februar 1980).

I en for kommunalbestyrelsen indhentet erklæring udtales, at der aldrig for byrådet har foreligget konkrete tilfælde, »hvor byrådet *har skullet tage stilling til spørgsmålet om ...'s habilitet i sager vedrørende havnen*«. Betyder det at kommunalbestyrelsen - ved stiltiende beslutninger - har accepteret vedkommendes habilitet, eller at kommunalbestyrelsens medlemmer aldrig har opfattet muligheden for et habilitetsproblem? Uanset hvilket resultat habilitetsvurderingen i det enkelte tilfælde måtte falde ud til, kan man i hvert tilfælde med høj grad af sandsynlighed pege på det usandsynlige i, at et tilknytningsforhold som det anførte aldrig burde have udløst hverken oplysnings- eller afgørelsespligt.

I forhold til det her anførte spørgsmål vil der yderligere kunne foreligge et problem, hvor det forudsatte kendskab til en interesses eksistens og den i forbindelse hermed trufne stiltiende habilitetsafgørelse falder ud til habilitet i modsætning til inhabilitet. Der vil således typisk ikke være noget at indvende imod, at en borgmester inden et møde gør et medlem opmærksom på dennes inhabilitet, uden efterfølgende at rejse spørgsmål i kommunalbestyrelsen, når vedkommende medlem faktisk er enig heri og derfor undlader deltagelse, og når det pågældende inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold kan påregnes kendt af de øvrige kommunalbestyrelsesmedlemmer (Jfr. således IM 1979/1130/0800-1 af 15. januar 1980).

Der er således ikke langt fra en retsopfattelse, hvorefter afgørelser der statuerer inhabilitet, kan træffes stiltiende, til en retstilstand hvorefter manglende formel behandling af habilitetssager får afledt materiel betydning for habilitetsspørgsmålets afgørelse.

Problemstillingen kan yderligere illustreres ved et tilfælde, om et amtsrådsmedlem kan deltage i økonomiudvalgets behandling af en sag om

Anden del. Kap.VI.7.3.

anbringelse af et beløb i en bank, i hvis bestyrelse det pågældende økonomiudvalgsmedlem har sæde (IM 1975 /12012/1400-5 af 18. december 1975).

Om grundlaget for at anse vedkommende for habil anfører amtsrådet - som korrektion af indenrigsministeriets opfattelse af amtsrådets bedømmelsesgrundlag - »at spørgsmål om inhabilitet efter amtsrådets opfattelse ikke kan være bestemt af, hvorvidt alle pengeanbringelser har været forelagt økonomiudvalget, men at det afgørende må være, at der af økonomiudvalget tidligere, hvor ... har været til stede, er truffet afgørelse om placering i ... banken, *uden at det har medført inhabilitetsproblemer i form af behørig protest fra udvalgsmedlemmer eller embedsmænd*«.

Indenrigsministeriet statuerer inhabilitet uden at komme ind på denne del af amtsrådets retsopfattelse.

Men at habilitetsspørgsmålets formelle behandling eller mangel på samme heller ikke af indenrigsministeriet helt fralægges betydning som et element i habilitetsafgørelsens bedømmelsesgrundlag, synes at fremgå af en sag, hvor en sognerådsformand, som sparekassebestyrer for sparekassen X har deltaget i forhandlinger og afstemninger om udleje af en del af en kommunen tilhørende ejendom til sparekassen med henblik på sparekassens opførelse af en midlertidig kontorbygning (IM 1735/1967, skrivelse af 20. august 1968).

Amtsrådet udtaler, »at man ikke har fundet tilstrækkeligt grundlag for i det konkrete tilfælde at tiltræde klagen, *allerede under hensyn til, at inhabilitetsindsigelsen er rejst på et senere tidspunkt end sagens aktuelle behandling i sognerådet*« (Roskilde amtsråd 2. december 1967).

Heroverfor udtaler indenrigsministeriet om habilitetsspørgsmålet, at ministeriet »må være mest tilbøjeligt til at antage, at sognerådsformanden - på grund af de interesser, han må varetage som følge af sin tilknytning til X sparekasse - ikke burde have deltaget i sognerådets behandling og afstemning om udleje af det pågældende areal til sparekassen«.

Med hensyn til amtsrådets udtalelser om betydningen af habilitetsspørgsmålets rettidige formelle behandling udtaler ministeriet, »at det ikke kan tillægges *afgørende betydning*, at inhabilitetsindsigelsen ikke er gjort gældende på det møde i sognerådet, hvor beslutning om udleje af arealet er truffet«.

Argumentet for at tillægge kendskab betydning som et element, der taler mod inhabilitet og/eller at der er truffet - stiltiende - afgørelse om, at

vedkommende er habil, skulle være, at der hermed er etableret en kollektiv bevidsthed omkring interessens eksistens og påvirkningsevne. Stillingtagen hertil må imidlertid fordrer præcisering af begrebet kendskab. Det bør således ikke være uden betydning, om kendskab refererer til den blotte viden om det faktum, som er habilitetsspørgsmålets årsag i modsætning til den viden, der er resultat af en formel bedømmelse af dette faktums habilitetsmæssige relevans. Kun i sidstnævnte betydning kan kendskab siges at være forlenet med tilstrækkelig sikkerhed for eksistensen af en individuel og kollektiv bevidsthed af relevans for habilitetsvurderingen.

En slutning fra viden om faktum til, at der stiltiende er truffet en habilitetsafgørelse, forudsætter at der blandt kommunalbestyrelsesmedlemmer i almindelighed eksisterer en velindarbejdet bevidsthed om eksistensen og indholdet af habilitetsreglerne, hvorunder det relevante faktum umiddelbart subsummeres, når det kommer til vedkommendes kundskab. En sådan forudsætning kan næppe anses for holdbar. Begrebet kendskab som udtryk for viden af mulig relevans for habilitetsvurderingen bør derfor begrænses til den erkendelse, der etableres ved og eventuelt manifesterer sig i efterlevelse af oplysnings- og initiativpligten og den heraf følgende formelle behandling af habilitetsspørgsmålet.

I det følgende vil problemstillingen blive yderligere illustreret med en ombudsmandsafgørelse, som ikke synes at lægge vægt på denne afgrænsning af kendskabsbegrebet. Tilfældet vedrører forskellige habilitetsspørgsmål i en sag om spildevandsanlæg af betydning for et erhvervs- og udviklingsselskab, i hvilket flere kommunalbestyrelsesmedlemmer har interesser. Et af disse medlemmer var tilstede som repræsentant for erhvervs- og udviklingsselskabet på en række møder mellem selskabet og det udvalg under kommunalbestyrelsen, vedkommende var medlem af (OBM 1975/1141/42 af 27. maj 1977).

Med hensyn til et »fællesmøde« mellem selskabet og økonomiudvalget og et tilsvarende »fællesmøde« mellem selskabet og teknisk udvalg udtaler ombudsmanden, at »i det omfang møderne havde karakter af forhandling mellem de to interesserede grupper forelå der for så vidt ikke inhabilitetsspørgsmål, *idet* det for de øvrige medlemmer af teknisk udvalg *måtte være klart* at N.L. under disse forhandlinger repræsenterede selskabet«.

For en analyse af hvilken betydning kendskab har for habilitetsvurderingen, er problemet naturligvis, at accept af konstruktionen »fællesmøde«

Anden del. Kap.VI.7.3.

mellem en adressat for en afgørelse eller en part i en retshandel umuliggør udelukkelse af kommunalbestyrelses- og udvalgsmedlemmer fra deltagelse ved anvendelse af de traditionelle habilitetsregler. Det er vanskeligt at se, hvilken selvstændig principiel betydning de øvrige kommunalbestyrelsesmedlemmers kendskab til interessen kan tillægges, idet et sådant kendskab jo må være en følge af fællesmødekonstruktionen. Når man forhandler eller i øvrigt holder møde med en part i sagen, kan man vel næppe undgå at være vidende om, at denne part er bærer af de i sagen involverede interesser. At forbeholdet om kendskabet imidlertid kan være af faktisk betydning, beror naturligvis på, at konstruktionen »fællesmøde« ikke repræsenterer nogen garanti for en formel endsige reel identifikation og adskillelse af de involverede interesser.

Dette til fællesmødekonstruktionen knyttede spørgsmål om interessernes formelle og reelle adskillelse kommer klart til udtryk i forbindelse med ombudsmandens stillingtagen til det forhold, at N.L. foruden de omtalte fællesmøder med teknisk udvalg og økonomiudvalget også deltog i nogle andre møder med teknisk udvalg. Om disse møder udtaler ombudsmanden, at de nærmest måtte karakteriseres som »*fælles forberedende*« møder om forslag til bebyggelsesplan, som kunne danne grundlag for et udkast til partiel byplanvedtægt og udstykningsplan for området. På baggrund heraf udtaler ombudsmanden: »Jeg finder *derfor* ikke, at der var anledning til at kritisere, at der ikke på disse møder blev foretaget en skarp opdeling af mødernes fællesfase og de faser, hvorunder kommunens udvalg forhandlede indbyrdes og traf beslutning om de rejste spørgsmål«.

Et mødes karakter af fællesmøde synes således i sig selv at fungere som legitimation for en svækkelse af grænsedragningen de involverede interesser imellem. Dette kan kun forklares med, at kendskab til den inhabilitetsbegrundende interesse tillægges en betydelig vægt i retning af at modificere habilitetskravene, og at fællesmødekonstruktionens anvendelse forudsætter kendskab eller forudsættes at indebære kendskab til den interesse, der er genstand for habilitetsvurderingen. Ellers er det ikke klart, hvad der for ombudsmanden er det afgørende kriterium for ikke at kræve opdeling af møderne. I den førstnævnte kategori af tilfælde spiller de øvrige medlemmers kendskab til tilknytningsforholdet/interessen en afgørende rolle for habilitetsvurderingen, jfr. formuleringen »forelå der for så vidt ikke habilitetsspørgsmål, idet det for de øvrige medlemmer måtte være klart«. I begge grupper af tilfælde synes det pågældende sagsbehandlingsstadium at

være blevet tillagt vægt (jfr. i øvrigt herom afsnit 2.3.). I den førstnævnte kategori anvendes således kriteriet »forhandling«, i den anden kategori anvendes kriteriet fælles *forberedende*«.

Det er vanskeligt at se, hvilken forskel der er tillagt begreberne »forhandling« og »fælles forberedende«. Umiddelbart synes der nærmest at være tale om synonymer. Selvom de øvrige medlemmers kendskab kun omtales for så vidt angår den førstnævnte kategori af tilfælde, betyder det næppe, at kendskab ikke også bliver tillagt betydning i den sidstnævnte kategori. I hvert tilfælde må graden af kendskab være den samme for begge disse kategorier af tilfælde.

At graden af mødernes forberedende karakter er af betydning i henseende til, hvilken vægt kendskab kan tillægges i habilitetsvurderingen, synes at fremgå af ombudsmandens bemærkninger om yderligere et møde: »Derimod er det et spørgsmål, om en sådan skarp deling ikke burde være foretaget på mødet ... Der forelå her til bedømmelse to alternative forslag til bebyggelse af området, teknisk udvalg besluttede på mødet at indstille til kommunalbestyrelsen, at det ene af forslagene - i øvrigt i overensstemmelse med udstykningskonsortiets ønsker - blev fremmet«.

Karakteristisk for dette møde i forhold til de øvrige møder er, at det udmunder i en beslutning fra udvalget. Det vil sige en indstilling til kommunalbestyrelsen. Men når ombudsmanden overhovedet kan udtrykke tvivl om det utilladelige i, at indstillingen til kommunalbestyrelsen foretages på grundlag af et fællesmøde med den adressat/part, som afgørelsen direkte berører, og som har endog meget store interesser knyttet til sagens afgørelse, kan det vel kun forklares med forudsætningen om de øvrige medlemmers *kendskab* til interesseforholdene. I forhold til udvalgets sagsbehandling som sådan kan der ikke længere opereres med en grad af forberedelse. Indstillingen til kommunalbestyrelsesbeslutning er udvalsbehandlingens typiske endemål, d.v.s. udvalgets afgørelse.*)

*) Imidlertid er den af ombudsmanden udtrykte tvivl formentlig mere tilsyneladende end reel. Ombudsmanden betragter det som en »fejl«, at det ikke af beslutningsprotokollen klart fremgår, hvorvidt X forlod mødet under sagens behandling og afstemning. Heri ligger formentlig ikke blot et udtryk for kritik af mangelfuld protokollering og behandling af habilitetsspørgsmålet, men også en tilkendegivelse af, at X ved dette møde måtte betragtes som inhabil.

Anden del. Kap.VI.7.4.

7.4. Sammenfatning

Sammenfattende kan anføres, at kravene vedrørende initiativ-, afgørelses- og oplysningspligt afgrænses på samme grundlag. Afgørende er i relation til samtlige disse krav, om det forhold, der er genstand for vurderingen i habilitetsmæssig henseende, giver anledning til *tvivl*.

Udover at kravenes efterlevelse er af processuel betydning som et led i habilitetssagens behandling, kan kravenes efterlevelse/tilsidesættelse også tillægges materiel betydning som en integreret del af habilitetsafgørelsens bedømmelsesgrundlag. Manglende efterlevelse kan således indgå som et element, der trækker i retning af inhabilitet. Som afgørende element i bedømmelsen af, om pligten i det enkelte tilfælde er tilsidesat sættes, om der i kommunalbestyrelsen eksisterer eller kan antages at eksistere *kendskab* til det tilknytningsforhold, som er habilitetsvurderingens genstand.

Kendskabet afgrænses i praksis som den blotte viden om faktum. For at indgå som et adækvat element i bedømmelsesgrundlaget bør kendskab imidlertid begrebsmæssigt afgrænses til den viden/bevidsthed, der kan antages at udspringe af og ligge til grund for en formel behandling og afgørelse af habilitetssagen. En sådan afgrænsning vil få afledt betydning for indholdet af initiativpligten. Dennes efterlevelse må således sædvanligvis fordrer initiering af habilitetsspørgsmålets *formelle* i modsætning til *stiltiende* behandling og afgørelse. Initiativpligt af dette indhold må foreligge med hensyn til alle faktiske forhold, som i habilitetsmæssig henseende er tvivlsomme.

7.4.1. Om mulighederne for formalisering af initiativ-, afgørelses- og oplysningspligten

Udover de i forbindelse med den fremførte kritik indbyggede forslag til korrektion af retstilstanden, kunne en yderligere opstramning/formalisering af initiativ- og oplysningspligten overvejes i lyset af de i engelsk ret gældende regler herom.

Regler herom er optaget i LGA (s. 94, 98, 105 og 117), hvorefter ethvert kommunalbestyrelsesmedlem, som har en direkte eller indirekte økonomisk interesse, har pligt til *disclosure* i forhold til enhver direkte eller indirekte økonomisk interesse - når denne ikke er remote or insignificant »in any matter which is before the authority«. Pligten til konkret disclosure gælder imidlertid ikke i tilfælde, hvor der er givet »a general written notice«. Udover den ovenfor ... anførte almindelige pligt til at give meddelelser så hurtigt som muligt efter

mødets påbegyndelse eksisterer der således en ret og - i forhold til visse interesser/forbindelser - en pligt til at give en almindeligt holdt skreven (forhånds)meddelelse om inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold. Denne meddelelse er tilstrækkelig til at statuere inhabilitet i sager, der kommer op efter tidspunktet for indrykningen i den særlige bog, der eksisterer med henblik på registrering af økonomiske interesser (*Halsbury's Laws of England* § 1111 s. 519)

Et kommunalbestyrelsesmedlem kan således foretage en almindelig anmeldelse af sine interesser eksempelvis i et konkret firma, selskab etc. En sådan almindelig anmeldelse er tilstrækkelig opfyldelse af oplysningspligten. Hermed er imidlertid ikke sagt, at anmeldelsen ikke skal være detaljeret og udtømmende (*Garner: Administrative Law, fifth edition 1979 s. 408*).

Interessetyperne omfattet af den almindelige pligt til skriftlig meddelelse er nøje opregnet (*Halsbury's op.cit. s. 519 note 2*). Som eksempel anføres aktiebesiddelse i selskaber eller lejemål i kommunalt byggeri.

At der er tale om en generel pligt til at oplyse visse typer af interessetilknytningsforhold, uafhængigt af om der foreligger sager, i forhold til hvilke sådanne oplysninger kan være af relevans, fremgår af bestemmelsens offentlighedsregler. Disses mening er at give de øvrige kommunalbestyrelsesmedlemmer grundlag for i god tid og i almindelighed at kunne bedømme de øvrige medlemmers habilitetsmæssige stilling i aktuelle og fremtidige sager. Den generelle eller konkrete registrering fritager for yderligere oplysningspligt. »A general notice given in writing to the clerk of the council by a member disclosing his interest or that of his spouse as a member, or in the employment of a specified company or other body, or as a partner, or in the employment of a specified person or that he or his spouse is a tenant of any premises owned by the council, is deemed to be a sufficient disclosure of his interest in any contract, proposed contract, or other matter relating to that company, or other body, or person, or premises which may be the subject of consideration after the date of the notice. On compliance with this provision, disclosure at a meeting of the council of such an interest in a contract or other matter is thereafter unnecessary«.

Det er ikke blot de generelle registreringer men også de konkrete oplysninger/angivelser fremkommet under eller forinden mødet, der føres til protokols. »The clerk of the council is required to keep a register of disclosures made at meetings of the council, and also of the general notices above referred to. The register must be open at all reasonable hours to the inspection of any member of the council. Appropriate forms and registers may be obtained from ...« (*Op.cit. s. 111*).

Selv om en ordning af den anførte karakter utvivlsomt vil møde modstand bl.a. begrundet i hensynet til det enkelte kommunalbestyrelsesmedlems

Anden del. Kap. VI.8.

»privatliv« etc., synes en grad af almindelig (forhånds)registrering at rumme en række fordele. Det enkelte kommunalbestyrelsesmedlem vil således på et tidligt tidspunkt få overblik over og blive bevidst om den habilitetsmæssige relevans af egne interesser. Hertil kommer, at hele kommunalbestyrelsen og omverdenen vil få et samlet billede af de i kommunalbestyrelsen repræsenterede interessekonstellationer, hvilket udover at foregribe tilfælde af speciel og generel inhabilitet også giver mulighed for i god tid at danne sig indtryk af latente interesser, d.v.s. interesser som nok ikke på registreringstidspunktet er inhabilitetsbegrundende, men som alligevel kan influere på det enkelte medlems habilitetsrelevante adfærd, og - måske især - give de øvrige kommunalbestyrelsesmedlemmer et kendskab, som i sig selv vil kunne neddæmpe eller afskære en given interesses påvirkningsmulighed.

8. Sammenfatning og vurdering

Hvad enten habilitetsbedømmelsen har sit grundlag i spørgsmålet om graden af tilknytning, interessens materielle karakter eller omfang, kan det fastslås, at retsgrundlaget, som det anvendes i en del af praksis, fuldt ud synes indrettet på at sikre den optimale habilitetsmæssige regulering i overensstemmelse med de til grund for habilitetskravene liggende hensyn. Det samlede billede af retstilstanden er imidlertid langt fra éntydigt, hvorfor en vurdering af rets- og bedømmelsesgrundlagets rækkevidde må foretages på grundlag af den samlede praksis under hensyntagen til den vægt de enkelte dele af denne kan antages at have. På denne baggrund falder det i øjnene, at praksis rummer klare tendenser i retning af at lade bedømmelselementer vedrørende sagsbehandlingsstadier, den primære afgørelses form, dobbeltroller og maskeskift etc. danne grundlag for en afgørende slækkelse af reguleringsintensiteten, som i hvert tilfælde delvis er i strid med (hidtidig) gældende teori, og som i hvert tilfælde forekommer inadækvat i forhold til garanti- og tillidshensynet. Helt på linje - og i snæver sammenhæng hermed - ser man tendenser i retning af at indskrænke habilitetskravenes rækkevidde på grundlag af konstruktioner vedrørende interessens materielle karakter, som såvel i forhold til tillids- som garantihensynet må betragtes som opsigtsvækkende. Tendensen understreges af, at den omhandlede praksis også omfatter tilfælde, hvor den primære sags genstand har karakter af kommunal myndighedsudøvelse.

Bedømmelsesgrundlagets karakter af konkret interessevurdering kommer bl.a. til udtryk som en høj grad af relativitet i henseende til såvel de enkelte bedømmelseselementers indhold som deres indbyrdes forhold. De retsanvendende myndigheder synes således i betydeligt omfang at kunne bestemme habilitetsafgørelsens resultat i valget mellem *hvilke* elementer der i det enkelte tilfælde skal inddrages i bedømmelsesgrundlaget samt i valget af de enkelte elementers *indhold*, og især den indbyrdes kombination og *vægtfordeling* de enkelte elementer imellem. Tager man eksempelvis udgangspunkt i rets- og bedømmelsesgrundlaget, som det fremtræder i den mere intensivt regulerende del af praksis, kan det konstateres, at der principielt - d.v.s. med forbehold af oplysnings- og bevismæssige begrænsninger knyttet til klarlæggelsen af faktum - eksisterer vidtgående muligheder for at foregribe såvel manifeste som latente interessekonflikter. Er udgangspunktet derimod den samlede praksis for området, eksisterer der imidlertid også betydelige muligheder for at eliminere den intensive regulerings-effekt ved hjælp af de beskrevne konstruktioner vedrørende sagsbehandlingsstadier, dobbeltroller/maskeskift etc. Og skulle det endelig vise sig umuligt at legitimere interessen på grundlag af kriterier for graden af tilknytning tilbagestår betydelige muligheder for at skære igennem ved at klassificere interessen som materielt lovlig, hvilket som påpeget både lader sig gennemføre på grundlag af konstruktioner vedrørende interessens udbredelse som ved simpelthen at klassificere interessen som materielt lovlig *sui generis*.

Vurderet på grundlag af den mest vidtgående tendens til indsnævring af habilitetskravenes rækkevidde synes udviklingen nærmest at gå i retning af en begrænsning af habilitetskravene til alene eller hovedsageligt at omfatte vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems egen interesse i snæver forstand. Set i dette perspektiv er afgørelsernes udsagn om, at der »ikke er tale om væsentlige og/eller økonomiske interesser for de pågældende« måske ikke blot udtryk for den manglende forekomst af sådanne interesser men også et positivt udtryk for at eksistensen af en egeninteresse i snæver forstand er en nødvendig betingelse for at statuere inhabilitet. Et forhold som i øvrigt skal ses i sammenhæng med den påpegede tendens til at indsnævre begrebet personlig økonomisk interesse på grundlag af konstruktioner vedrørende interessens udbredelse som udtryk for den materielle lovlighed.

Det anførte skal ses i sammenhæng med, at der ikke synes at eksistere en

Anden del. Kap.VI.8.

nødvendig sammenhæng mellem interessekonfliktens alvor og en i forhold hertil afstemt forholdsmæssig reguleringsintensitet. Således anvendes de anførte vide muligheder for at statuere habilitet også i forhold til miljøsa-ger af den alvorligste karakter. I en sammenhæng hvor der med stedse større vægt peges på de alvorlige perspektiver for miljøbeskyttelsen i almindelighed og kommunernes kontrol og tilsynssvigt i særdeleshed, synes afgørelser som statuerer habilitet på grundlag af hårtrukne og i hvert tilfælde ikke tvingende konstruktioner vedrørende graden af tilknytning og interessens materielle karakter særligt bemærkelsesværdig. Hertil kommer så, at den kommunale sagsbehandling i det mest markante tilfælde tilsyneladende har været kendetegnet af en række notoriske ulovligheder. Hvor man med udgangspunkt i de anførte hensyn måtte forvente, at de involverede interessers tungtvejende karakter og kommunalbestyrelsens manglende evne eller vilje til håndhævelse af gældende ret, ville trække habilitetsbedømmelsen i retning af intensiv regulering, ser man modsat, at reguleringen slækkes på et grundlag, som i hvert tilfælde må placeres i retsgrundlagets yderkant. På den baggrund fylder det ikke meget, når tilsynsmyndighederne - helt efter bogen - betjener det tunge skyts over for et menighedsrådsmedlems habilitet i en sag om byggetilladelse til kirkebyg-geri!

Et samlet billede af den behandlede praksis giver således indtryk af en til spaltning grænsende spænding mellem på den ene side retsopfattelser, som afspejler traditionelle forestillinger om afskæring af private (økonomiske) interesser fra indflydelse på den kommunale beslutningsproces, og på den anden side retsopfattelser, som er udtryk for nedbrydning af de habilitets-mæssige grænser for sammenblandingen af offentlig forvaltning og lokale erhvervsinteresser. For så vidt kan man sige at retstilstanden er uafklaret. Når der alligevel kan tales om en udviklingstendens i den påpegede retning, beror det på, at de anførte tilfælde er af nyere dato, samt at indenrigsministeriet - under betydelig offentlig interesse - er involveret.

KAPITEL VII

Specielle habilitetskrav vedrørende kommunale ansættelsesforhold

Indledning

Spørgsmålet om kommunale ansættelsesforholds betydning for kommunalbestyrelsesmedlemmers specielle habilitet opstår naturligvis kun i det omfang, kommunal ansættelse ikke udelukker fra medlemskab af kommunalbestyrelse og udvalg, jfr. herom kap. VIII. Bortset fra stillingen som kommunaldirektør (kæmner) anses kommunal ansættelse ikke i dansk ret for uforenelig med medlemskab af kommunalbestyrelsen.*)

Da som anført i kap. V hverken den kommunale styrelseslov eller forvaltningsloven yder noget egentligt materielt bidrag til den nærmere bestemmelse af de specielle habilitetskrav vedrørende kommunalt ansatte, og da eksistensen af sådanne krav er almindeligt anerkendt i praksis, og samtidig af de retshåndhævende myndigheder i vidt omfang forudsættes at være materielt unormeret, således at habilitetsafgørelsen må træffes på grundlag af konkrete interessevurderinger, må den nærmere bestemmelse af kravenes indhold foretages på grundlag af de almindeligt antagne kriterier for eksistensen af en inhabilitetsbegrundende interesse.

*) I tysk og engelsk ret er dette spørgsmål ganske elimineret, idet kommunal ansættelse udelukker fra valg til kommunalbestyrelsen, jfr. kap. VIII med henvisninger. I norsk ret er udgangspunktet som i dansk ret, at kommunal ansættelse ikke udelukker fra medlemskab af kommunalbestyrelsen. Spørgsmålet om speciel habilitet i kommunalbestyrelsen var indtil 1977 reguleret ved kommunelovens § 15. Spørgsmålet ses ikke at have tiltrukket sig nogen særlig opmærksomhed i litteraturen. I svensk ret er kommunens/landstingskommunens og länsstyrelsens ledende tjenestemænd udelukket fra valg til kommunen/landstingskommunen, jfr. KL 2. kap. § 4 og 3. kap. § 3, 1. stk.

For så vidt angår spørgsmålet om kommunal ansættelses betydning for medlemskab af de stående udvalg og økonomiudvalget, se nedenfor kap. VIII.

Anden del. Kap.VII.

Hensynene, der ligger til grund for den habilitetsmæssige regulering af kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet, er i hovedsagen identiske med de i kap. VI angivne. Imidlertid er den nærmere bestemmelse af hensynenes præcise indhold og relative vægt i bedømmelsesgrundlaget som anført afhængig af den interessetype, som er reguleringens genstand. De her omhandlede habilitetskrav omfatter interesser, hvis grundlag er det kommunale lønmodtagerforhold. Dette lønmodtagerforhold er som tilknytningsgrundlag kendetegnet ved konstans og præsumptiv loyalitet over for kommunale interesser. Denne loyalitet kan såvel komme i konflikt med vedkommende kommunalt ansattes egne personlige/økonomiske interesser, som disse udspringer af ansættelsesforholdet, som i identifikation med andre kommunalt ansattes tilsvarende interesser. Men herudover kan interessekonfliktens grundlag også være den kommunale forvaltnings og den enkelte institutions interesser i forhold til hvilke den kommunalt ansatte betragtes som repræsentant.

Hensynene, der ligger til grund for inhabilitet som følge af den kommunalt ansattes personlige/økonomiske interesser, er naturligvis identiske med hensynene, der ligger til grund for habilitetskravene vedrørende private/økonomiske interesser i øvrigt, jfr. ovenfor kap. IV og V. Hvad derimod angår de kommunalt ansattes interesser af ikke personlig/økonomisk karakter, herunder interesser som kan henføres til kommunale institutioner som sådanne, er reguleringens genstand som anført kap. V ikke interesser, som – uafhængigt af habilitetskravene – korresponderer med ulovlige hensyn, men interesser hvis materielle ulovlighed har sit grundlag i selve habilitetsreglen. Denne del af habilitetsreguleringen kan udelukkende henføres til kommunalretten og må som sådan kategoriseres som en integreret del af den kommunale forfatning. Reguleringens afgørende sigte er at sikre kommunalbestyrelsens autonomi ved at afskære den kommunale forvaltning fra uautoriseret indflydelse på den kommunale beslutningsproces.

I retssikkerhedsmæssig henseende er de omhandlede habilitetskrav karakteristiske ved i vidt omfang at vedrøre afgørelser af intern karakter. Men som anført i kap. III kan der ikke uden videre sluttes fra den primære afgørelses interne karakter til, at der ikke foreligger spørgsmål om retssikkerhed i snæver forstand. Interne afgørelser kan således og vil faktisk i vidt omfang berøre kommunalt ansatte enkeltpersoners forhold. Som følge heraf vil tilfældegrupper som i særlig grad implicerer retssikker-

hed i snæver forstand, fordi den primære sag vedrører ansættelse eller afskedigelse, blive udskilt til særlig behandling i afsnit 3.

Som anført må en interesse for at være inhabilitetsbegrundende være af *særlig* i modsætning til *almen* karakter. Den nærmere bestemmelse af interessen i overensstemmelse hermed kan både foretages på grundlag af tilknytningsgraden og/eller interessens materielle karakter. Bortset fra tilfælde, hvor interessen materielt lader sig beskrive i termer af umiddelbar operativ relevans, må interessens materielle klassifikation i vidt omfang foretages på grundlag af forbindelsen mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den primære sag.

Til brug for beskrivelsen og analysen heraf kan man for den her omhandlede interessetype opstille en skala over forskellige tilknytningsgrader:

- a) Den primære sag berører vedkommende ansatte direkte personligt.
- b) Den primære sag berører vedkommendes ansættelsessted og dets andre ansatte.
- c) Den primære sag berører vedkommendes ansættelsessted uden at berøre de ansatte personligt.
- d) Den primære sag berører den pågældende forvaltningsgren uden at berøre vedkommendes ansættelsessted.

Jo længere man bevæger sig ned ad denne skala, som naturligvis kan nuanceres i det uendelige, des mere indirekte bliver forbindelsen mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den primære sag. Og jo mere indirekte forbindelsen bliver, desto mere usikkert er det, om der foreligger en inhabilitetsbegrundende interesse. Og i jo større omfang der statueres inhabilitet på grundlag af skalaens nedre trin, jo mere intens er habilitetsreguleringen i forhold til den omhandlede interessetype. Skalaen er også udtryk for den snævre sammenhæng, der eksisterer mellem graden af tilknytning og interessens materielle karakter. På et vist nedre punkt bliver forbindelsen så indirekte, at den af tilknytningsforholdet udspringende interesse ikke længere kan betegnes som særlig. Den i forbindelsen funderede interesse må nu karakteriseres som almen. Jo mere indirekte forbindelsen således er, des mere almen bliver den af forbindelsen udspringende interesse.

Analysen af praksis vil i det følgende til dels blive systematiseret i overensstemmelse med denne skala af tilknytningsgrader, således at

Anden del. Kap.VII.1

fremstillingen bevæger sig fra tilfælde, hvor der statueres inhabilitet på grundlag af meget beskedne krav til grupper af tilfælde, hvor inhabilitet fordrer stedse højere grader af forbindelse mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den primære sag. Herudover – og i snæver forbindelse hermed – vil også blive inddraget spørgsmålet om egentlig materielle kriteriers placering i bedømmelsesgrundlaget.

1. Struktursager

Selv om det lægges til grund, at den faktiske grad af tilknytning mellem det kommunalbestyrelsesmedlem, som er habilitetsspørgsmålets genstand og en given sag principielt må bero på en konkret vurdering af sagens samlede omstændigheder, vil den primære afgørelses generelle eller konkrete form abstrakt anskuet være udtryk for en grad af tilknytning, der lader sig indpasse i den ovenfor anførte skala af tilknytningsgrader. Således indicerer den generelle afgørelses form alt andet lige en svagere grad af forbindelse end sager, som konkret retter sig direkte til vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem.

I overensstemmelse hermed skulle formodningen være imod inhabilitet i forhold til de såkaldte *struktursager*.

Som følge af strukturbegrebets centrale placering i bedømmelsesgrundlaget, vil analysen af praksis blive indledt med en nærmere bestemmelse af strukturbegrebets indhold.

1.1. Strukturbegrebets indhold

Udskillelsen af struktursager kompliceres af den omstændighed, at strukturbegrebet rummer bestanddele vedrørende såvel den primære afgørelses form som dens materielle indhold, som ofte vanskeligt lader sig udskille. En udsondring af strukturbegrebets formelle og materielle bestanddele er imidlertid af betydning, fordi den primære sags materielle karakter af strukturspørgsmål med vekslende styrke har normeret habilitetsafgørelsen i praksis, og fordi ikke alle (generelle) sager af almindelig betydning, for den kommunale forvaltning eller større dele af denne kan betegnes som struktursager.

Struktursagen er karakteristisk ved som sin genstand at have indretningen af en *forvaltningsgren*. I den forstand er strukturafgørelsen af generel

karakter. Som sager, der begrundet i deres konkrete indhold ikke er omfattet af strukturbegrebet, kan anføres sådanne, der specielt vedrører et *ansættelsessted*.

Denne afgrænsning af strukturbegrebet træder klart frem i de af praksis opstillede grundsætninger vedrørende kommunalt ansattes habilitet. Jfr. således en tilsynsrådsudtalelse, hvori det vedrørende omfanget af speciel habilitet udtales, at en lærer »i meget vidt omfang vil være inhabil ved byrådets og udvalgets behandling af skolesager, *formentlig i næsten alle sager, der specielt vedrører den skole, på hvilken han er ansat men også i betydeligt omfang i sager, der vedrører mere generelle skolespørgsmål, f.eks. strukturspørgsmål*« (TR fyn 1979-089-431-9-3 af 7. juni 1979. Og samme tilsynsråd 1979-089-431-9-5 af 10. januar 1980). Struktursagen er således af generel karakter, men ikke alle generelle sager er struktursager. Og det anførte udelukker ikke, at strukturafgørelsen efter sit indhold direkte retter sig mod en enkelt blandt flere ansættelsessteder, når blot afgørelsen er af en vis afledt/indirekte betydning for gruppen af ansættelsessteder, der henhører under den pågældende forvaltningsgren. Strukturafgørelsen kan således i sin form fremtræde som konkret, når blot den i henseende til sit indhold kan karakteriseres som generel.

Strukturbegrebets særlige materielle indhold fremtræder klart i en sag vedrørende spørgsmålet, om en lærer er inhabil ved kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af klassekvotienten ved kommunens skolevæsen. I sagen anføres den antagelse, »at en lærer er inhabil i forhold til spørgsmål om kommunens skolestruktur, *hvilket vil sige de funktioner, som kommunens skole har i dag og fremover, herunder også det indbyrdes forhold mellem skolerne*«.

Spørgsmålet om, hvorvidt klassekvotienten skal være 24 eller 28, er naturligvis af generel betydning for samtlige kommunens skoler (ansættelsessteder). Kommunens borgmester mener herudover, at sagen har karakter af strukturspørgsmål, »idet en lavere klassekvotient uvægerligt medfører øget ansættelse af lærere og en hurtigere udbygning af kommunens skoler«. Tilsynsrådet kontakter en amtsskolekonsulent med henblik på at få oplyst »om klassekvotienten på nogen måde kan siges at have betydning for *skolestrukturen* ...«. Dette anses af spørgeren for at være en ret nærliggende tanke, »idet nedsættelse af antal elever i klassen kan medføre et forøget antal klasser og eventuelt en udbygning af skolerne«. Amtsskolekonsulenten anfører som sin opfattelse »at kun i helt ekstreme tilfælde kan en nedsættelse af klassekvotienten bevirke en ændring af skolestrukturen, og at en ændring af klassekvotien-

Anden del. Kap.VII.1.2.

ten nærmest må betragtes som en ændring af kommunens serviceniveau«. Amtsfuldmægtigen tilknyttet tilsynsrådet udtaler hertil, at selv om amtsskolekonsulenten oplyser, at en nedsættelse af klassekvotienten kun i særlige tilfælde vil bevirke en ændring af skolestrukturen må man dog give borgmesteren ret i, »at en lavere klassekvotient alt andet lige må føre til en øget ansættelse af lærere og eventuelt også til en hurtigere udbygning af kommunens skoler ...«.

1.2. Struktursagen som udelukkende inhabilitetsgrund

I medfør af den ovenfor anførte skala er det udtryk for den højeste grad af intensitet at statuere inhabilitet på grundlag af tilknytningsgrader, som er karakteriseret ved, at struktursagen i sin helhed klart er uden betydning for vedkommende ansatte personligt og dennes ansættelsessted.

Dette er tilfældet i en sag, som vedrører to kommunalbestyrelsesmedlemmers deltagelse i beslutninger om den kommunale skolestruktur (TR Nordjylland 089-5-90-1-1976). De pågældende, en lærer og en pedel er ansat ved en af kommunens tre skoler.

Den første afgørelse de deltager i vedrører spørgsmålet, om der som en forsøgsordning skal oprettes 8. og 9. klasse ved den ene af de to skoler, til hviken de *ikke* er knyttet ved ansættelse.

Tilsynsrådet anser dem begge for inhabile og henviser i forbindelse hermed til en grundsætning om, at *»et kommunalbestyrelsesmedlem, som gør tjeneste ved kommunens skolevæsen må anses for udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af og afstemning om spørgsmål, der vedrører skolestrukturen i kommunen«* (skrivelse af 8. februar 1977).

Tilsynsrådets bedømmelsesgrundlag fremtræder og fungerer således som en regel, der med hensyn til afgrænsningen af de centrale bedømmelseselementer er ganske klar og udtømmende. For så vidt angår ansættelsesforholdets art og indhold er det tilstrækkeligt, at man *»gør tjeneste«*. En hvilken som helst tilknytning, der bygger på ansættelse, synes omfattet. Der tages ikke noget forbehold med hensyn til stillingens funktionelle beskaffenhed (lærer/pedel).

For så vidt angår afgrænsningen af det ansættelsesområde, i forhold til hvilket det pågældende spørgsmål skal være af betydning, fordres blot, at ansættelsesforholdet relaterer sig til *»kommunens skolevæsen«*.

Hvad endelig angår det materielle indhold af den sag, i forhold til hvilken vedkommendes habilitet vurderes, fordres blot at det vedrører *»skolestrukturen i kommunen«*.

Tilsynsrådet opstiller således en klart afgrænset og vidtrækkende habilitetsgrundsætning, som er udtryk for en høj formaliseringsgrad, idet der ikke med hensyn til det her angivne indhold synes at være mulighed for en konkret vurdering af de involverede interessers art og omfang.

Indenrigsministeriet tilslutter sig tilsynsrådets opfattelse af, at der foreligger en retlig mangel, idet ministeriet udtaler, at det ikke »har fundet fornødent grundlag for at bestride den af tilsynsrådet tilkendegivne opfattelse« (IM 1976/1131/1600-23 af 17. juni 1976).

Med denne negative formulering undgår indenrigsministeriet at tage stilling til de enkelte bestanddele i den af tilsynsrådet tilkendegivne retsopfattelse. Imidlertid giver sagens videre forløb mulighed for i højere grad at afklare indenrigsministeriets forhold hertil, jfr. nedenfor s. ...

Som et andet tilsvarende eksempel kan anføres en sag, som for det første vedrører spørgsmålet, om to kommunalbestyrelsesmedlemmer, der er ansat i kommunens social- og sundhedsforvaltning, er afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afstemning i visse sager om normering af stillinger i den pågældende forvaltning. For det andet vedrører sagen spørgsmålet, om et medlem af kommunalbestyrelsen, der er ansat som lærer ved kommunens skolevæsen, er afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af og afstemning i en sag om overbygning ved en af kommunens skoler (IM 1975/12012/1604-1 af 17. juni 1976).

Tilsynsrådet udtaler med hensyn til begge disse spørgsmål, at alle tre byrådsmedlemmer er inhabile »uagtet de trufne afgørelser ikke umiddelbart ville påvirke deres løn- og ansættelsesforhold – dog under hensyn til de omhandlede sagers *ikke uvæsentlige betydning for de forvaltningsgrene, hvori de pågældende forretter tjeneste* må antages at have haft en sådan interesse i sagernes afgørelse ...«.

Begrebet »forvaltningsgren« repræsenterer som anført en bredere afgrænsning af det relevante ansættelsesområde end begrebet *ansættelsessted*. Tilsynsrådet opererer således med et retsgrundlag, som gør det muligt at statuere inhabilitet i forhold til spørgsmål, som hverken er af betydning for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem personligt eller vedkommendes ansættelsessted. En sådan bred afgrænsning af inhabilitetsbegrundende tilknytnings/interessekriterium må også anses som en nødvendig forudsætning for at statuere inhabilitet i forhold til i hvert tilfælde det ene af de to forelagte spørgsmål.

For så vidt angår spørgsmål om personalenormering i den sociale og

Anden del. Kap.VII.1.2.

sundhedsmæssige forvaltning er der tale om en afledt virkning af bistandslovens ikrafttræden den 1. april 1974. Der skulle i forbindelse hermed tages nærmere stilling til antallet af stillinger og de med disse forbundne kvalifikationer. Et sådant spørgsmål om de personalemæssige ressourcer er formentlig af, omend muligvis indirekte, betydning for de pågældendes ansættelsessteder.

Medens dette tilfælde således lader sig omfatte af et bedømmelsesgrundlag, der bygger på et snævrere afgrænset interessekriterium end det af tilsynsrådet formulerede, repræsenterer tilsynsrådets afgørelse om lærerens habilitet et klart eksempel på, at der statueres inhabilitet i forhold til spørgsmål, som end ikke berører vedkommendes ansættelsessted.

Kommunalbestyrelsen påklager tilsynsrådets afgørelse til indenrigsministeriet, fordi kommunalbestyrelsen finder, »at de pågældende medlemmer ikke var inhabile, da byrådet mente, at de behandlede sager ikke ville påvirke deres løn- og ansættelsesforhold«.

At det pågældende strukturspørgsmål er uden betydning for vedkommende lærers ansættelsessted fremgår også klart af grundlaget for indenrigsministeriets afgørelse. Indenrigsministeriet anfører, at kommunen for tiden har tre overbygninger, men at man overvejer at etablere en fjerde. Det oplyses i denne forbindelse, at »den pågældende lærer forretter tjeneste ved en af de skoler, *der i forvejen har overbygning*«.

Indenrigsministeriet forholder sig eksplicit til spørgsmålet om bedømmelsesgrundlagets indhold, idet ministeriet sanktionerer tilsynsrådets afgørelse med en negativ formulering om, »at indenrigsministeriet ikke i de foreliggende oplysninger har fundet fornødent grundlag for at bestride den af tilsynsrådet ... tilkendegivne opfattelse«.

Men at indenrigsministeriet også direkte, d.v.s. uden tilsynsrådets mellemkomst, har opereret med en tilsvarende retsopfattelse, synes at fremgå af en tidligere sag, om en skoleinspektør ved X skole kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag om kommunens fremtidige skolestruktur (IM 1972 /1209/0802-1 af 6. juni 1972).

Det oplyses, at kommunalbestyrelsen skal træffe beslutning om placering af den eneste overbygning inden for kommunens skolevæsen, og at både X skole og Y skole kan komme i betragtning. Det oplyses endvidere, at overbygningens eventuelle placering på X skole ikke vil medføre ændringer i vedkommende skoleinspektørs lønmæssige indplacering.

Indenrigsministeriet udtaler, at vedkommende, »som følge af sin stilling

som skoleinspektør ikke kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af sager om placering af overbygningen inden for kommunens skolevæsen«.

Denne formulering synes at pege i retning af et retsgrundlag, hvorefter kommunalt ansatte (eventuelt betinget af en vis hierarkisk status) ikke kan deltage i behandlingen af struktursager vedrørende den forvaltningsgren til hvilken de hører. Det er imidlertid ikke muligt med sikkerhed at afgøre, om indenrigsministeriet alene har bygget sin afgørelse på en sådan retsopfattelse, hvorefter den primære sags materielle karakter af strukturspørgsmål er afgørende, og/eller om graden af tilknytning tillige har været tillagt betydning. Selv om den af indenrigsministeriet formulerede retssætning i sin generelle form således synes at have almen gyldighed uafhængigt af den pågældende sags konkrete omstændigheder, er der dog knyttet den usikkerhed hertil, at sagens genstand er placeringen af skolevæsenets eneste overbygning. Og som den ene placeringsmulighed nævnes netop den skole ved hvilken vedkommende er ansat.

Imidlertid er en retsopfattelse, hvorefter sagens materielle karakter af strukturspørgsmål i sig selv – d.v.s. uafhængigt af spørgsmålet om graden af tilknytning – begrunder inhabilitet, også blevet udtrykt eksplicit af indenrigsministeriet i en nyere sag, der vedrører spørgsmålet om en overlærer kan deltage i kommunalbestyrelsens debat om samlæsning efter folkeskolelovens § 8, stk. 3 (IM 1978/123/1426-2 af 26. juni 1978).

Indenrigsministeriet udtaler, at det anser vedkommende for inhabil, idet kommunalbestyrelsens beslutning dels måtte antages at ville få betydning for omfanget af undervisningen ved den pågældende skole, hvor den pågældende var ansat, *dels at beslutningen måtte forudsætte en debat om kommunens skolestruktur på det undervisningsmæssige område.*

Indenrigsministeriet udtaler sig i øvrigt principielt om de her behandlede spørgsmål foranlediget af en forespørgsel fra Århus kommune om nærmere at præcisere de regler, ministeriet anser for gældende med hensyn til kommunalt ansattes specielle habilitet i sager, »der vedrører den *forvaltningsgren*, hvorunder de pågældende er ansat« (IM 1978/123/1426-2 af 26. juni 1978).

Baggrunden for kommunalbestyrelsens ønske om præcisering er en indenrigsministeriel skrivelse af 5. maj 1971 (IM 1971/1209 /1514-1), hvori det udtales, at »det forhold, at en person er kommunalt ansat, antages ikke at udelukke den pågældende fra medlemskab af kommunalbestyrelsen.

Anden del. Kap.VII.1.2.

Derimod vil den pågældendes ansættelsesforhold bevirke, at han (som i økonomiudvalget) må anses for udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af og afstemning i sager, *der vedrører den forvaltningsgren (og altså ikke blot hans eget arbejdsområde), hvorunder han er ansat*«.

Indenrigsministeriet udtaler hertil, at man er enig med kommunalbestyrelsen i, at den citerede del af denne skrivelse »... i hvert fald isoleret set synes at give udtryk for en mere restriktiv holdning, end hvad der måtte anses for gældende ret med hensyn til kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet ved behandlingen af sager, der vedrører det forvaltningsområde, hvorunder De er ansat«. Ministeriet anfører yderligere, at spørgsmålet om, hvorvidt der i en given sammenhæng foreligger en inhabilitetsbegrundende interesse efter ministeriets opfattelse må afgøres »ud fra en konkret vurdering af omstændighederne i det enkelte tilfælde«. Dette anfører ministeriet »må også være gældende, når det drejer sig om at afgøre, om et kommunalbestyrelsesmedlem, der er ansat i kommunens tjeneste, er afskåret fra at deltage i behandlingen af en sag, der vedrører den forvaltningsgren, hvori den pågældende er ansat«.

Denne forudsætning om bedømmelsesgrundlagets karakter af konkret interessevurdering modificeres dog umiddelbart derefter af indenrigsministeriet med dettes opstilling af følgende formodningsregel: »Det må dog anføres, at ansættelse i en af kommunens forvaltningsgrene *generelt set er egnet til at vække en vis tvivl om, hvorvidt den pågældendes stillingtagen i en sag, der vedrører denne forvaltningsgren, vil være baseret på saglige hensyn*«.

Herefter udtaler indenrigsministeriet på grænsen til det selvmodsigende, at »det følger af det netop sagte, at det næppe vil være muligt *i generelle vendinger* at fastlægge retningslinjer for afgørelsen af spørgsmålet om inhabilitet hos kommunalbestyrelsesmedlemmer, der er ansat i kommunens tjeneste«.

For at gøre modsigelsen fuldkommen opstiller indenrigsministeriet herefter nogle retningslinjer af ret så håndfast karakter. »Til støtte for byrådet kan man dog pege på nogle situationer, *hvor der som regel vil være en konkret anledning til at statuere inhabilitet ...*«. Der peges i denne forbindelse bl.a. på tilfælde, »hvor den afgørelse, det drejer sig om, vedrører opbygningen af den del af forvaltningen, hvori den pågældende er ansat«.

Med hensyn til afgrænsningen i forhold til struktursager udtaler inden-

rigsministeriet, at det på samme måde er et spørgsmål, om »en konkret vurdering, hvorvidt et kommunalbestyrelsesmedlem, der er ansat som overlærer ved en af kommunens skoler, har en sådan interesse i en beslutning, der antages at ville få betydning for omfanget af undervisningen ved den skole, hvor den pågældende er ansat, og som forudsætter en debat om kommunens skolestruktur på det undervisningsmæssige område, at vedkommende bør erklæres for inhabil«.

I den anførte sag har tilsynsrådet statueret inhabilitet med følgende udtalelse: »Da der er tale om en debat om kommunens skolestruktur på det undervisningsmæssige område, og da udfaldet af den omhandlede sag må antages at ville kunne få betydning for omfanget af undervisningen på den skole, hvor den pågældende er ansat ...«.

Tilsynsrådet har således kumuleret spørgsmålene om sagens karakter af strukturspørgsmål og graden af tilknytning, hvorfor det ikke er muligt på grundlag heraf at konstatere, om sagens materielle karakter af strukturspørgsmål i sig selv kunne have båret den trufne afgørelse.

Tilsvarende usikkerhed knytter sig til formuleringen af indenrigsministeriets indledningsvis anførte sanktionering af tilsynsrådets afgørelse.

At den anførte retsopfattelse så sent som i 1979 har været lagt til grund af tilsynsråd som udtryk for en almindeligt gældende på praksis funderet retsgrund sætning, skal anføres en sag vedrørende spørgsmålet om to læreres habilitet ved kommunalbestyrelsens behandling af forslag til udbygningsplan for folkeskolen og fritidsundervisningen i kommunen (TR Storstrøm 089-367-99-4-1978 af 12. februar 1979).

Den ene lærer er ansat ved X skole, den anden ved Y skole. Sidstnævnte har de fleste af sine timer på et fælleskommunalt skolepsykologisk kontor. Ingen af lærerne har ledende stillinger ved skolevæsenet. Kommunalbestyrelsens flertal er af den opfattelse, at de ikke er inhabile.

Tilsynsrådet statuerer derimod inhabilitet. Som grundlag herfor henvises direkte til en på praksis funderet regeldannelse. Tilsynsrådet udtaler således, at rådet »*under hensyn til den hidtidige praksis* i sager om læreres habilitet som byrådsmedlemmer ved byrådets behandling af sager vedrørende skolevæsenet ...« må anse den pågældende for inhabil.

På baggrund af denne eksplicit udtalte høje grad af formalisering forekommer det nærmest selvmodsigende, at tilsynsrådet på kommunalbestyrelsens anmodning om vejledning med hensyn til »fremtidige lignende sager« udtaler, at »der ikke kan fastsættes generelle retningslinjer herfor,

Anden del. Kap.VII.1.2.1.

men spørgsmålet må afgøres ud fra en konkret vurdering af omstændighederne i den enkelte sag«.

1.2.1. Strukturbegrebets dominans i sager af sammensat karakter

At indenrigsministeriets ovenfor omtalte afgørelse, i hvilken der statueres inhabilitet med henvisning til, at kommunalbestyrelsens beslutning, *dels* måtte antages at ville få betydning for omfanget af undervisningen ved den skole, hvor den pågældende var ansat, *dels* at beslutningen måtte forudsætte en debat om kommunens skolestruktur på det undervisningsmæssige område, virkelig kan opfattes således, at sagens materielle karakter af strukturspørgsmål er inhabilitetens årsag uafhængigt af konkret foreliggende tilknytningsgrader bestyrkes også af de tilfælde, hvor det pågældende strukturforslag også indeholder spørgsmål uden en sådan konkret betydning. I sager af denne art har tilsynsmyndighederne afvist at foretage en udskillelse af det sidstnævnte spørgsmål. Man har i stedet bygget på et bedømmelsesgrundlag, hvis indholdsmæssige afgrænsning af de inhabilitetsbegrundende forhold er bundet til en forudsætning om ansættelsesforholdets samhørighed med et administrativt område, som i habilitetsmæssig henseende betragtes som en enhed.

Dette forhold illustreres tydeligt i en sag, om lederen af den kommunale dagpleje i kommunen kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af udbygningsplaner på det sociale og visse sundhedsmæssige områder for årene 1978-1983 (TR Frederiksborg amt 089-213-99-2-1977 skrivelse af 4. april 1977).

Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem erklærer sig selv inhabil »i forhold til behandlingen af sagsområder, han som dagplejeleder er direkte involveret i«.

Kommunalbestyrelsen vedtager at erklære ham inhabil med hensyn til *alle planens sagsområder*.

Afgørelsen bliver udskudt med henblik på indhentelse af en udtalelse fra tilsynsrådet. Spørgsmålet fra kommunalbestyrelsen til tilsynsrådet er: »Om en ansat i social- og sundhedsforvaltningen er inhabil i forhold til *alle* (kommunalbestyrelsens understregning) sager af den nævnte art, eller om den pågældende alene er inhabil i forhold til de sager under social- og sundhedsforvaltningen, *som den pågældende arbejder med i sit arbejdsforhold*, når sager af sidstnævnte art kommer til behandling i kommunalbestyrelsen«.

Tilsynsrådet udtaler, »at et kommunalbestyrelsesmedlem, *der er ansat under kommunens social- og sundhedsforvaltning må anses for at være udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afstemning vedrørende forslag til udbygningsplaner på sociale og visse sundhedsmæssige områder inden for kommunen*, og at det derfor har været korrekt, at omhandlede medlem af kommunalbestyrelsen, der er ansat som leder af den kommunale dagpleje, bliver erklæret for inhabil ...«.

Det ses heraf, at tilsynsmyndigheden bygger på et formaliseret bedømmelsesgrundlag af et indhold, som bevirker en meget bred afgrænsning af de inhabilitetsbegrundende forhold. Tilsynsrådet udsondrer ikke tilfælde af speciel betydning for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem personligt eller vedkommendes ansættelsessted. Det afgørende er, om planen vedrører det pågældende ansættelsesområde inden for kommunen. Der synes således ikke at være grundlag for en konkret vurdering af arten og omfanget af de involverede interesser med henblik på en mere specifik udskillelse af de inhabilitetsbegrundende forhold. En sådan konkret vurdering kunne, som påpeget af kommunalbestyrelsesmedlemmet, fokusere på den faktiske forbindelse mellem den pågældende stillings funktioner og de spørgsmål, i forhold til hvilke vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems habilitet bedømmes. Inden for det meget bredt afgrænsede sagsområde, som er denne habilitetsafgørelses genstand, vil der forekomme spørgsmål af overordnet karakter, hvoraf en del typisk vil være uden særlig betydning for den pågældende personligt eller dennes ansættelsessted.

Som et tilsvarende eksempel kan anføres en sag, der vedrører en lærers specielle habilitet i henseende til behandlingen af spørgsmålet om udbygning af kommunens skolevæsen (TR Frederiksborg amt 089-233-99 -5-1978, skrivelse af 9. januar 1979).

Den pågældende er ansat ved X skole, som er kommunens eneste overbygningsskole.

Kommunalbestyrelsen træffer afgørelse om, at han er habil med hensyn til punkt 9 på dagsordenen men inhabil med hensyn til punkt 10.

I forhold til et bedømmelsesgrundlag, der afgrænser de inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader således, at det spørgsmål i forhold til hvilket habilitetsvurderingen foretages, i hvert tilfælde skal have konsekvenser for vedkommendes ansættelsessted, synes der at være god grund for kommunalbestyrelsen til at behandle habilitetsspørgsmålet forskelligt med hensyn

Anden del. Kap.VII.1.2.1.

til disse to punkter på dagsordenen, idet kun punkt 10 specifikt beskæftiger sig med X skole.

Tilsynsrådet erklærer vedkommende inhabil med henvisning til, at man »har herved navnlig lagt vægt på, at en udbygning af X skole *er indeholdt* i det for byrådet forelagte forslag til udbygningsplan for ... kommunes skolevæsen«.

Tilsynsrådet betragter således struktursagen som en enhed, i forhold til hvilken vedkommende enten er habil eller inhabil. En sontring med hensyn til hvilke dagsordenspunkter, der inden for rammerne af denne enhed er af speciel betydning for vedkommende personligt eller dennes ansættelsessted, er uden relevans for bedømmelsen.

At tilsynsrådet ikke betragter denne afgrænsning som tvivlsom fremgår af det forhold, at rådet i medfør af styrelseslovens § 61, stk. 1 annullerer den under punkt 9 truffe beslutning og i denne forbindelse konstaterer, at også den til punkt 10 knyttede beslutning vil bortfalde som en følgevirkning af punkt 9's annullation.

Forskellen mellem disse to eksempler er, at medens det førstnævnte bygger på et bedømmelsesgrundlag, som klart slutter fra eksistensen af et ansættelsesforhold til inhabilitet med hensyn til strukturforslag af betydning for det samlede *forvaltningsområde*, synes det sidstnævnte tilfælde, i hvert fald delvis, at bygge på en forudsætning om forslagets betydning for vedkommendes *ansættelsessted*. Fælles for disse to sager er som anført, at de begge i habilitetsmæssig henseende betragter strukturforslag som en enhed, hvis enkelte bestanddele ikke lader sig udskille til selvstændig vurdering. Det lader sig derfor ikke på grundlag af disse afgørelser éntydigt afklare, om det anvendte bedømmelsesgrundlag betragter sagens karakter af strukturspørgsmål som tilstrækkeligt til at statuere inhabilitet, således at forslagets betydning for vedkommende ansatte personligt eller dennes ansættelsessted blot understreger resultatet, eller om denne grad af tilknytning må betragtes som en nødvendig betingelse for inhabilitet.

1.2.2. Strukturbegrebets betydning i bedømmelsen af ikke-struktursager

At afgørelsen i disse sager ikke blot beror på retstekniske vanskeligheder med at udskille de bestanddele af den primære sag, der har karakter af strukturspørgsmål men i nok så høj grad på strukturbegrebets vægt i bedømmelsesgrundlaget, bestyrkes også i tilfælde hvor strukturbegrebet

tillægges afgørende betydning i tilfælde, der hverken har karakter af eller delvist omfatter strukturspørgsmål.

Til illustration heraf kan anføres en sag, om en skoleinspektør ved X skole kan deltage i kommunalbestyrelsens forhandling og afstemning om, hvorvidt en skole beliggende i et andet skoledistrikt skal istandsættes, eller om der i stedet skal opføres en helt ny skole (TR Århus 0881-723-3-1978 af 26. maj 1978).

Det oplyses, at skolen har 200 elever i 1.-7. årgang, og at elever fra skolen i 8., 9. og 10. årgang henvises til X skole. Det oplyses endvidere, at afgørelsen ingen betydning har for X skole, idet skoledistrikterne ifølge strukturplanen ikke skal ændres, og at eleverne fra 8., 9. og 10. årgang altså fortsat skal gå i overbygningen ved X skole, *uanset hvilken afgørelse der træffes*.

Tilsynsrådet synes at bygge afgørelsen på en retsopfattelse, hvorefter der ikke statueres inhabilitet, når den pågældende sag hverken er af betydning for vedkommende personligt og/eller dennes ansættelsessted, *med mindre den primære sag materielt har karakter af strukturspørgsmål. Rådet statuerer således habilitet »under forudsætning af, at det omhandlede spørgsmål ikke har indflydelse på kommunens strukturplan«*.

På baggrund af det oplyste om sagens manglende betydning for vedkommendes arbejdsforhold eller ansættelsessted i øvrigt, kan denne passus vel alene forstås som et udsagn om, at der statueres inhabilitet i forhold til spørgsmål af betydning for skolestrukturen, uanset om sådanne spørgsmål er af betydning for vedkommende selv eller dennes ansættelsessted. Hvorimod der omvendt ikke statueres inhabilitet i forhold til ikke-struktursager med mindre disse er af betydning for vedkommendes ansættelsessted og/eller vedkommende personligt.

Som et andet eksempel kan anføres en sag vedrørende bl.a. to læreres deltagelse i spørgsmålet om lærernormeringen ved kommunens skolevæsen (TR Nordjylland 089-24-99-1-1978, skrivelse af 29. juni 1978).

Kommunalbestyrelsen antager på grundlag af en konkret vurdering af de involverede interesser, at de pågældende ikke er inhabile.

Kommunalbestyrelsen fremhæver i den forbindelse, at der ikke foreligger en inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning og i snæver forbindelse hermed, at sagen ikke materielt har karakter af strukturspørgsmål, jfr. således udtalelsen om, »at begge lærere har fast ansættelse ved skolevæsenet, og at lærernormeringen ikke, som tilfældet ville have været ved en

Anden del. Kap.VII.1.2.2.

skolestrukturdebat, kan have personlig betydning for de pågældende lærere«.

Heroverfor formulerer tilsynsrådet en grundsætning, hvorefter de inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader drages meget vidt i forhold til struktursager. Rådet opererer således med en almindelig formodning for ansattes inhabilitet i struktursager vedrørende deres ansættelsesgren: *»Det forhold at et kommunalbestyrelsesmedlem er ansat med tjeneste ved en af kommunens flere skoler er - ud fra en generel vurdering - egnet til at begrunde en sådan tvivl om, hvorvidt den pågældende på upartisk måde vil kunne tage stilling til afgørelser om det indbyrdes forhold mellem kommunens skolars fremtidige funktioner, at han må anses for inhabil i skolestrukturspørgsmål«.*

Som en modifikation af dette i sin formulering stærkt formaliserede bedømmelsesgrundlag udtaler tilsynsrådet, »at der også må være plads for en konkret vurdering af inhabilitetsspørgsmålet i sådanne sager«.

Genstanden for denne konkrete vurdering er alene spørgsmålet, om det foreliggende forhold nu også rent faktisk falder ind under den af tilsynsrådet opstillede grundsætning. Resultatet heraf bliver, at tilsynsrådet ikke formelt men nok reelt anser sagen for at have karakter af strukturspørgsmål, hvorfor den omfattes af den anførte grundsætning. Tilsynsrådet udtaler således, at rådet har *»lagt vægt på at de omhandlede sager vel ikke har karakter af generelle skolestrukturspørgsmål«.* Tilsynsrådet finder dog, at spørgsmålet om timestfordelingsplan og i fortsættelse heraf vedtagelse af lærernormering ved kommunens skolevæsen *»i væsentlig grad må sidestilles med rene strukturspørgsmål for så vidt angår adgangen for lærere, der tillige er medlem af kommunalbestyrelsen, til at deltage i sagernes behandling i kommunalbestyrelsen«.* Tilsynsrådet statuerer inhabilitet, *»uagtet de pågældende sager ikke direkte ses at have berørt deres personlige løn- eller ansættelsesforhold, dog må antages at have haft en sådan interesse i sagernes afgørelse, at de må anses for at have været inhabile ved deres behandling«.*

Om nogen særlig betydning for vedkommendes ansættelsessted oplyses ikke. Det forekommer imidlertid sandsynligt, at et spørgsmål som det foreliggende vel *også kan* have betydning for deres ansættelsessted.

Dette sidste skal ses i sammenhæng med, at der i tilfælde, hvor bedømmelsesgrundlaget bygger på en forudsætning om det pågældende strukturspørgsmåls betydning for vedkommendes ansættelsessted og/eller

personlige forhold, som en nødvendig betingelse for at antage en inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning, er tendens til at stille beskedne fordringer til sandsynligheden for, at det pågældende spørgsmål faktisk vil kunne få betydning for den ansatte personligt eller dennes ansættelsessted.

Eksempelvis kan anføres den nedenfor i afsnit 3 anførte sag vedrørende spørgsmålet om to læreres specielle habilitet ved behandlingen af en sag om ansættelse af 7 vikarer ved kommunens skolevæsen (TR Bornholm 089-07-99-4-1978 af 21. november 1978).

Tilsynsrådet opererer med en formodning for inhabilitet i forhold til sager vedrørende den pågældende forvaltningsgren. Tilsynsrådet udtaler således *»idet dog ansættelse i en af kommunens forvaltningsgrene generelt set er egnet til at vække en vis tvivl om, hvorvidt den pågældendes stillingtagen i en sag, der vedrører denne forvaltningsgren, vil være baseret på saglige hensyn«*.

Til støtte for afgørelsen henviser rådet imidlertid også til sagens mulige betydning for vedkommendes ansættelsessted, i hvilken henseende der stilles ganske ringe krav til sandsynligheden herfor. Rådet udtaler således, at *»selv om der kun er tale om vikarer, og selv om ingen af disse måtte blive ansat ved den skole, hvor ... underviser, vil det næppe ganske kunne udelukkes, at beslutningen vil kunne få betydning for omfanget af undervisningen ved nævnte skole«*.

I tilknytning hertil kan anføres en sag, om en overlærer ved X skole er specielt inhabil i forhold til kommunalbestyrelsens stillingtagen til, hvilken afstemningsprocedure, der skal anvendes i Y byskoles skoledistrikt ved afgørelsen af spørgsmålet om Y skoles nedlæggelse som følge af en vedtaget ny skolestruktur for kommunen (TR Fyn 1979-089-431-9-1 af 19. marts 1979).

Vedkommende erklærer sig selv inhabil i forhold til kommunalbestyrelsens behandling af strukturforslaget. En afgørelse der sanktioneres af tilsynsrådet.

Hvad angår afstemningsspørgsmålet har en enig kommunalbestyrelse truffet beslutning om, at vedkommende er habil.

Tilsynsrådet er ikke enig i afgørelsen af dette sidstnævnte spørgsmål og statuerer, at vedkommende også har været inhabil under afstemningssagens behandling *»da det ikke kunne udelukkes at han kunne have interesse i at få vedtaget en bestemt afstemningsform«*.

Afgørelsen er således udtryk for en ret så intensiv afgrænsning af de

Anden del. Kap.VII.1.2.2.

inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader. Sagen vedrører ikke vedkommendes eget ansættelsessted endsige vedkommendes personlige forhold.

Afgørelsen af vedkommendes habilitet i forhold til struktursagen bygger klart på en retsopfattelse, hvorefter den primære sags karakter af strukturspørgsmål betinger inhabilitet, uafhængigt af om sagen er af betydning for vedkommendes ansættelsessted eller vedkommende personligt. Selv om dette lægges til grund, må det imidlertid konstateres, at forbindelsen mellem afstemningssagen og vedkommendes interesse i strukturspørgsmålet synes at være af ret indirekte karakter, om en sådan forbindelse overhovedet kan siges at eksistere. Dette synes da også at skinne igennem den af tilsynsrådet anvendte formulering: »Da det ikke *kunne udelukkes*, at han kunne have interesse i at få vedtaget en bestemt afstemningsform«.

Når først strukturafgørelsen er truffet, bliver sagens genstand et andet ansættelsessteds fremtid. Man kan naturligvis også vælge at betragte sagens genstand som et spørgsmål om realisering af strukturplanen. I så fald må man dog nok sige, at kanalisering eller formidling af interessen via valget mellem flere - formentlig lovlige - afstemningsformer, forekommer at være meget indirekte.

Dette forhold i forbindelse med at sagens genstand er den form, under hvilken lokalbefolkningen skal medvirke til at træffe den endelige beslutning, synes at burde influere på vurderingen af interessens materielle karakter, jfr. de i afsnit 5.1. anførte konstruktioner, hvorefter interessens sammenfald med befolkningens tilsvarende interesser kan kvalificere den kommunalt ansattes interesse som materielt lovlig.

I denne forbindelse skal også anføres en sag, om to lærere ved det kommunale skolevæsen kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmål vedrørende timefordelingsplanen og lærernormeringen ved kommunens skolevæsen.

I forhold til spørgsmålet om lærernormeringen statuerer kommunalbestyrelsen habilitet, idet det fremhæves, »at begge lærere har fast ansættelse ved skolevæsenet, og at lærernormeringen ikke, som tilfældet ville have været ved en skolestrukturdebat, *kan have personlig betydning for de pågældende lærere*«.

Som anført opstiller tilsynsrådet en grundsætning, hvorefter der gælder en afgørende formodning imod ansattes habilitet i forhold til sager, der materielt har karakter af strukturspørgsmål.

Selv om tilsynsrådet ikke mener, at den foreliggende sag har karakter af

strukturspørgsmål, mener rådet dog, at spørgsmålet om timefordelingsplan og i forbindelse hermed spørgsmålet om lærernormering ved kommunens skolevæsen »i væsentlig grad må ligestilles med rene strukturspørgsmål«.

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet med henvisning til, at der »uagtet de pågældende sager ikke direkte ses at have berørt deres personlige løn- eller ansættelsesforhold, dog må antages at have haft en sådan interesse i sagernes afgørelse, at de må anses for at have været inhabile ved deres behandling«.

Der statueres således inhabilitet som en afledt virkning af den ovenfor anførte grundsætning, hvorefter en sags materielle karakter af strukturspørgsmål i sig selv begrundet inhabilitet, uanset hvor indirekte den af tilknytningsforholdet udspringende interesse i det enkelte tilfælde måtte være.

Anføres skal også sagen, om en lærer kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af, om klassekvotienten ved kommunens skolevæsen skal være 24 eller 28 (TR Vejle 1978-089-625-9-90-2 af 7/12 1978).

I grundlaget for bedømmelsen lægges afgørende vægt på, om sagen materielt kan kategoriseres som et strukturspørgsmål. Borgmesteren anfører således i sin forespørgsel til tilsynsrådet, at vedkommende må anses for inhabil, da en lavere klassekvotient kan medføre en øget ansættelse af lærere og en hurtigere udbygning af skolevæsenet.

Tilsynsrådet tilslutter sig retsopfattelsen, hvorefter der statueres inhabilitet i forhold til struktursager. Rådet udtaler således, at »det er antaget, at en lærer er inhabil ved spørgsmål om kommunens skolestruktur ...«.

Tilsynsrådet afgrænser strukturbegrebet i overensstemmelse med det ovenfor afsnit 1.1. anførte og konstaterer på grundlag heraf, at sagen ikke har karakter af et strukturspørgsmål, jfr. udtalelsen om at »noget sådant er der ikke tale om i denne sag ...«.

Tilsynsrådet tager imidlertid også direkte stilling til, om der *herudover*, d.v.s. udover spørgsmålet om sagens materielle karakter af strukturspørgsmål, foreligger en personlig eller økonomisk interesse af inhabilitetsbegrundende karakter, jfr. formuleringen: »Der er næppe *heller* noget der taler for inhabilitet på grund af personlig og/eller økonomisk interesse i sagen«.

Tilsynsrådet statuerer habilitet og mener således, at lærerens interesse heri enten er af for indirekte karakter *eller* at interessen materielt er af en karakter, som ikke begrundet inhabilitet.

Anden del. Kap.VII.1.2.3.

Endelig skal anføres et tilfælde om en lærers habilitet under kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om frigivelse af bevilling på 170.000 kr. til arkitekthonorar samt licitationsudgifter vedrørende udbygning af en af kommunens skoler (TR Ringkøbing 089-0-99-31-82 af 18. februar 1983).

Idet tilsynsrådet går ud fra, at udbygningen af en skole »ikke ændrer kommunens skolestruktur« finder tilsynsrådet ikke, at vedkommende er inhabil.

Strukturbegrebet tillægges således central betydning for habilitetsvurderingen. Selv om tilsynsrådet ikke hermed har udtalt, at der foreligger inhabilitet i forhold til alle strukturspørgsmål, er kriteriet sikkert ret så afgørende for tilsynsrådets retsopfattelse.

Selv om udviklingen - som det vil blive påvist nedenfor - er i bevægelse fra en retstilstand, hvorefter den primære sags materielle karakter af strukturspørgsmål, er afgørende for habilitetsvurderingen, til en retstilstand hvorefter graden af tilknytning tillægges større betydning, ses strukturbegrebet således så sent som i 1983 at indtage en central placering i bedømmelsesgrundlaget.

1.2.3. Foreløbig sammenfatning

Retsstillingen kan på grundlag af den indtil nu behandlede praksis foreløbig sammenfattes derhen, at det ikke er en nødvendig betingelse for at statuere inhabilitet, at den primære sag/afgørelse faktisk er af betydning for vedkommende ansatte personligt og/eller dennes ansættelsessted.

Bedømmelsesgrundlaget er karakteriseret ved en høj grad af formalisering. Sagens materielle karakter af strukturspørgsmål er det retsfaktum, som med stor sikkerhed betinger retsfølgen inhabilitet. De eksplicit udtalte forbehold om bedømmelsesgrundlagets karakter af konkret interessevurdering synes i forhold hertil at være af meget beskednen betydning.

Imidlertid repræsenterer denne praksis ikke det fuldstændige udtryk for retstilstanden på området. Der har således i forbindelse med nogle af de trufne afgørelser kunnet spores tvivl om holdbarheden af en retsopfattelse, hvorefter en sags materielle karakter af strukturspørgsmål ganske determinerer habilitetsafgørelsen. Usikkerheden kommer bl.a. til udtryk i forsøg på at differentiere retsstillingen på grundlag af krav til afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader. Usikkerheden kan formuleres som spørgsmålet om, og i bekræftende fald i hvilket omfang eksistensen af

en inhabilitetsbegrundende interesse må fordre en grad af tilknytning, som manifesterer sig i den primære sags betydning for vedkommende ansatte personligt eller dennes ansættelsessted.

1.2.4. Et mønster af kriterier for slækket reguleringsintensitet

Udover de anførte tilfælde, hvor indenrigsministeriet direkte har udtalt sig om spørgsmålet, har ministeriets involvering i den behandlede praksis i vidt omfang givet sig udtryk i tilslutning til de af tilsynsråd truffne afgørelser ved anvendelsen af negativt formulerede udtalelser om, at »ministeriet ikke har fundet grundlag for at bestride den af tilsynsrådet tilkendegivne opfattelse ...«. Dette var også tilfældet i den ovenfor omtalte sag, i hvilken indenrigsministeriet tilslutter sig tilsynsrådets afgørelse om en lærers og en pedels inhabilitet i forhold til strukturspørgsmål, der hverken berørte dem personligt eller deres ansættelsessted (FOB 1977 s. 242). Denne afgørelse blev truffet i overensstemmelse med det af tilsynsrådet formulerede bedømmelsesgrundlag, hvorefter *»et kommunalbestyrelsesmedlem, som gør tjeneste ved kommunens skolevæsen, må anses for udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af og afstemning om spørgsmål, der vedrører skolestrukturen i kommunen«*.

På grund af indenrigsministeriets negativt formulerede sanktionering af denne tilsynsrådsafgørelse (i det følgende benævnt beslutning nr. 1) rummer indenrigsministeriets afgørelse hverken en eksplicit stillingtagen til kommunalbestyrelsens konkrete interessevurdering eller til det principielle spørgsmål om indholdet og rækkevidden af den af tilsynsrådet formulerede grundsætning.

Imidlertid får denne sag et videre forløb, som muliggør en højere grad af kendskab til ministeriets opfattelse af disse spørgsmål, idet både tilsynsrådet og indenrigsministeriet fremkommer med mere udførlige redegørelser over for ombudsmanden.

På begæring af nogle kommunalbestyrelsesmedlemmer bliver sagen om kommunens skolestruktur taget op til fornyet behandling. Den beslutning, som nu skal træffes (i det følgende kaldet beslutning nr. 2), adskiller sig fra den første ved at bygge på tre forslag, som bl.a. indebærer en direkte stillingtagen til, om der fortsat skal være overbygning på den skole, de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer *er ansat ved*.

Kommunalbestyrelsen træffer afgørelse om, at de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer er habile. Som grundlag for denne afgørelse

Anden del. Kap.VII.1.2.4.

henviser kommunalbestyrelsen til, at der i den kommenterede styrelseslov om § 14 udtales, at bestemmelsen sigter mod »en væsentlig personlig eller økonomisk interesse« (jfr. TR Nordjylland 089-5-90-1-1976). På grundlag af denne afgrænsning af de inhabilitetsbegrundende forhold, foretager kommunalbestyrelsen en konkret vurdering af de pågældendes tilknytning til det forelagte strukturspørgsmål og når til det resultat, at hverken den pågældende lærer eller pedel har en sådan interesse i dette spørgsmål, da *»deres løn- og ansættelsesmæssige forhold vil være nøjagtig de samme, uanset om kommunalbestyrelsen vedtager den ene eller den anden skolestruktur«*.

Tilsynsrådet tager ikke stilling til den af kommunalbestyrelsen foretagne konkrete interessevurdering men henviser til sin tidligere tilkendegivne retsopfattelse (i forbindelse med beslutning nr. 1), hvorefter *»kommunalbestyrelsesmedlemmer, der gør tjeneste ved kommunens skolevæsen må anses for inhabile i sager, der vedrører skolestrukturen i kommunen«*.

Også denne tilsynsrådsafgørelse fremtræder således som en formaliseret bedømmelse på grundlag af den af tilsynsrådet opstillede grundsætning over for kommunalbestyrelsens forsøg på at nå et andet resultat via en konkret interessevurdering.

Denne afgørelse påklages også til indenrigsministeriet, som blot gentager sin negativt formulerede tilslutning til tilsynsrådets afgørelse.

I sin redegørelse til ombudsmanden begrundet tilsynsrådet sin afgørelse vedrørende beslutning nr. 1 med, at der *foreligger tvivl* om, hvorvidt de to skoleansatte var inhabile (skrivelse af 5. april 1977). På linje hermed udtaler indenrigsministeriet om beslutning nr. 1, at ministeriet i skrivelse af 17. juni 1976 har »tilsigtet at give udtryk for en *vis tvivl* om, hvorvidt de to ansatte havde en sådan interesse i sagen om placering af en skoleoverbygning til skolen ..., at de har været udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afstemning i sagen« (IM 1976/1131 /1600-2 af 6. september 1977).

Om beslutning nr. 2, der som sagt i modsætning til den første beslutning bygger på et grundlag, som indebærer en stillingtagen til spørgsmålet om overbygning på den skole, som de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer er ansat ved, udtaler indenrigsministeriet, at kommunalbestyrelsens stillingtagen til forslagene, *»må antages at få betydning for den fremtidige arbejdssituation for lærer og muligvis også for andre ansatte ved skolen ...*, og at forholdet derfor er egnet til at fremkalde tvivl om, hvorvidt

lærere og eventuelt også andre ved denne skole på upartisk måde vil kunne tage stilling til forslagene» (skrivelse af 6. september 1977).

Indenrigsministeriet distancerer sig således nu fra den af ministeriet og tilsynsrådet truffne afgørelse (vedrørende beslutning nr. 1) ved at give udtryk for, at inhabilitet nok må forudsætte en højere grad af forbindelse mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og det spørgsmål, i forhold til hvilket habilitetsvurderingen foretages. Hvilke krav der i denne henseende nærmere skal stilles til forbindelsens direkte/indirekte karakter, fremgår ikke klart. Dog tegner der sig et omrids af en afgrænsning, idet ministeriet giver udtryk for tvivl med hensyn til at statuere inhabilitet alene på grundlag af vedkommendes ansættelsesmæssige tilknytning til det *forvaltningsområde*, som spørgsmålet angår, medens sikkerheden for tilknytningsgradens inhabilitetsbegrundende karakter stiger, når det spørgsmål, som er genstand for habilitetsvurderingen, er af betydning for de ansatte knyttet til vedkommendes *ansættelsessted*.

Den af indenrigsministeriet her tilkendegivne usikkerhed, en usikkerhed der nærmest må siges at trække i retning af uenighed i forhold til det af tilsynsrådet formulerede og anvendte bedømmelsesgrundlag, angår ikke alene den nærmere afgrænsning af dette retsgrundlags indhold men også den grad af formalisering, med hvilken tilsynsrådets bedømmelse fremtræder. Dette synes at fremgå af indenrigsministeriets overvejelser over de involverede interessers evne til at indvirke på de afgørelser, der skal træffes om skolestrukturen og på overvejelser over med hvilken vægt disse interesser kan tænkes at indvirke på personer i forskellige stillingskategorier. Jfr. således formuleringen, at ministeriet er »enigt i den af tilsynsrådet ... tilkendegivne opfattelse, *i hvert fald* for så vidt angår *lærerens* ... deltagelse i behandlingen og afstemningen ...«.

Den heri liggende tilkendegivelse, som i hvert tilfælde refererer til indholdet af tilsynsrådets bedømmelsesgrundlag, udbygges med en stillingtagen til bedømmelsesgrundlagets form, idet indenrigsministeriet eksplicit bekender sig til bedømmelsesgrundlag, der bygger på konkrete interessevurderinger. Indenrigsministeriet udtaler således til ombudsmanden, at dennes antagelse af, at et kommunalbestyrelsesmedlems ansættelsesmæssige tilknytning til en af kommunens skoler »ud fra en generel vurdering synes egnet til at begrunde en vis tvivl om, hvorvidt den pågældende på upartisk måde vil kunne tage stilling til afgørelser ...« deles af ministeriet som et »*udgangspunkt*« for bedømmelsen, men at spørgsmålet efter

Anden del. Kap.VII.1.2.4.

ministeriets opfattelse ikke »*kan afgøres generelt men må besvares på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag*« (skrivelse af 6. september 1977).

Denne udtalelse, som direkte forholder sig til det af ombudsmanden anførte, jfr. nedenfor, rummer indirekte en afstandtagen fra den af tilsynsrådet ovenfor formulerede retssætning, i det omfang denne anvendes som en *regel*. Derimod må indenrigsministeriets tilslutning til den nedenfor af ombudsmanden formulerede forhåndsformodning for inhabilitet som et »*udgangspunkt*« for bedømmelsen kunne opfattes som en accept af de af ombudsmanden og tilsynsrådet formulerede grundsætninger som *retningslinjer* for bedømmelsen.

En nærmere analyse af ombudsmandens stilling til sagen viser, at denne prøvelsesinstans, på trods af forskelle i udtryksmåde, betjener sig af et bedømmelsesgrundlag, som i vidt omfang er formaliseret, omend det med hensyn til afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende forhold næppe er af så vidtgående indhold som det af tilsynsrådet formulerede.

Ombudsmanden afskærer eksplicit anvendelsen af konkrete interessevurderinger i det omfang, det pågældende strukturspørgsmål kan påregnes at medføre stillingsmæssige ændringer, der ikke er helt uvæsentlige for det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem. I sådanne tilfælde vil der »*ikke være rimelig tvivl om*«, at den pågældende vil være inhabil med hensyn til spørgsmålets behandling og afgørelse (FOB 1977 s. 242). Men også i tilfælde, hvor der ikke foreligger en sådan egeninteresse i snæver forstand, statueres inhabilitet på et stærkt formaliseret grundlag, idet ombudsmanden om tilfælde, hvor struktursagen vedrører vedkommendes ansættelsessted udtaler, at han betragter det som »*et almindeligt princip at en lærer, der er medlem af kommunalbestyrelsen, er afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af sager, der specielt vedrører den skole, hvor han gør tjeneste*«.*)

*) Denne formulering er helt identisk med den af ombudsmanden benyttede sagen FOB 1976 s. 150, som ikke vedrørte et strukturspørgsmål. Her understregede ombudsmanden yderligere sin opfattelse med en henvisning til *W. Oxholm*: Landskommunernes Styrelse 1935 s. 93, hvor der henvises til en skrivelse af 22. august 1944 fra kancelliet, hvorefter »en skolelærer bør vige sit sæde i alle sager, der vedkommer hans egen skole«.

Ombudsmanden henter yderligere støtte for denne indholdsmæssige afgrænsning

Ombudsmanden udtaler som begrundelse for denne retsstilling, at selv om det foreliggende spørgsmål om skolestrukturen ikke berører det pågældende kommunalbestyrelsesmedlems ansættelsesforhold, hvilket ombudsmanden ikke antager er tilfældet i den foreliggende sag, jfr. bemærkningen: »Således er forholdet efter det oplyste imidlertid ikke i den foreliggende sag«, finder ombudsmanden, at det forhold, *»at et kommunalbestyrelsesmedlem er ansat ved en af kommunens flere skoler - ud fra en generel vurdering - er egnet til at begrunde en sådan tvivl om, hvorvidt den pågældende på upartisk måde vil kunne tage stilling til afgørelser om det indbyrdes forhold mellem kommunens skoler, at han må anses for inhabil«*.

Grundlaget for antagelsen af den inhabilitetsbegrundende interesse bygger ombudsmanden på en formodningsregel af det indhold, at vedkommende må påregnes »typisk og helt forståeligt at have en særlig loyalitetsfølelse over for netop denne skole«, og yderligere i det forhold, at vedkommende »også vil kunne være påvirket - direkte eller indirekte - af ansatte ved samme skole«.

Med hensyn til rækkevidden af denne retssætning og dermed det formaliserede bedømmelsesgrundlag, den er udtryk for, udtaler ombudsmanden, at han er enig med indenrigsministeriet i, *»at der må være plads for en konkret vurdering af habilitetsspørgsmålet i sådanne struktursager«*, og at der i denne henseende må lægges vægt på, *»i hvilken grad den pågældende strukturændring må påregnes at påvirke den pågældende skoles fremtidige forhold«*.

Det præcise indhold af denne modifikation i den af ombudsmanden opstillede grundsætning lader sig ikke fastlægge på det foreliggende grundlag. Det er der imod utvivlsomt, at det omhandlede tilfælde repræsenterer et klart eksempel på et inhabilitetsbegrundende forhold, jfr. ombudsmandens udtalelse om, at den pågældende lærer »utvivlsomt måtte anses for inhabil«. Dette resultat begrundes med, at beslutningen blev truffet på grundlag af tre forslag, »hvoraf de to indebar ændringer af væsentlig betydning for den skole, som læreren var ansat ved«.

Ombudsmandens bedømmelsesgrundlag er således karakteriseret ved en høj grad af formalisering. Hvad angår indholdet heraf, er retsstillingen klar

af bedømmelsesgrundlaget i »den generelle bestemmelse i den kommunale styrelseslovs § 29, stk. 2 ... og i de hensyn, der ligger til grund for denne bestemmelse.

Anden del. Kap.VII.1.2.4.

for så vidt angår tilknytningsgrader, som grunder sig på, at vedkommende ansatte personligt eller dennes ansættelsessted direkte berøres af forslaget/planen.

Spørgsmålet er imidlertid, om ikke det af ombudsmanden anvendte bedømmelsesgrundlag rækker videre, således at også strukturspørgsmål uden *direkte* betydning for vedkommendes ansættelsessted kan repræsentere en grad af tilknytning, som konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse. Man bemærker sig i denne forbindelse, at ombudsmanden bl.a. taler om det »indbyrdes forhold mellem *kommunens skoler*«. Spørgsmålet er, om der med denne formulering åbnes mulighed for at statuere inhabilitet i tilfælde, hvor det pågældende ansættelsessted ikke direkte berøres, men hvor en mere indirekte virkning kan være følgen af forslag/planer, som har indflydelse på forholdet mellem det pågældende administrationsområdes ansættelsessteder.

Dette spørgsmål kan belyses ved en sag, som vedrører en kommunalbestyrelsesafgørelse om, at et medlem er specielt inhabil under behandlingen af forslag til ændring af udbygningsplanerne vedrørende kommunens daginstitutioner for børn (IM j.nr. 1978/123 -0502-1, skrivelse af 1. oktober 1979).

Det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem er leder af en selvejende børnehave og befinder sig således ikke formelt i et ansættelsesforhold til kommunalbestyrelsen. Imidlertid er der mellem institutionens bestyrelse og kommunen indgået en overenskomst, som med hensyn til forskellige centrale spørgsmål faktisk bevirker en stilling, der er lig egentlige kommunale institutioners.*)

Tilsynsrådet finder ikke grundlag for at kritisere kommunalbestyrelsens beslutning om hendes inhabilitet »under hensyn til, at det anførte punkt, der omhandlede udbygningsplanerne for daginstitutioner for børn *omfattede spørgsmål om opførelse af to børnehaver*« (TR Roskilde 1978-089-2-99-21 af 18. december 1978, jfr. FOB 1979 s. 119).

I en skrivelse (af 12. februar 1979) til klageren (mindretallet i kommu-

*) Overenskomsten er indgået i medfør af § 69-73 i lov om social bistand. Hvad angår lederens stilling hedder det, at »ansættelse og afskedigelse af institutionens leder sker under forbehold af socialudvalgets godkendelse af pågældendes faglige kvalifikationer«. Kommunen fører tilsyn med institutionens daglige drift osv.

nalbestyrelsen) udtaler tilsynsrådet som sin opfattelse af de inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning og det foreliggende spørgsmåls forhold hertil, at hun må være afskåret fra at deltage i behandlingen af sager, der berører eller kan få konsekvenser »for hende selv eller den institution, som hun er leder af«.

Da det pågældende spørgsmål, som anført ovenfor, på ingen måde berører hende personligt eller hendes ansættelsessted, må der være et misforhold mellem den af tilsynsrådet trufne afgørelse og det bedømmelsesgrundlag rådet henviser til i ovennævnte skrivelse, med mindre dette bedømmelsesgrundlag ikke er udtryk for en egentlig grænsedragning med hensyn til de inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold men blot er tænkt som en eksemplifikation af sikre inhabilitetsbegrundende tilfælde. Den førstnævnte af disse to forståelsesmuligheder viser sig at være den korrekte, idet tilsynsrådet i en skrivelse (af 7. marts 1979) til ombudsmanden frafalder sin afgørelse om inhabilitet med en udtalelse om, at »tilsynsrådet er klar over, at den opfattelse vedrørende ...'s inhabilitet, der ligger til grund for tilsynsrådets udtalelse i skrivelse af 18. december 1978 (afgørelsen), ikke er fuldt i overensstemmelse med den i skrivelse af 12. februar 1979 tilkendegivne opfattelse ..« (parentesen indsat her).

At det af tilsynsrådet formulerede kriterium for inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning skal opfattes som en egentlig grænsedragning over for tilknytningsgrader, som ikke kan anses for inhabilitetsbegrundende, bestyrkes yderligere af indenrigsministeriet, som udtaler, at ministeriet kan tilslutte sig tilsynsrådets opfattelse, hvorefter det afgørende for ...'s inhabilitet er, om hun kan siges at have en »væsentlig personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald« (IM 1978/123/0502-1 af 10. april 1979). Ministeriet udtaler videre, at det også kan tilslutte sig tilsynsrådets fortolkning af, at dette »kun vil være tilfældet, hvis sagen berører eller kan få konsekvenser for ... selv eller den institution, hun er leder af«. Altså en eksplicit fastslåen af de ydre grænser for, hvilke tilknytningsgrader, der må fordres for at antage en inhabilitetsbegrundende interesse.

Ombudsmanden formulerer en grundsætning omfattende tre grader af inhabilitetsbegrundende tilknytning:

1. »Hvis en udbygningsplan for daginstitutioner må påregnes at medføre stillingsmæssige ændringer (løn- eller andre ansættelsesforhold), der ikke er helt uvæsentlige for et kommunalbestyrelsesmedlem, der er ansat ved en

Anden del. Kap.VII.1.2.4.

af kommunens daginstitutioner, *vil der ikke være rimelig tvivl om*, at den pågældende vil være inhabil med hensyn til spørgsmålets behandling og afgørelse«.

2. »Efter min opfattelse vil en leder af (eller i øvrigt ansat ved) en daginstitution, der er medlem af kommunalbestyrelsen, *i almindelighed være afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af sager, der specielt vedrører den pågældende daginstitution*«.

Disse to kategorier af tilknytningsforhold svarer ganske nøje til de af tilsynsrådet og indenrigsministeriet opstillede. Ombudsmanden vil imidlertid ikke, som tilsynsrådet og indenrigsministeriet, lade de hermed angivne tilknytningsgrader udgøre den absolutte ydergrænse for inhabilitetsbegrundende forhold. Han opstiller en tredje kategori, som i henseende til graden af tilknytning er noget fjernere/mere indirekte i forhold til den ansatte, hvis habilitet er habilitetssagens genstand. Ombudsmanden udtaler således, at »også bortset herfra (læs de under pkt. 1 og 2 angivne tilfælde) vil det efter min mening kunne forekomme, at en ansat ved en daginstitution vil være inhabil ved kommunalbestyrelsens behandling af en udbygningsplan vedrørende daginstitutioner« (parentesen indskudt her).

3. »Jeg sigter herved til tilfælde, hvor udbygningsplanens gennemførelse vil få konsekvenser *for den pågældende daginstitutions fremtidige funktionsmæssige placering i kommunens samlede system af daginstitutioner*«.

Med denne kategori må ombudsmanden sigte til tilfælde, hvor hverken vedkommende ansatte personligt, ansættelsesstedet eller dettes øvrige personale direkte berøres, men hvor institutionen som sådan indirekte berøres, derved at dens funktionsmæssige placering i det samlede system af institutioner ændres.

Der er således tale om en fjernere/mere indirekte grad af tilknytning i forhold til de under 1 og 2 angivne kategorier. Dette fremgår også af begrundelsen for et sådant forholds inhabilitetsbegrundende karakter, idet ombudsmanden henviser til en formodning for identifikation/loyalitetstfølelse over for *institutionen*(som sådan, eller, om en sådan i det enkelte tilfælde skulle mangle, påvirkning fra den del af det øvrige personale, der har sådanne følelser.

Dette bedømmelsesgrundlag er i vidt omfang formaliseret. Pkt. 1 og 2 har karakter af *regler*. Foreligger de i disse punkter beskrevne retsfakta, er

retsvirkningen uden videre inhabilitet. Den af ombudsmanden under pkt. 1 formulerede modifikation, at grundsætningen omfatter ændringer, »*der ikke er helt uvæsentlige*«, repræsenterer kun en beskeden begrænsning i formaliseringens grad af regeldannelse.

Pkt. 3 har i forhold hertil nok nærmere karakter af en retningslinje. Ombudsmanden udtaler således, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et sådant inhabilitetsbegrundende forhold, må afhænge af en »konkret vurdering ...«, således at hovedvægten lægges på, i hvilken grad udbygningsplanens gennemførelse må påregnes at påvirke den gældende daginstitutions fremtidige forhold«.

Ombudsmanden mener ikke, at tilfældet er omfattet af disse tre kategorier, hvorfor afgørelsen, lige som tilsynsrådets og indenrigsministeriets, bliver, at hun ikke anses for inhabil ved behandlingen af strukturplanen for kommunens daginstitutioner.

På grundlag af den indtil nu behandlede praksis er det klart, at de retsanvendende myndigheder opererer med forskellige grænsedragninger i henseende til, hvilke tilknytningsgrader der kan/skal begrunde inhabilitet. Der synes at være enighed til og med de punkter på den i indledningen anførte skala, der omfatter tilfælde, hvor det pågældende strukturspørgsmål direkte berører vedkommende ansatte personligt og/eller vedkommendes ansættelsessted.

Såvel de indledningvis behandlede sager, som bygger på en forudsætning om, at der kan statueres inhabilitet, selv om det pågældende strukturspørgsmål hverken berører vedkommende ansatte eller dennes ansættelsessted, som den af ombudsmanden oven for under 3 opstillede kategori repræsenterer i forhold hertil en mere intens regulering.

Forskellen mellem den af indenrigsministeriet og ombudsmanden tilkendegivne grænsedragning, som den kommer til udtryk i den af ombudsmanden ovenfor under pkt. 3 opstillede kategori, kan forekomme ret sofistikeret. Den bliver imidlertid af betydelig praktisk relevans i det omfang, indenrigsministeriets mindre intense afgrænsning på dette punkt er udtryk for en almindelig tendens i retning af slækkede habilitetskrav. Spørgsmålet er, om den af indenrigsministeriet og tilsynsrådet tilkendegivne usikkerhed er udtryk for ministeriets endelige retsopfattelse eller skal ses som udtryk for en bevægelse mod mere moderate habilitetskrav på dette område.

Dette sidste synes at være tilfældet. I den ovenfor anførte sag vedrørende en lærer og en pedels habilitet udtaler indenrigsministeriet i forbindelse

Anden del. Kap.VII.1.2.4.

med sin tilkendegivelse af usikkerhed, at kommunalbestyrelsens stillingtagen til forslagene »*må antages at kunne få betydning for den fremtidige arbejdssituation for lærere og muligvis også andre ansatte på ... skole*« (IM 1976/1131/1600-2, skrivelse af 6. september 1977). På grundlag heraf tilslutter indenrigsministeriet sig tilsynsrådets opfattelse, hvorefter »*i hvert fald lærer ... er inhabil*. Udover at ministeriet således lægger afgørende vægt på, at spørgsmålet skal have direkte virkning for ansættelsesstedet, synes ministeriet yderligere at skærpe kravet til tilknytningen derved, at virkningen af denne skal være af en sådan karakter, at den direkte berører personalet ved den pågældende institution. Og i henseende hertil lægger ministeriet yderligere op til en begrænsning af den personalekreds, i forhold til hvilken en sådan virkning er relevant, idet inhabiliteten begrænses til de personer og personalegrupper, som *direkte* berøres, jfr. formuleringen »... forslagene må antages at kunne få betydning for den fremtidige arbejdssituation for lærere og muligvis også andre ansatte på ... skole«. Dette skal sammenholdes med, at indenrigsministeriet herefter tilslutter sig tilsynsrådets opfattelse, hvorefter »*i hvert fald*« læreren var inhabil.

I forhold hertil bygger det af ombudsmanden anvendte bedømmelsesgrundlag i højere grad på en formodning for identifikation de enkelte ansatte og personalegrupper imellem, jfr. udtalelsen om at vedkommende må påregnes »typisk - og helt forståeligt - at have en særlig loyalitetsfølelse over for netop denne skole«, et forhold der understreges af, at vedkommende »også vil kunne være påvirket - direkte eller indirekte - af ansatte ved samme skole«. Denne identifikationsformodning slår igennem i ombudsmandens afgørelse: »Jeg finder herefter ikke, at der kan være *rimelig tvivl om, at også pedel ... var inhabil*«.

Formodningen for de ansattes identifikation med ansættelsesstedet og de øvrige personalemedlemmers og -gruppers interesser har som en naturlig konsekvens, at en sontring med hensyn til ansættelsesforholdets indhold og dets placering i hierarkiet kun spiller en marginal rolle i det af ombudsmanden anvendte bedømmelsesgrundlag, jfr. hans udtalelse om, at han ikke »finder det *betydningsløst*, om vedkommende har en mere eller mindre overordnet/underordnet stilling«, og i forbindelse hermed at »*hovedsynspunktet må dog være, at de ovenfor omtalte retningslinjer finder anvendelse med hensyn til alle fastere ansættelsesforhold ved skolen*«.

I forhold hertil repræsenterer de af indenrigsministeriet fremsatte udtæ-

lelser en strømpil i retning af at stille større krav til graden af direkte forbindelse mellem vedkommende ansatte og de spørgsmål, som er genstand for habilitetsvurdering. Denne skærpelse af kravene til de inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader tenderer i retning af, at vedkommende skal have en *egen interesse* i snæver forstand, således at det ikke i sig selv er inhabilitetsgrund, at spørgsmålet har betydning for vedkommendes ansættelsessted, når det ikke berører vedkommende personligt.

En sådan linje synes at have støtte i en del tilsynsrådspraksis. Til illustration heraf kan anføres en sag, om tre læreres (X, Y og Z) specielle habilitet med hensyn til kommunalbestyrelsens behandling af forslag til skolestruktur i kommunen (TR Vestsjælland 089-E 01-9-23-77, skrivelse af 26. januar 1978).

Om karakteren og indholdet af X's interesse i det pågældende strukturforslag oplyses det, at såfremt det ene strukturforslag blev vedtaget, måtte vedkommende skifte ansættelsessted, da der ikke ville blive brug for samtlige lærere ved den skole, ved hvilken han var ansat. »Da De er en af de senest ansatte, ville Deres fremtidige stilling derfor blive uvis«.

Tilsynsrådet statuerer, at vedkommende er inhabil med henvisning til, at han har haft »en sådan interesse i sagens udfald ...«.

Denne afgørelse harmonerer helt med et bedømmelsesgrundlag, ifølge hvilket en inhabilitetsbegrundende tilknytning foreligger, når vedkommende ansatte personligt vil blive berørt af det pågældende strukturforslag.

Om lærer Y's interesse i forslaget oplyses, at vedkommende er ansat som viceskoleinspektør. Stillingen indebærer, foruden de administrative opgaver, 17 ugentlige undervisningstimer. Ifølge den vedtagne strukturplan skal denne skole ikke længere være 4-sporet fra 8.-10. klasse men 2-sporet fra 2.-10. klasse.

På grundlag af disse oplysninger udtaler vedkommende selv, at »hverken den vedtagne plan eller de øvrige forslag til skolestrukturplan påvirker således mine løn- eller arbejdsvilkår, hvorefter jeg ikke mener mig inhabil i byrådets behandling af sagen«.

Tilsynsrådet sanktionerer denne opfattelse, idet rådet udtaler, at vedkommende »næppe har en sådan interesse i den omhandlede sag ...«.

Denne afgørelse bygger således helt klart på en vurdering af, om der foreligger en egen-interesse i snæver forstand for vedkommende ansatte. Forslaget/planen har helt åbenbart en effekt i forhold til den skole, ved hvilken vedkommende er ansat som viceinspektør. Hertil kommer, at

Anden del. Kap.VII.1.2.4.

planen med stor sandsynlighed vil få betydning for andre af skolens ansatte. Endelig må det vel om viceinspektørens interesse siges, at selv om løn- og arbejdsforhold ikke berøres, er der typisk en prestigemæssig og faglig interesse knyttet til den enkelte skoles indretning og undervisningsomfang.

Om Z's interesse oplyses, at han er ansat som skolekonsulent for skolebiblioteksvæsenet ved samme skole som lærer Y. Om forslagets virkning på hans ansættelsesforhold oplyses det, at ansættelsesstatus med hensyn til lønramme og løntrin alene afgøres af skolevæsenets samlede størrelse, uanset skolestrukturen. Hvad angår planens påvirkning af vedkommendes arbejdsforhold i øvrigt oplyses det, at »de ændringer, som denne udvikling ville kunne påføre arbejdstidsfordelingen, ville være meget begrænset i forhold til det årlige krav om, at skolens skema går op«.

På baggrund af disse oplysninger udtaler vedkommende selv, at han ikke har »sådan interesse ..., idet mine tjenesteforhold ikke påvirkes af de strukturforslag, jeg har deltaget i behandlingen af«.

Tilsynsrådet fastslår med samme begrundelse som med hensyn til Y's habilitet, at vedkommende *»næppe har en sådan interesse i den omhandlede sag«*, at han har været afskåret fra at deltage i behandlingen og afstemningen herom. Også denne tilsynsrådsafgørelse bygger således på tilknytningskriterier, som fokuserer på vedkommendes personlige interesser i snæver forstand.

I forhold til de her anvendte tilknytningskriterier repræsenterer de tre tilfælde forskellige grader af forbindelse. I alle tre tilfælde vil den pågældende plan berøre vedkommendes ansættelsessted direkte. Herudover vil arbejdsforholdene for X og Z blive berørt, men arten og omfanget heraf varierer stærkt. Når tilsynsrådet kun statuerer inhabilitet i forhold til X, må det kunne tages som udtryk for, at rådet ud over at stille krav om en egeninteresse i snæver forstand yderligere fordrer denne interesse kvalificeret som væsentlig. I denne henseende adskiller tilfælde X sig netop fra tilfælde Z derved, at vedkommendes løn- og ansættelsesforhold vil blive berørt, medens der for Z's vedkommende kun kan blive tale om en mindre og usikker påvirkning af arbejdsforholdene i øvrigt. Ved at statuere habilitet i tilfælde Y tilkendegiver tilsynsrådet, at den almindelige interesse i ansættelsesstedets faglige indretning i henseende til arbejdets art og omfang ikke er inhabilitetsbegrundende, *når vedkommende ikke personligt berøres*, og dette gælder også i forhold til personer, som såvel med hensyn

til deres stillings indhold som med hensyn til placeringen i ansættelseshierarkiet hører til i ledergruppen.

At en sådan afgrænsning, hvorefter de ydre grænser for inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning sættes ved tilfælde, hvor der af tilknytningsforholdet udspringer en egeninteresse i snæver forstand, imidlertid ikke er udtryk for indenrigsministeriets retsopfattelse, fremgår klart af en sag, om en lærer og en skolebibliotekskonsulent ved X skole er inhabil i forhold til bl.a. følgende spørgsmål:

1. Forslag til planlægning af skoleåret 1979-80 herunder at der ved X skole bliver to 5.-klasser men fem 8.-klasser. Dette forslag skal ses på baggrund af et pålæg fra kommunalbestyrelsen til kulturelt udvalg om at spare 300.000 kr. på lærerlønningerne.
2. Godkendelse af timefordelingsplan for skolevæsenet for 1979-80 efter hvilken plan der bliver sparet 80 timer ugentlig (svarende til tre lærerstillinger). Ca. 50 timer heraf vil vedrøre X skole (IM 1979/123/1007-2 af 11. marts 1980).

Tilsynsrådet fastslår indledningsvis, at habilitetsspørgsmålets afgørelse må bero på »en konkret vurdering i hver enkelt sag« (Sønderjylland 089-7-99-3-1979 af 23. april 1979).

Med hensyn til afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader udtaler rådet, at »inhabilitet foreligger ikke blot, hvis afgørelsen berører medlemmets egne arbejds- og lønforhold, men også hvis afgørelsen har en ikke uvæsentlig betydning for medlemmets tjenestested«.

Hermed er de ydre grænser efter tilsynsrådets opfattelse som hovedregel draget. Om fjernere tilknytningsgrader udtaler rådet således, »derimod kan inhabilitet i almindelighed ikke antages at foreligge, såfremt en sags afgørelse *kun vedrører en forvaltningsgren i almindelighed og ikke har nævneværdige konkrete virkninger for medlemmet og/eller hans tjenestested*«.

Tilsynsrådet finder på grundlag heraf, at vedkommende er inhabile under hensyn til, at afgørelsen af disse sager »har en sådan interesse for dem, i deres egenskab af ansatte ved X skole ...«.

Også indenrigsministeriet fastslår indledningsvis at bedømmelsesgrundlaget må bygge på en konkret interessevurdering, og at der må foreligge »en interesse af en vis styrke, før der kan statueres inhabilitet«.

Som inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning anfører indenrigsmini-

Anden del. Kap.VII.1.2.4.

steriet for det første vedkommendes »egen personlige og/eller økonomiske interesse i en sag«. Som en svagere, men dog en som hovedregel inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning anføres herefter, »at et kommunalbestyrelsesmedlem, der er kommunalt ansat, *som udgangspunkt vil være afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag, der vedrører den institution, hvor den pågældende er beskæftiget*«. Formodningen om inhabilitet gælder vel at mærke også, selv om det pågældende spørgsmål ikke berører vedkommende selv. Som baggrund for denne antagelse henvises til, »at den pågældende, *uanset at hans egen arbejdssituation ikke berøres, dog formodes at have visse loyalitetshensyn dels over for den pågældende institution, dels over for sine kolleger, der er ansat ved denne*«.

Inhabilitet er således ikke begrænset til tilfælde, hvor der foreligger en egeninteresse i snæver forstand. Den almindelige henvisning til loyalitetshensyn over for ansættelsesstedet i almindelighed samt kolleger knyttet hertil er udtryk for en afgrænsning, der i intensitet ligger mellem tilfælde, hvor der uden videre statueres inhabilitet med henvisning til afgørelsens materielle karakter af strukturspørgsmål, og tilfælde hvor der fordres en egeninteresse i snæver forstand.

I overensstemmelse hermed statuerer indenrigsministeriet også inhabilitet med henvisning til, at sagerne vedrører »den skole, ved hvilken De er ansat, og hvis afgørelse vil berøre Deres kolleger, må de ovenfor nævnte betragtninger over for institution og kolleger føre til, at De må anses for inhabil«.

Indenrigsministeriet udtaler sig principielt om spørgsmålet i en anden sammenhæng, hvor det hedder, at der må være tale om »*en personlig og/eller økonomisk interesse af en vis styrke, før der kan statueres inhabilitet*« (IM 1979/1091-2, notat til ministeren af 14. februar 1979 og IM 1979/123/1626-3 af 10. april 1979). Denne kvalificering af de inhabilitetsbegrundende forhold, som sprogligt er helt i overensstemmelse med traditionelt anvendte formler, eksemplificeres af indenrigsministeriet. Om en skoleinspektør udtales det således, at denne vil være inhabil i en sag, »*der direkte berører hans arbejdssituation eller forholdene for den skole, som han er leder af*«.

Hvad angår spørgsmål, der vedrører kommunens andre skoler, vil den pågældende efter ministeriets opfattelse »som udgangspunkt være habil ..., med mindre det må antages, at byrådets beslutning i sagen vil have *afløst*

virkning på hans arbejdssituation eller på forholdene på den skole, han leder«.

Som en tydeliggørende følge heraf udtaler ministeriet, at et kommunalbestyrelsesmedlem, der er skoleinspektør eller lærer »ikke er inhabil ved behandlingen af forslag til lokalplan for en anden skole end den, hvor den pågældende er ansat«.

1.2.4.1. Kriteriernes indhold og indbyrdes samspil

Den beskrevne tendens til slækkelse af reguleringsintensiteten kommer således til udtryk i nedprioritering af den primære sags materielle karakter af strukturspørgsmål og opprioritering af formelle kriterier for graden af forbindelse mellem den kommunalt ansatte og den primære sag, i hvilken henseende de inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning stærkt indsnævres.

Dette forløb suppleres med tendenser i retning af større vægt på konkrete vurderinger af tilknytningsforholdets reelle korrespondens med eksistensen af en interesse (1.2.4.1.1.), samt med introduktionen af nye materielle kriterier til præcisering af hvilke interesser der kan anses for inhabilitetsbegrundende (1.2.4.1.2.).

Til illustration af samspillet mellem disse, til dels parallelle, udviklingsforløb kan anføres en sag, om flere skoleinspektører kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af udbygningsplanen for folkeskolen og fritidsundervisningen (TR Nordjylland 089-26-99-2-1979 af 29. oktober 1979).

Tilsynsrådet forudsætter den ydre grænse for inhabilitetsbegrundende tilknytning sat ved spørgsmål, der direkte vedrører vedkommendes arbejdsforhold eller ansættelsessted, mens spørgsmål vedrørende den pågældende forvaltningsgren uden en sådan (afledet) betydning ikke begrunder inhabilitet.

Tilsynsrådet anmoder således kommunalbestyrelsen om en redegørelse, hvori det ønskes oplyst, hvorvidt sagen om udbygningsplanen, »der efter det oplyste direkte vedrørte andre skoler end dem ved hvilke ... er ansat, *desuagtet ville have afledet virkning for de pågældendes arbejdssituation eller på forholdene på den skole, hvor de vedkommende er ansat«.*

Spørgsmålet om eksistensen af en sådan afledet virkning besvares bekræftende af kommunalbestyrelsen som udtaler, »at sagen må formodes at have en afledet virkning for arbejdssituationen og forholdene på alle

Anden del. Kap.VII.1.2.4.1.

skoler og dermed for alle lærere og skoleledere ...». Tilsynsrådet henviser til, at rådet i andre sager har bygget sine afgørelser på en grundsætning, hvorefter »det forhold, at et kommunalbestyrelsesmedlem er ansat med tjeneste ved en af kommunens flere skoler - ud fra en generel vurdering - er egnet til at begrunde en sådan tvivl om, hvorvidt den pågældende på upartisk måde vil kunne tage stilling til afgørelser, om det indbyrdes forhold mellem kommunens skolars fremtidige funktioner, at *han må anses for inhabil (skolestrukturspørgsmål)*«.

Hermed tilkendegiver tilsynsrådet klart, at rådets afgørelser har bygget på en regel (eventuelt en stærkt determinerende retningslinje), hvorefter en sags materielle karakter af strukturspørgsmål i sig selv begrunder inhabilitet.

Om dette bedømmelsesgrundlags faktiske gennemslag i tilsynsrådets praksis udtaler rådet, at »sådanne generelle hensyn har i flere tidligere afgørelser, der er truffet af tilsynsrådet *været tillagt en sådan selvstændig vægt, at de har været udslagsgivende for spørgsmålet om inhabilitet i de enkelte tilfælde*«.

Tilsynsrådet giver herefter udtryk for, at rådet, inspireret af indenrigsministeriets ovenfor anførte skrivelse af 10. april 1979, i forhold til sådanne sager »af mere generel karakter« har ændret retsopfattelsen i retning af at lade den anførte høje grad af formalisering erstatte af »*en mere konkret bedømmelse af karakteren af den interesse*, der skal begrunde inhabilitet«.

Genstanden for denne konkrete vurdering er i høj grad interessens materielle karakter, idet rådet anfører, at »*er den personlige interesse alene af fagpolitisk eller ideelt betonet karakter*, vil det ofte forekomme mindre rimeligt at afskære den pågældende fra at deltage i en sags behandling«.

Tilsynsrådet anvender således et bedømmelsesgrundlag karakteriseret ved, at dominansen af elementer, der vedrører graden af tilknytning, modificeres og suppleres af elementer vedrørende denne tilknytnings og dermed interessens materielle karakter.

Herudover foretages også en indsnævring af de tilknytningsgrader, der kan begrunde inhabilitet. Tilsynsrådet fastslår således som sikkert udgangspunkt den retningslinje, at inhabilitet foreligger i forhold til sager, »*der direkte berører den pågældendes arbejdssituation eller forholdene på den skole, han er ansat ved*«. Og at den kommunalt ansatte omvendt som udgangspunkt vil være habil under kommunalbestyrelsens behandling af sager, der vedrører kommunens andre skoler (ansættelsessteder) med

mindre der må antages at kunne blive tale om en afledt virkning for vedkommende arbejdssituation eller ansættelsessted, en afledt virkning som vel at mærke kvalificeres til at være »ikke betydningsløs«.

Rækkevidden heraf konkretiseres i tilsynsrådets afgørelse, i hvilken der statueres habilitet, til trods for at tilsynsrådet selv fastslår, at udbygningsplanen for så vidt angår spørgsmålet om skolestruktur »efter det oplyste *har berørt de skoler, som de ovennævnte byrådsmedlemmer er ansat ved*«. Når tilsynsrådet på trods heraf alligevel statuerer habilitet, beror det på, at de anførte virkninger efter rådets opfattelse ikke er tilstrækkeligt konkretiserede og/eller aktuelle, idet kommunalbestyrelsens afgørelse alene har karakter af en *principbeslutning*. Rådet udtaler således, »at der ikke i det behandlede forslag var lagt op til, at der på mødet skulle træffes konkrete beslutninger om en ændring i skolestrukturen, idet der i forslaget til principbeslutning alene var peget på skoleområder, hvor ændring i skolestruktur/skolenedlæggelser var påkrævede«.

Rækkevidden af tilsynsrådets (ændrede) retsopfattelse tydeliggøres yderligere i rådets stillingtagen til nogle andre habilitetsspørgsmål omfattet af den samme sag. Således om de ved skolevæsenet ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse i sager om ændring i timestfordelingsplan for specialklasser.

Om graden af tilknytning oplyses i kommunalbestyrelsens redegørelse, »at sagen må formodes at have *direkte* betydning for skoleinspektør ..., skoleinspektør ..., lærer ..., da timeplanen vedrører specialklasser ved skoler, som de er ansat ved, hvorfor de pågældende kan tænkes at have en interesse i disse klassers timestal«. Herudover anføres, at »*indirekte* kan timestfordelingsplanen have interesse også for skoleinspektør ..., da der muligvis på et senere tidspunkt vil blive etableret specialklasser på ... skole. På den anden side skønnes det ikke rimeligt at antage, at de implicerede læreres skoleledere kan have nogen økonomisk fordel på grund af timestfordelingsplanerne«. Men samtidig anføres det, at »alle ansatte berøres dog af fagfordelingen på de skoler, hvor de er ansat«.

Tilsynsrådet anfører om disse tilknytningsforhold, at timestfordelingsplanen for specialklasser m.v. »*har i særlig grad berørt de skoler, som har specialklasser, bl.a. ...skole og ... skole, hvor der som foran nævnt er ansat byrådsmedlemmer*«.

Når tilsynsrådet på trods af den således foreliggende meget høje grad af tilknytning alligevel vælger at statuere habilitet, beror det helt klart på en

Anden del. Kap.VII.1.2.4.1.1.

af rådet anlagt vurdering af den foreliggende interesses *materielle karakter*.

Tilsynsrådet udtaler således, at »det behandlede forslag går ud på en ændret timefordeling for *alle* (rådets understregning) kommunens specialklasser, som er *nødvendig*gjort (rådets understregning) af de i undervisningsministeriets ovennævnte bekendtgørelse stillede krav ... *Ændringerne synes i øvrigt i væsentlig grad begrundet i hensyn til eleverne ud fra bl.a. socialpædagogiske overvejelser, hvorfor de nødvendige tilpasninger i ikke ubetydelig grad synes at måtte finde sted på de berørte skoler i forbindelse med den almindelige skemalægning*«.

1.2.4.1.1. Slækkelse af reguleringsintensiteten på grundlag af kriterier for graden af tilknytning

Tendensen til indsnævning af de inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader, kommer bl.a. til udtryk i kvalificerede konkrete vurderinger af spørgsmålet om eksistensen af en med tilknytningsforholdet korresponderende interesse og denne interesses påvirkningsmulighed. Herudover - og i snæver forbindelse hermed kommer denne tendens også til udtryk i inddragelse af spørgsmålet om den primære afgørelses generelle form samt forskellige udtryk for sagsbehandlings stadier som kriterier, der kan afsvække sandsynligheden for eksistensen af en inhabilitetsbegrundende interesse.

Til illustration heraf kan anføres en sag, om en viceskoleinspektør ansat ved en af kommunens skoler og en erhvervsorienteringskonsulent ansat ved kommunens skolevæsen kan deltage i behandlingen af kommunens skoleudbygningsplan (TR Sønderjylland 089-21-99-1-79 af 9/2-1979).

Tilsynsrådet statuerer habilitet. Som grundlag herfor udtaler rådet, »at planen, der stort set må anses for at være en *ajourføring af den eksisterende skoleplanlægning*, efter tilsynsrådets opfattelse helt overvejende er af beskrivende og konstaterende art *alene indeholdende principielle udredninger, som ikke indebærer konkret stillingtagen til de enkelte punkter i planen* ...«.

Dette grundlag for at statuere habilitet er principielt afvigende i forhold til den ovenfor behandlede praksis, hvorefter den primære sags materielle karakter af strukturspørgsmål i vidt omfang bevirker inhabilitet. Denne praksis bygger jo netop på en forudsætning om, at den overordnede/generelle planlægning giver indflydelsesmuligheder, hvis konkrete virknin-

ger ofte ikke lader sig gennemskue på planlægningens tidspunkt. Det forhold, at planen eventuelt ikke ændrer stort eller blot er en konsekvent videreførelse af noget allerede eksisterende, forekommer ikke i sig selv at være et adækvat grundlag for at statuere inhabilitet. Garantihensynet, der ligger til grund for habilitetskravene, er naturligvis neutralt i forhold til spørgsmålet om forandring contra status quo.

Tilsynsrådet synes at forudsætte en høj grad af planmæssig konkretisering for at antage en inhabilitetsbegrundende interesse. Dette kommer til udtryk i rådets efterfølgende udtalelse om, at der med afgørelsen ikke er taget »stilling til de pågældendes eventuelle habilitet ved byrådets fremtidige konkrete stillingtagen til de enkelte punkter (udbygning, nyopførelse af skole, distriktsinddeling, fordeling af timetal m.v.)«. I forhold til sådanne planer lægger tilsynsrådet ikke blot vægt på graden af konkretisering, men også at denne er udtryk for en høj grad af tilknytning til vedkommende kommunalt ansatte. Det må således efter tilsynsrådets opfattelse »bero på en konkret vurdering, hvorvidt et kommunalbestyrelsesmedlem, der er ansat som lærer ved en af kommunens skoler, har en sådan interesse i en beslutning, *der antages at ville kunne få betydning for omfanget af undervisningen ved den skole, hvor pågældende er ansat, at vedkommende bør erklæres inhabil*«.

Og når et kommunalbestyrelsesmedlem, hvis ægtefælle er ansat ved X skole, opfatter sig som habil i forhold til en sag om justering af kommunens udbygningsplan for skolevæsenet og fritidsundervisningen med henvisning til, at sagen er af »*principiel karakter*«, er dette udtryk for en udelukkende slutning fra beslutningens formelle benævnelse. I forhold hertil må kommunalbestyrelsen på grundlag af en reel vurdering nå til det resultat, at udbygningsplanen *berører meget konkret den skole, hvor klageren er tjenstgørende som ..., hvor lærer ...'s hustru er tjenstgørende som lærer*«. Kommunalbestyrelsens opfattelse af sagens konkrete karakter synes oplagt rigtig. Der er således til X skole i forslaget afsat et beløb til »yderligere udbygning af skolen«. Økonomiudvalget fremfører hertil et ændringsforslag, hvorefter beløbene »enten anvendes til opførelse af en ... skole *eller* opførelse af en klassefløj ved X skole ...« (TR Sønderjylland 089-7-99-9-79 af 17. marts 1980).

Selv efter dette ændringsforslag forekommer graden af sandsynlighed - som denne i hvert tilfælde lader sig aflæse af forslagets formulering - for at X skole berøres at være stor. Afgørende bliver herefter, hvilken grad af

Anden del. Kap.VII.1.2.4.1.1.

sandsynlighed for interessens eksistens og gennemslagsmulighed, der anses for habilitetsbegrundende.

Karakteren af denne vurdering kommer klart til udtryk i forbindelse med spørgsmålet om de pågældende læreres habilitet ved behandlingen af spørgsmålet om oprettelsen af en førstelærerstilling ved X skole. De to lærere er selv ansat ved Y skole, og herudover er den ene lærers ægtefælle som anført ansat ved X skole. Begge lærere erklæres inhabile af kommunalbestyrelsen. For så vidt angår den lærer, hvis tilknytning alene er bestemt af ansættelse ved skolevæsenet udtaler kommunalbestyrelsen, at *»... som er ansat ved kommunens skolevæsen kan have en vis interesse i, at en sådan stilling oprettes, dels som mulig ansøger, dels af kollegiale/ organisationsmæssige grunde«*.

Denne afgørelse er tilsynsrådet ikke enig i, idet rådet mener, at vedkommende næppe har en så »direkte« interesse. Rådet lægger herved vægt på, *»at beslutningen ikke har nogen virkning for ...'s tjenestested, og at den pågældende stilling vil kunne søges af en stor og ubestemt kreds af lærere, og at der således ikke på forhånd er noget grundlag for at antage, at oprettelsen af stillingen skulle medføre nogen mærkbar forbedring af ...'s advancementsmuligheder«*.

Det mest specifikke udtryk for det nærmere indhold af kravet om konkretisering af interessens (aktuelle) eksistens fremstår i en sag, i hvilken ombudsmanden sanktionerer indenrigsministeriets tilsidesættelse af tilsynsrådets afgørelse om annullation af en kommunalbestyrelsesbeslutning vedrørende udbygningsplanen for folkeskolen og fritidsundervisningen (FOB 1980 s. 582ff).

Tilsynsrådet har som grundlag for sin afgørelse om annullation af kommunalbestyrelsens beslutning lagt vægt på, at kommunalbestyrelsens forslag til ændring af udbygningsplanen indbefatter nedlæggelse af X skole, hvilket efter tilsynsrådets opfattelse ville kunne få virkninger for Y skole, ved hvilken det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem er ansat som pedel.

Såvel indenrigsministeriet som ombudsmanden accepterer explicit tilsynsrådets retsopfattelse, hvorefter en afledt virkning for vedkommendes ansættelsessted (Y skole) konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse.

Indenrigsministeriet gentager således den ovenfor anførte regel, hvorefter et kommunalbestyrelsesmedlem »som hovedregel ikke ville være

inhabil ved kommunalbestyrelsens behandling af sager, der vedrører andre skoler i kommunen end den skole, han er ansat ved. Dette gælder dog ikke, hvis det må antages, at kommunalbestyrelsens beslutning i sagen vil have afledt virkning på hans arbejdssituation eller på forholdene på den skole, som han er ansat ved«.

Ombudsmanden henviser til synspunkter anført i FOB 1979 s. 119ff, hvorefter en kommunalt ansat i almindelighed vil være afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af sager, »*der specielt vedrører den pågældende institution*«. Herom er der imidlertid efter ombudsmandens opfattelse ikke spørgsmål i den foreliggende sag.

Afgørende for indenrigsministeriets og ombudsmandens prøvelse af tilsynsrådets afgørelse bliver herefter, om og i bekræftende fald med hvilken grad af sandsynlighed der kan tænkes at indtræde en virkning for Y skole, som konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse for pedellen.

Kommunalbestyrelsen påpeger, at nedlæggelse af X skole ikke vil få nogen betydning for Y skole.

Med hensyn til bedømmelsesgrundlagets karakter af konkret interessevurdering, udtaler tilsynsrådet, at rådet under sagens behandling har »været fuldt opmærksomt på, at der i overensstemmelse med *indenrigsministeriets ændrede opfattelse* må være plads for en mere konkret vurdering af inhabilitetsspørgsmål i sager, der vedrører andre skoler i kommunen end den, hvor det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem er ansat ...«.

Om beslutningens muligt afledte virkning er det tilsynsrådets opfattelse, at en nedlæggelse af X skole »kunne føre til overvejelser om nedlæggelse af X skole ikke er af en art og en styrke, som begrundet inhabilitet«.

Tilsynsrådets opfattelse om, at en nedlæggelse af X skole »*ville kunne*« føre til nedlæggelse af en anden skole betegner kommunalbestyrelsen som værende af »rent hypotetisk art«, og uantagelig, når der ikke »henvises til nogen bestemt skole, hvorved det yderligere skulle kunne antages, at der ville være afledt virkning på pedellens arbejdssituation eller forhold«.

Når tilsynsrådet statuerer inhabilitet på trods af en ringe grad af sandsynlighed for eksistensen af de med interessen korresponderende faktiske forhold, beror det angiveligt på ønsket om, »at undgå en opfattelse blandt borgerne om, at det pågældende medlems opfattelse, hvorefter X skole bør nedlægges kunne være motiveret med, at hans egen stilling som pedel på en anden skole derved sikres«.

Denne henvisning til tillidshensynet afviser kommunalbestyrelsen med

Anden del. Kap.VII.1.2.4.1.1.

en bemærkning om, »at det efter kommunalbestyrelsens opfattelse i den givne sag under de givne omstændigheder ikke er muligt at generalisere en sådan opfattelse blandt kommunens borgere«.

Heller ikke indenrigsministeriet mener, at tillidshensynet kan legitimere en afgørelse om inhabilitet, men indenrigsministeriet slutter i denne henseende fra den ringe grad af sandsynlighed for interessens eksistens til en ringe risiko for, »at der blandt kommunens borgere skulle være den formening, at ... skulle være motiveret af hans ønske om at bevare sin nuværende stilling som pedel ved ... skole, og ikke af rent saglige hensyn«.

Som udgangspunkt for ombudsmandens vurdering af interessens eksistens lægges vægt på, at kommunalbestyrelsens beslutning »ikke havde karakter af *en konkret afgørelse med henblik på gennemførelse men havde karakter af principvedtagelser ...*«.

Når forbindelsen og dermed interessen således ikke er konkretiseret i selve kommunalbestyrelsens beslutning, må interessens eksistens efter ombudsmandens opfattelse afhænge af en sandsynlighedsvurdering, jfr. »må der naturligvis lægges vægt på, hvor sandsynligt, henholdsvis hypotetisk, det er, at den ansatte eller hans institution overhovedet vil blive berørt (i væsentlig grad) af beslutningen«.

Ombudsmanden går i denne henseende ind i en meget intensiv prøvelse af tilsynsrådets skøn: »Det er vel rigtigt, at afgørelsen vedrørende ... skoles placering må have den indirekte virkning, at spørgsmålet om ... skolens overførsel til ..., hvor ... er pedel, mister aktualitet - *men det må herved komme i betragtning, at denne overførelse i ændringsforslaget af ... alene fremtrådte som en blandt en række andre løsningsmuligheder vedrørende ungdomsskolens placering*«. Og hvad angår det forhold, tilsynsrådet har lagt vægt på, at alternativet til nedlæggelse af X skole kunne være nedlæggelse af andre skoler i kommunen, udtaler ombudsmanden: »Der er imidlertid hverken i tilsynsrådets udtalelser eller i det i øvrigt foreliggende noget konkret grundlag for den antagelse, at spørgsmålet om nedlæggelse af andre skoler har aktualitet«.

Afgørelsen må således ses som et krav om en høj grad af sikkerhed for eksistensen *af det faktum, som er udtryk for interessens aktuelle realisation i den primære afgørelses indhold*. I forhold hertil anerkendes *beslutningsprocessen i sig selv* (eventuelt i form af principbeslutninger) kun som grundlag for inhabilitet, når beslutningsprocessen med høj grad af sandsynlighed ville føre til en primær afgørelse af et sådant indhold.

Til yderligere illustration heraf skal anføres en sag, om lærere ansat ved kommunens skolevæsen kan deltage i behandlingen af spørgsmål om »revisionen af udbygningsplanen for folkeskoleområdet m.v. herunder fastlæggelse af principper« (TR Sønderjylland 089-513-99-4-81 af 23. november 1983).

I forbindelse hermed forelå indstilling fra økonomiudvalget om revision af kommunens skolestruktur med indskrænkning til 4 spor *ved nedlæggelse af X skole*.

Et kommunalbestyrelsesmedlems ægtefælle er ansat som lærer ved X skole. Tre andre kommunalbestyrelsesmedlemmer er ansat ved kommunens øvrige skoler.

Tilsynsrådet lægger vægt på, at »X skoles eventuelle nedlæggelse skulle drøftes, *men at sagen i øvrigt er af generel planlægningsmæssig art*«.

Herefter erklæres det kommunalbestyrelsesmedlem, hvis ægtefælle er ansat ved X skole inhabil.

For så vidt angår de øvrige ansatte ved skolevæsenet mener tilsynsrådet ikke, at der foreligger inhabilitet. Tilsynsrådet lægger i denne forbindelse vægt på, »at der ikke skulle tages *endelig* stilling til X skoles nedlæggelse«. Og da der således ikke skulle tages endelig stilling til X skoles nedlæggelse, kan »den eventuelle afledte virkning for disse medlemmers eget tjenestested *vanskeligt konkretiseres i denne fase af beslutningsprocessen*«.

Resultatet bliver således, at den *ikke endelige* stillingtagen til X skoles forhold - som altså nærmest har karakter af en *principbeslutning* - begrundet en inhabilitetsbegrundende interesse for ansatte ved denne institution, mens man ikke anerkender den heraf afledte virkning for kommunens øvrige skoler som grundlag for en inhabilitetsbegrundende interesse. Tankegangen er klart nok den, at den direkte interesse den ansatte ved X skole har i *forberedelsen af en eventuel beslutning om nedlæggelse - principbeslutning - netop på grund af sagens karakter af principbeslutning, betinger en yderligere fjernere/indirekte grad af tilknytning til sagen for ansatte ved kommunens øvrige skoler*.

Fælles for de to sager er således tendensen til at lade den konkrete interessevurdering udmønte sig i et krav om den aktuelle tilstedeværelse af interessens materielle grundlag eller i hvert tilfælde en høj grad af sikkerhed for dette grundlags fremtidige eksistens og realisering.

Herudover - og i snæver sammenhæng hermed - inddrages spørgsmålet om den primære afgørelses generelle form og/eller sagsbehandlings

Anden del. Kap.VII.1.2.4.1.2.

præliminære karakter som kriterium for tilknytningens og dermed interessens indirekte karakter.

1.2.4.1.2. Slækkelse af reguleringsintensiteten på grundlag af kriterier for interessens materielle karakter

Som anført kan bedømmelsesgrundlaget bestå af elementer, som er rene udtryk for henholdsvis graden af tilknytning og interessens materielle karakter og/eller materielle kriterier sammensat heraf, hvilket vil sige, at de efter deres indhold giver udtryk for interessens materielle karakter på et grundlag som er snævert forbundet eller sammenfaldende med spørgsmålet om graden af tilknytning. Karakteristisk for de påviste tendenser i retning af slækket reguleringsintensitet er bl.a. øget brug af sådanne rene eller sammensatte kriterier for interessens materielt lovlige karakter.

Til illustration af sådanne sammensatte begrebers anvendelse i praksis kan anføres den også ovenfor behandlede sag, om ansatte ved skolevæsenet kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af timestfordelingsplan for specialklasser og i spørgsmålet om udlån af lærere til ... skole. Det anføres i kommunalbestyrelsens redegørelse til tilsynsrådet, at førstnævnte sag »må formodes at kunne have *en direkte* betydning for skoleinspektør X, skoleinspektør Y og lærer Z, da timeplanen vedrører specialklasser ved skoler, som de er ansat ved, hvorfor de pågældende kan tænkes at have en interesse i disse klassers timestal«. Hertil føjes, at timestfordelingsplanen »*indirekte*« også kan have interesse for skoleinspektør ..., da der muligvis senere vil blive etableret specialklasser på ... skole. Og endelig anføres, at alle ansatte berøres af fagfordelingen på de pågældende skoler, hvor de er ansat.

Kommunalbestyrelsen anfører endelig mere overordnet bl.a., »at der er tale om sager af overvejende *generel karakter* og i intet tilfælde om foranstaltninger, *der isoleret angår en af de skoler*, ved hvilken de nævnte byrådsmedlemmer er ansatte, og at der følgelig efter et rimeligt skøn ikke synes at kunne påpeges en personlig og/eller økonomisk interesse hos disse medlemmer i sagsudfaldet af en sådan styrke, at inhabilitet burde have været statueret ...«.

Tilsynsrådet tilslutter sig kommunalbestyrelsens resultat men bygger sin afgørelse på et bedømmelsesgrundlag, der udover spørgsmålet om den primære afgørelses generelle form og betydning for en stor gruppe

kommunalt ansatte, også meget stærkt markerer betydningen af spørgsmålet om interessens materielle karakter. Tilsynsrådet udtaler således, at forslaget går ud på en ændret timestfordelingsplan »for *alle* kommunens specialklasser, som er *nødvendiggjort* af de i undervisningsministeriets ovennævnte bekendtgørelse stillede krav ...«.

Tilsynsrådet har umiddelbart forinden udtalt, at spørgsmålet om timestfordelingsplan »... har i særlig grad berørt de skoler, som har specialklasser, bl.a. ... skole og ... skole, *hvor der som foran nævnt er ansat byrådsmedlemmer*«. Tilsynsrådets bedømmelsesgrundlag skal ses i sammenhæng med, at tilsynsrådet om bedømmelsesgrundlaget i sager vedrørende strukturspørgsmål udtaler, at der ved afgørelsen af »sådanne sager af *generel karakter* må være anledning til en mere konkret bedømmelse af karakteren af den interesse, der skal begrunde inhabilitet. *Er en personlig interesse alene af fagpolitisk eller ideelt betonet karakter*, vil det ofte kunne forekomme mindre rimeligt at afskære den pågældende fra at deltage i sagens behandling«. Og i umiddelbar forlængelse heraf udtaler tilsynsrådet om afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning, at en lærer eller skoleinspektør ved en af kommunens skoler »som udgangspunkt vil være afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag, der *direkte berører den pågældendes arbejdssituation eller forholdene på den skole, han er ansat ved*«.

I de anførte tilfælde foreligger netop en sådan grad af tilknytning mellem vedkommende ansatte og de spørgsmål i forhold til hvilke deres habilitet bedømmes. Når der alligevel ikke statueres inhabilitet, må det i væsentlig grad bero på, at den ved forbindelsen konstituerede interesse anses for at være af *fagpolitisk eller ideelt betonet karakter* og derfor materielt af en art, som ikke begrunder inhabilitet.

Tankegangen udtrykkes helt overordnet af indenrigsministeriet i en sag vedrørende forskellige spørgsmål om kommunalt ansattes specielle habilitet i kommunalbestyrelsen, hvor ministeriet med henvisning til tidligere udtalelser anfører, »at den *almindelige interesse*, som et kommunalbestyrelsesmedlem kan have i en sag, der vedrører en kommunal institution, som det pågældende medlem eller dets børn benytter, ikke bevirker inhabilitet« (ministeriets kursivering) (IM 1979/123/1007-1 af 11. marts 1980). Dette skal ses i forbindelse med, at indenrigsministeriet som generelle kriterier for, hvornår inhabilitetskravene må afgrænses med tilbageholdenhed, anfører tilfælde, hvor »sager af mere generel karakter ...

Anden del. Kap.VII.1.2.4.1.2.

får betydning for en stor kreds af borgere» (IM 1979/1091-2, notat til ministeren af 14. februar 1979 og IM 1979/123/1626-3, skrivelse af 10. april 1979).

Til yderligere illustration kan anføres en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem, der er souschef i kommunens social- og sundhedsforvaltning, kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af kommunens sociale udbygningsplan (IM 1980 /1130/1600-8 af 1. april 1981).

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet med henvisning til en retsopfattelse, der indebærer en vid afgrænsning af de inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold. Tilsynsrådet udtaler således, at »ansættelse i en af kommunens forvaltningsgrene generelt set er egnet til at vække en vis tvivl om, hvorvidt den pågældendes stillingtagen i en sag, der vedrører denne forvaltningsgren, udelukkende vil være baseret på saglige hensyn«.

Tilsynsrådet finder subsumptionen under dette retsgrundlag bestyrket af vedkommendes centrale placering i det administrative hierarki, jfr. således rådets udtalelse om, at rådet »har fundet denne antagelse bestyrket i det foreliggende tilfælde, idet den pågældende som næstkommanderende i socialforvaltningen har en central placering i relation til alle forvaltningen tilknyttede funktioner og har medvirket ved udbygningsplanens udarbejdelse. *Denne plan indebærer bl.a. tilkendegivelser vedrørende bemanningen af den administrative sektor inden for social- og sundhedsforvaltningen*«. Indenrigsministeriet tilsidesætter tilsynsrådets afgørelse, idet ministeriet udtaler, at man »ikke kan tilslutte sig tilsynsrådets afgørelse«.

Indenrigsministeriet henviser som grundlag for sin afgørelse direkte til det ovenfor omhandlede kriterium for interessens materielle lovlighed, idet ministeriet udtaler, »at der var tale om behandling af en social udbygningsplan, *der vil få virkning for næsten alle kommunens indbyggere ...*«. I forhold til sådanne sager stiller indenrigsministeriet vidtgående krav til den inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning. Ministeriet udtaler således, at »når en sag af en sådan karakter behandles i byrådet, bør det som forudsætning for at statuere inhabilitet ... efter den generelle vurdering være antageliggjort, at der foreligger en *personlig og/eller økonomisk interesse af en sådan art og styrke ...*«.

Det er således end ikke tilstrækkeligt til at begrunde en inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning, at sagen er af betydning for vedkommendes ansættelsessted, tilknytningen må yderligere kvalificeres, idet den skal kunne konstituere en egen-interesse i snæver forstand.

Tilbage er så kun den ovenfor anførte problemstilling, at der stadig som følge af ansættelsesforholdet eksisterer et interessegrundlag, som må være særegent for den kommunalt ansatte. Den af tilsynsrådet påpegede interesse, som den udspringer af planens indvirkning på vedkommendes arbejdsforhold, er naturligvis af ganske andet indhold, end den interesse kommunens befolkning som brugere af det sociale apparat kan have i sagen.

Dette problem løser indenrigsministeriet ved at stemple de af ansættelsesforholdet udspringende interesser som materielt lovlige *sui generis*. Indenrigsministeriet finder således, »at en kommunalt ansat *professionelle interesse* i en sag, der behandles i byrådet, *ikke i sig selv vil kunne skabe mistillid til byrådets afgørelser ...*« (sidste kursiv indsat af indenrigsministeriet).

Konstruktionen interessens udbredelse og den primære afgørelses form danner således grundlag for bestemmelsen af interessens materielt lovlige karakter (jfr. yderligere herom nedenfor afsnit 5.1.).

2. Ikke-struktursager

Selv om den indtil nu behandlede praksis hovedsageligt har omhandlet strukturspørgsmål, fremtræder de formulerede retssætninger i vidt omfang som almindeligt gældende for alle habilitetssager vedrørende kommunalt ansattes specielle habilitet.

Da imidlertid bevægelserne i praksis har været domineret af spørgsmålet om strukturbegrebets betydning og rækkevidde i forbindelse med, at gruppen af ikke-struktursager i materiel henseende er yderst sammensat, er besvarelsen af spørgsmålet om habilitetskravenes afgrænsning betydeligt mere komplekst end de ovenfor – i sig selv usikre – retningslinjer kunne give indtryk af.

Medens habilitetskravenes ydre grænser formentlig – indtil nu – er rimeligt sikre i den forstand, at kommunal ansættelse ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at begrunde inhabilitet, idet den primære sag som minimum skal have afledt virkning for vedkommende selv eller dennes ansættelsessted, efterlader spørgsmålet om habilitetskravenes *indre* grænser betydelig større usikkerhed. På grundlag af det ovenfor anførte skulle der således med sikkerhed kunne statueres inhabilitet i forhold til alle

Anden del. Kap.VII.2.

sager, som på ikke uvæsentlig måde direkte vedrører vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems personlige eller økonomiske interesser, idet sagens genstand er vedkommendes ansættelses- eller arbejdsforhold eller - som følge af identifikation - arbejdssituationen eller forholdene ved det pågældende ansættelsessted (jfr. indenrigsministeriets principielle udtalelse herom s. 335). Som det vil blive påvist umiddelbart nedenfor, har end ikke en sådan tilsyneladende sikker afgrænsning dækning i praksis som en regel. Selv om det forhold, at gruppen af ikke- struktursager i materiel henseende er mere sammensat, principielt må betinge, at bedømmelsesgrundlaget i højere grad er åbent for konkrete interessevurderinger, er tendensen til formalisering på materielt grundlag faktisk også udtalt i forhold til denne gruppe sager.

2.1. Varierende reguleringsintensitet på grundlag af materielle kriterier vedrørende løn, arbejds- og ansættelsesforhold

Som eksempel på slækkelse af reguleringsintensiteten på formaliseret grundlag kan henvises til praksis i sager, hvor den primære afgørelse er karakteriseret ved materielt at vedrøre de kommunalt ansattes fysiske arbejdsmiljø.

I forbindelse med afgørelsen af en konkret sag udtaler tilsynsrådet generelt, at en kommunalt ansat er inhabil i sager, »der vedrører ansættelsesforhold og arbejdsforhold for personalet i almindelighed eller for den persongruppe ... tilhører *men derimod næppe i almindelighed i sager, der vedrører bygningsændringer eller bygningsvedligeholdelse* eller i sager alene vedrørende kommunens andre plejehjem« (TR vejle 1979-089-611-9 -98a-1 af 21. marts 1979).

Medens denne retssætnings første del udtrykker en regel om inhabilitet i forhold til sager af et vist materielt indhold, er anden del udtryk for en retningslinje, ifølge hvilken der ikke er formodning for inhabilitet i sager, hvis materielle genstand er det fysiske arbejdsmiljø eller som i tilknytningsmæssig henseende er karakteriseret ved alene at vedrøre et andet ansættelsessted inden for den pågældende forvaltningsgren.

At der som udgangspunkt gælder en formodning mod inhabilitet i forhold til sager, hvis materielle genstand er arbejdsfaciliteter etc. kommer klart til udtryk, når der end ikke statueres inhabilitet, selv om graden af tilknytning betinger en egeninteresse i snæver forstand.

Som eksempel herpå kan anføres en sag, om en pantefoged, der er

medlem af kommunalbestyrelsen, må betragtes som inhabil i forbindelse med byrådets behandling af en sag om udbygning af kommunens administrationsbygning (TR Århus 0881-735-3-1977 af 15. august 1977).

Om omfanget og arten af vedkommendes interesse udtaler kommunalbestyrelsen, »at det pågældende medlem *havde en personlig interesse* i at få kommunekontoret udbygget, idet pågældende ville få *bedre arbejdsforhold*, medens pågældende ikke ville opnå bedre advancementsmuligheder eller økonomiske fordele iøvrigt ved ud- og ombygningen«.

Denne interessevurdering underbygges af en telefonisk oplysning om, at den pågældende pantefoged ikke har eget kontor. Hendes klienter må således ekspederes ved skranken i andres påhør. Den projekterede nybygning vil ændre dette forhold, idet hun herved vil få eget kontor.

Tilsynsrådet udtaler kort, at den pågældende ikke har været inhabil ved sagens afgørelse.

Der statueres således ikke inhabilitet, selv om den primære sag i allerhøjeste grad vedrører vedkommendes *egne arbejdsforhold*. Hertil kan føjes, at det foreliggende spørgsmål også er af stor betydning for vedkommendes ansættelsessted som sådant.

Den retsopfattelse, der her kommer til udtryk understøttes indirekte af indenrigsministeriet i dettes afgørelse af en lignende sag, om en lærer, som er ansat ved skolen Y, og som tillige er fodboldtræner i idrætsforeningen X, lovligt har kunnet deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag om tilskud og lån til den selvejende institution Z (IM 1978/1130/1600-5, skrivelse af 10. april 1979).

Tilsynsrådet udtaler, at »... uagtet den trufne afgørelse *ikke med sikkerhed* vil medføre en umiddelbar ændring af hans løn- og ansættelsesforhold, dog under hensyn til sagens ikke uvæsentlige betydning for idrætsforeningen X og skolen Y måtte anses for at have en sådan interesse i sagens afgørelse, at han måtte antages at have været inhabil«.

Om vedkommendes tilknytning via ansættelsen som skolelærer oplyses, at han underviser i gymnastik 6 timer om ugen. Skolen har egen gymnastiksal men har gennem en længere årrække lejet timer i den pågældende hal. Det oplyses, at udvidelsen af hallen, til hvilket lånet skal anvendes, indebærer bedre omklædningsfaciliteter for hallens brugere, og at ... skole vil få bedre mulighed for deponering af skolens gymnastikmateriel.

Om vedkommendes tilknytning via stillingen som fodboldtræner i idrætsforeningen oplyses, at vederlaget herfor er 10.000 kr. årligt, og at

Anden del. Kap.VII.2.1.

idrætsforeningen vil få mulighed for at leje lokaler til klubvirksomhed i hallen.

Resultatet af den foretagne interessevurdering er således, at der eksisterer mulighed for, at det pågældende spørgsmål bliver af betydning for vedkommendes løn- og ansættelsesforhold, jfr. formuleringen *»ikke med sikkerhed vil medføre umiddelbar ændring af hans løn- og ansættelsesforhold ...«*. Projektet vil med sikkerhed få en *»ikke uvæsentlig betydning«* for begge de ansættelsessteder, til hvilken han er knyttet. Endelig kan det med sikkerhed fastslås, at projektet vil få betydning for vedkommendes arbejdsforhold.

Sagen forelægges indenrigsministeriet, der henviser til den almindelige formel, hvorefter interessens inhabilitetsbegrundende karakter bl.a. afhænger af, »om den pågældende har en væsentlig personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald.

Ministeriet konkluderer, at vedkommendes interesse ikke *»er af så væsentlig karakter, at han har været inhabil«*.

Som afgørende for bedømmelsen henviser indenrigsministeriet til den ovenfor anførte konstruktion vedrørende interessens materielle karakter, som denne kommer til udtryk i interessens udbredelse i befolkningen. Indenrigsministeriet udtaler således, at »udvidelsen af hallen vil komme også andre idrætsforeninger og i det hele taget *en stor kreds af kommunens borgere til nytte«*.

Herudover henviser indenrigsministeriet også til, »at udvidelsen ikke antages at medføre nogen *lønmæssige* ændringer i ...s ansættelsesforhold som lærer ved X skole og fodboldtræner ved idrætsforeningen Y«.

På grundlag heraf når indenrigsministeriet til det resultat, at vedkommende ikke kan siges at have haft *»en væsentlig økonomisk interesse i sagens udfald«*. Den *personlige interesse*, som ... herudover har haft ved sagens afgørelse i kommunalbestyrelsen, er efter indenrigsministeriets opfattelse *»ikke af så væsentlig karakter*, at dette moment alene skulle medføre inhabilitet«.

Når der således ikke statueres inhabilitet i forhold til afgørelser, der er af betydning for såvel vedkommende ansattes personlige arbejdsforhold som for ansættelsesstedet som sådant, må dette utvivlsomt i væsentlig grad begrundes i overvejelser over interessens materielle karakter, som disse overvejelser kommer til udtryk i afgørelserne og den ovenfor anførte retningslinje, hvorefter kommunalt ansatte ikke i almindelighed er inhabile

i forhold til sager, der vedrører »bygningsændringer eller bygningers vedligeholdelse«.

Dette resultat betyder også indirekte af de tilfælde, hvor der enten statueres inhabilitet i forhold til sager, som i henseende til såvel graden af tilknytning som interessens materielle karakter frembyder stor lighed med sager vedrørende det fysiske arbejdsmiljø, eller hvor der statueres inhabilitet, selv om graden af tilknytning er af mere indirekte og/eller usikker karakter.

På baggrund heraf måtte det være nærliggende at statuere habilitet i forhold til sager om bygningsfaciliteter etc. ved fjernere grader af tilknytning end de netop omhandlede. Imidlertid frembyder praksis - noget modsigelsesfuldt - eksempler på skærpede habilitetskrav, idet der statueres inhabilitet, selv om den primære sag alene eller hovedsageligt er af betydning for vedkommendes ansættelsessted eller for forholdet mellem dette og andre ansættelsessteder, uden på nogen måde at berøre vedkommende personligt.

Til illustration heraf kan anføres en sag, om en lærer ved X skole og en skolebibliotekskonsulent ved samme skole kan deltage i behandlingen af en sag vedrørende X skoles skolebyggeplaner på grundlag af indstillinger fra kulturelt udvalg om, at firmaet ... i samarbejde med X skoles lærerråd udarbejder forslag til om- og tilbygning for et beløb af ca. 13 mill. kr (IM 1979/123/1007-2 af 11. marts 1980).

Med hensyn til den mere generelle afgrænsning af de inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader udtaler tilsynsrådet, at »inhabilitet foreligger ikke blot, hvis afgørelsen berører medlemmets egne arbejds- og lønforhold, men også hvis afgørelsen har en ikke uvæsentlig betydning for medlemmets tjenestested«.

Tilsynsrådet statuerer på grundlag heraf inhabilitet med henvisning til, »at sagen efter tilsynsrådets formening havde en *sådan betydning for Deres tjenestested* ...« (TR Sønderjylland 089-7-99-3-79, skrivelse af 23. april 1979).

Sagen omfatter reelt tre forskellige spørgsmål, der selv om de er tæt indbyrdes forbundet, dog må siges at være forskellige i henseende til spørgsmålet om graden af tilknytning:

- 1) Udarbejdelse af forslag vedrørende om- og tilbygning af X skole inden for et beløb af 13 mill. kr.

Anden del. Kap.VII.2.1.

- 2) Stillingtagen til at firma ... udarbejder forslag til renovering af Y skoles gymnastiksal, herunder alternativ løsning med tilbygning af ny sløjdsal eller toilet og andre birum.
- 3) at ... firma tilknyttes byggeri af ny hal og ny skole, således at det eventuelt drøftes med ... firma at opføre hal og skole som typebyggeri.

Tilsynsrådets afgørelse om inhabilitet omfatter alle tre spørgsmål, uden at der i habilitetsmæssig henseende sondres mellem disse. En sådan sontring synes der imidlertid at være grundlag for, idet tilsynsrådets henvisning til sagens betydning »for de to medlemmers tjenestested« vel alene dækker det under 1) anførte spørgsmål. Hvad angår de to øvrige spørgsmål, er i hvert tilfælde det under 2) anførte karakteriseret ved at vedrøre et andet ansættelsessted end det, til hvilket de to kommunalbestyrelsesmedlemmer er knyttet. Spørgsmålet ses hverken direkte eller indirekte at være af betydning for vedkommendes ansættelsessted, hvortil kommer at spørgsmålet materielt er karakteriseret ved alene at vedrøre de fysiske rammer for de til Y knyttede ansatte. Det sidstanførte gælder tilsvarende for spørgsmål 3), da dette alene vedrører den tekniske realisation af en beslutning om nybyggeri og ikke denne beslutning som sådan.

Som inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning anfører indenrigsministeriet for det første vedkommendes »egen personlige og/eller økonomiske interesse«. Som en fjernere men dog som hovedregel inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning anfører ministeriet herefter, »at et kommunalbestyrelsesmedlem, der er kommunalt ansat, *som udgangspunkt vil være afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag, der vedrører den institution, hvor den pågældende er beskæftiget*«. Denne formodning om inhabilitet gælder vel at mærke også, selv om den pågældende sag ikke berører vedkommende selv. Som baggrund for denne antagelse anfører indenrigsministeriet, »at den pågældende, *uanset at hans egen arbejdssituation ikke berøres, dog formodes at have visse loyalitethen-syn, dels over for den pågældende institution, dels over for sine kollegaer, der er ansat ved denne*«.

Indenrigsministeriet statuerer inhabilitet med henvisning til, at »sagerne vedrører den skole, ved hvilken De er ansat, og sagernes udfald må skønnes at have en ikke uvæsentlig betydning for *samtlige ansatte* ved skolen«.

Hvor indenrigsministeriet som anført ovenfor har statueret habilitet med

henvisning til interessens udbredelse såvel alment i kommunen som blandt kommunalt ansatte, bliver interessens udbredelse her et inhabilitetsbegrundende forhold, til trods for at interessen også materielt er af en karakter, som skulle tale mod inhabilitet.

Man bemærker sig i denne forbindelse, at ministeriet udtrykkeligt og særskilt anfører loyalitetshensyn over for den pågældende institution som sådan.

På baggrund heraf kan det ikke undre, at der – i overensstemmelse med den af ombudsmanden ovenfor anførte tredje grad af tilknytning – også kan statueres inhabilitet som følge af sagens betydning for det indbyrdes forhold mellem forskellige ansættelsessteder. Som eksempel herpå kan anføres et tilfælde vedrørende spørgsmålet, om skoleinspektøren ved X skole som kommunalbestyrelsesmedlem og formand for ejendomsudvalget kan deltage i behandlingen og afgørelsen af en sag om omprioritering af tidsfølgen for byggeri af henholdsvis X og Y skole (TR Sønderjylland 089-15-99-3-79 af 11. august 1980).

I klagen til tilsynsrådet anføres bl.a., at igangværende arbejde ved Y skole er stoppet, i forbindelse med at arbejdet ved X skole, som oprindelig var planlagt udført i 1983, er rykket frem til 1980.

Tilsynsrådet udtrykker den retsopfattelse, at en »skoleinspektør ved en af kommunens skoler *i almindelighed* vil være afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag, *der direkte berører hans arbejdssituation eller forholdene på den skole, han er leder af*. Den pågældende vil derimod som udgangspunkt være habil ved behandlingen af sager, der vedrører kommunens andre skoler, *med mindre det må antages, at beslutningen i sagen vil have afledt virkning på hans arbejdssituation eller forholdene på den skole, han leder*«.

Da beslutningen om byggeri ved Y skole samt beslutningen om dettes henlæggelse er udtryk for et valg mellem dette projekt og byggeri ved X skole, statuerer tilsynsrådet inhabilitet.

For så vidt angår sager af betydning for vedkommende kommunalt ansatte selv eller dennes ansættelsessted opererer tilsynsrådet - i modsætning til den i afsnittene ovenfor anførte praksis - med noget nær en regel om inhabilitet.

Begge de anførte tilfælde er karakteriseret ved, at genstanden for den primære sag er ansættelsesstedet (-steder) som sådan(ne). Om en særlig personlig interesse for de pågældende kommunalt ansatte kommunalbesty-

Anden del. Kap.VII.2.1.

relsesmedlemmer oplyses ikke. Interessevurderingen er således funderet på en formodning om loyalitet over for og identifikation med det pågældende ansættelsessted som sådant, jfr. indenrigsministeriets direkte henvisning hertil ovenfor s. 360.

Denne retsopfattelse fraviges imidlertid ganske af indenrigsministeriet i en efterfølgende sag vedrørende spørgsmålet, om et kommunalbestyrelsesmedlem, hvis ægtefælle er ansat ved en af kommunens skoler kan deltage i behandlingen af en sag om ombygning af den pågældende skole (IM 1982/123/1617-2 skrivelse af 23. juni 1983. Og TR Nordjylland 089-17-99-2-1982 af 5. oktober 1982).

Kommunalbestyrelsen statuerer inhabilitet på grundlag af en opfattelse, hvorefter ægtefællen, såfremt hun havde været medlem af kommunalbestyrelsen, ville have været inhabil ved sagens behandling, jfr. yderligere herom nedenfor afsnit 4.

Tilsynsrådet bygger i lighed med det netop anførte på en retsopfattelse, hvorefter kommunalt ansatte »som udgangspunkt vil være afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag, der vedrører *den institution*, hvori den pågældende er beskæftiget«.

Overført på det pågældende konkrete forhold betyder det efter tilsynsrådets opfattelse, at en lærer ved en kommunal skole er afskåret fra at deltage i behandlingen af sager »*der direkte berører den pågældendes arbejdssituation eller forholdene på den skole, han er ansat ved*«.

Tilsynsrådet antager ligesom kommunalbestyrelsen identifikation mellem ægtefæller men antager også, at der eksisterer en regel om modifikation, hvor der er tale om kommunale ansættelsesforhold. I sådanne tilfælde antager tilsynsrådet kun inhabilitet, hvor den primære sag »*i særlig grad vil berøre den ansattes interesser*«.

Tilsynsrådet statuerer herefter inhabilitet med henvisning til, at den primære sag berører hustruen »*i en sådan grad ...*«. Tilsynsrådet anlægger i denne henseende ikke nogen sondring med hensyn til interessens materielle karakter på grundlag af kriterierne løn-, ansættelses- eller arbejdsforhold, jfr. udtalelserne om, at »*ombygningen vil give større aktivitetsmuligheder og medføre forbedrede arbejdsforhold for lærerpersonalet*«.

I forhold hertil understreger indenrigsministeriet nødvendigheden af, at afgørelsen bygger på en konkret vurdering »af samtlige foreliggende omstændigheder« med hensyn til bedømmelsen af interessens »art og

styrke«. Og indenrigsministeriet udtaler i denne sammenhæng, at »*et kommunalt ansættelsesforhold kan således ikke i sig selv begrunde inhabilitet*«. Og at det »*ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at statuere inhabilitet, at sagen vedrører den institution, hvor den pågældende er ansat eller arbejdsforholdene på stedet*«.

Det er vanskeligt at se, i hvilket omfang indenrigsministeriet hermed distancerer sig fra de ovenfor omtalte tilfælde, hvor tilsynsråd og indenrigsministeriet selv eksplicit giver udtryk for en retsopfattelse, hvorefter der som følge af identifikation, kan statueres inhabilitet, hvor den primære sags genstand er *institutionen som sådan*, det vil sige uafhængigt af, om sagen har betydning for vedkommende personligt eller dennes kolleger. Selv om ministeriet henviser afgørelsen heraf til en nærmere konkret vurdering, må der dog i ministeriets udsagn om, »at det ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at statuere inhabilitet, at sagen vedrører den institution« etc. vel klart være forudsat, at der ikke kan statueres inhabilitet, hvor sagen ikke er af betydning for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem eller dennes kolleger personligt.

Dette resultat synes da også at følge af ministeriets afgørelse af det konkrete spørgsmål, hvor vedkommende lærer samt dennes kolleger har en åbenbar personlig interesse i den primære afgørelse. Det siges herom, at »ombygningen vil fagligt give større aktivitetsmuligheder og medføre forbedrede arbejdsforhold for lærerpersonalet«.

Indenrigsministeriet statuerer således habilitet, selv om afgørelsen klart er af betydning for vedkommende personligt samt dennes kolleger. Sidstnævnte forhold inddrager indenrigsministeriet oven i købet til støtte for sit resultat, idet ministeriet udtaler, at »uanset at den omhandlede sag vil berøre Deres hustrus arbejdssituation og forholdene på den skole, hvor hun er ansat, *adskiller hendes interesse i sagen sig ikke fra den interesse, som det øvrige lærerpersonale på skolen også må antages at have i, at der skabes så gode ydre rammer som muligt for den til enhver tid værende daglige undervisning*. Ombygningen af skolen kan således ikke siges i særlig grad at vedrøre Deres hustrus arbejdssituation. Hendes interesse i sagen er af mere *ideel eller fagligt betonet art*«.

Hvor det således i de ovenfor omhandlede tilfælde har kvalificeret interessens inhabilitetsbegrundende karakter, at såvel vedkommende selv som vedkommendes kolleger personligt er interesseret i afgørelsen, bliver

Anden del. Kap.VII.2.1.

resultatet her det omvendte, at netop det forhold, at samtlige ansættelsesstedets ansatte har personlig interesse i afgørelsen, taler imod at statuere inhabilitet.

Herudover tilkendegiver indenrigsministeriet en retsopfattelse, hvorefter en materiel udsondring af interessens karakter på grundlag af kriterierne løn-, ansættelses- og arbejdsforhold er af central betydning: »*Derimod vil ombygningen efter det oplyste ikke få indflydelse på lærerpersonalets ansættelsesforhold f.eks. i form af ændret fagfordeling eller lærertimeforbrug, ligesom antallet af skoleklasser forbliver uændret*«. Indenrigsministeriet sondrer således klart mellem arbejdsforhold (forholdene på institutionen i det hele taget) og ansættelsesforhold.

Herudover synes indenrigsministeriet at gøre op med den i flere sammenhænge ovenfor anførte formodning for inhabilitet i sager af betydning for forholdet mellem flere ansættelsessteder/institutioner, herunder tilfælde hvor der foreligger en egentlig konkurrencesituation institutionerne imellem:

»Indenrigsministeriet skal endvidere vejledende udtale, at De under de samme forudsætninger som her anført også må antages at være habil ved behandlingen af en sag, hvor der skal foretages en prioritering af kommunens anlægsbudgetter, når et af disse er en ombygning af ... skole«.

Der åbnes hermed op for, at den kommunalt ansatte i en sag af stor betydning for vedkommendes egne og kollegers arbejdsforhold skal kunne deltage i afgørelsen om prioritering af vedkommendes eget ansættelsessted i forhold til andre ansættelsessteder (institutioner). Hermed synes grund-sætningen om identifikation med *ansættelsesstedet som sådant* ganske at være tilsidesat.

Det er i henseende til afgørelsens principielle rækkevidde vigtigt at være opmærksom på, at den foretagne afgrænsning ikke er udtryk for en slækkelse af habilitetskravene som følge af, at tilknytningen udspringer af ægteskab, jfr. ministeriets udtalelse om, at »da Deres hustru således efter indenrigsministeriets opfattelse *ikke selv ville have været afskåret fra at deltage i sagens behandling i kommunalbestyrelsen*, må De ligeledes anses for at have været habil ved behandlingen af sagen om ombygning af ... skole«.

I forlængelse heraf skal anføres et andet eksempel på praktisering af et tilsvarende bedømmelsesgrundlag. Sagen vedrører spørgsmålet, om en

overlærer og en skoleinspektør ansat ved X skole er inhabile ved behandlingen af en sag vedrørende bygning af et mediatek på X skole.

Tilsynsrådet erklærer overlæreren habil. At grundlaget herfor også i denne sag er interessens materielle karakter og i forbindelse hermed interessens almene udbredelse i personalegruppen som sådan, er ganske utvivlsomt. Tilsynsrådet sonderer således klart mellem interesser knyttet til *arbejdsforholdene* i forhold til interesser knyttet til *ansættelsesforhold*. Om førstnævnte interessetype udtaler tilsynsrådet således, at ombygningen af skolen har haft til formål, »at forbedre dennes fysiske rammer, og ombygningen vil således fagligt give større aktivitetsmuligheder og *medføre forbedrede arbejdsforhold for lærerpersonalet*«. »Derimod vil ombygningen ikke få indflydelse på lærerpersonalets *ansættelsesforhold*, f.eks. i form af ændret fagfordeling eller lærertimeforbrug, ligesom antallet af skoleklasser forbliver uændret«.

Efter således på rent materielt grundlag at have foretaget en udsondring af principielt inhabilitets-, resp. ikke-inhabilitetsbegrundende interesser, underbygger tilsynsrådet sin afgørelse med en supplerende materiel karakteristik af interessens ikke-inhabilitetsbegrundende karakter. Grundlaget herfor er kriteriet interessens almene udbredelse i personalegruppen:

»Uanset, at den omhandlede sag berører arbejdssituationen og forholdene på den skole, hvor ... er ansat, *adskiller hans interesse i sagen sig ikke fra den interesse, som det øvrige lærerpersonale på skolen også må antages at have i, at der skabes så gode ydre rammer som muligt for den til enhver tid daglige undervisning*«.

Som følge af det påpegede interessefællesskab er vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems interesse ikke af *særlig* karakter. Vedkommen- des interesse i sagen er derimod af »*mere ideel og fagligt betonet art* ...«.

Klarere kan den materielle karakterisering af interessen på grundlag af henholdsvis rent materielle kriterier og kriterier for graden af tilknytning næppe udtrykkes.

Også denne tilsynsrådsafgørelse må i lighed med den ovenfor omtalte indenrigsministerielle afgørelse anses som et udtryk for en klar afstandtagen fra den almindeligt antagne regel om identifikation med ansættelsesstedet som sådant og i forbindelse hermed formodningen for inhabilitet i sager, der vedrører *arbejdssituationen og forholdene* på det pågældende ansættelsessted. Det er på baggrund heraf tankevækkende, at tilsynsrådet i

Anden del. Kap.VII.2.1.

forhold til skoleinspektøren udtaler, at denne »*helt utvivlsomt*« har været inhabil, og at rådet finder det »*kritisabelt*«, at kommunalbestyrelsen anså vedkommende for habil.

Dette resultat beror imidlertid alene på, at skoleinspektøren i embeds medfør havde afgivet udtalelse til sagen. Tilsynsrådet bygger sin afgørelse herom på en afgørelse fra indenrigsministeriet, hvor det udtales, at en skoleinspektør, der var medlem af kommunalbestyrelsen, »ikke kan deltage i behandlingen af sager vedrørende skolevæsenet, når han har afgivet indstilling i sagen eller i øvrigt udtalt sig i medfør af sin stilling« (IM 1972/1209/0802-1 af 6. juni 1972, jfr. *Harder*: Dansk Kommunalforvaltning I 4. udg. s. 214).

2.1.1. Om arbejdsforhold i øvrigt

At udskillelsen af inhabilitetsbegrundende interesser på materielt grundlag tilsyneladende er præget af tilfældighed træder klart frem ved sammenligning mellem sagerne om bygningsmæssige faciliteter etc. og andre tilfældegrupper, som også er karakteriseret ved materielt at være af betydning for arbejdsforholdene men uden betydning for løn- og ansættelsesforhold. Hvor der således som påvist ovenfor er klar tendens til ikke at statuere inhabilitet i forhold til sager om bygningsfaciliteter etc., selv om sagen er af direkte betydning for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems personlige arbejdsforhold, statueres der omvendt inhabilitet i andre sager vedrørende arbejdsforhold på grundlag af endog meget fjerne tilknytningsgrader.

Således en sag, om en skoleinspektør og en overlærer ved X skole samt en pedel ved Y skole kan deltage i behandlingen og afgørelsen af en sag om ændring af undervisningsplanen for skolernes mødetider, en ændring der er nødvendiggjort af hensynet til den bedst mulige udnyttelse af skolebusserne (TR Sønderjylland 089-3-99-2-79 af 23. april 1979).

Pedellen ved Y skole afstår frivilligt fra at deltage i sagens behandling, medens kommunalbestyrelsen ved afstemning træffer beslutning om, at skoleinspektøren og overlæreren ved X skole er inhabile.

Også tilsynsrådet statuerer inhabilitet med henvisning til, at skoleinspektøren og overlæreren har haft »en sådan personlig interesse i afgørelsen af den omhandlede sag, der direkte berører arbejdsforholdene på de pågældendes tjenestested ...«.

Der statueres således inhabilitet i forhold til en sag, som er af betydning

for såvel vedkommendes ansættelsessted som for de pågældende personligt. At denne personlige interesse i den ændring af arbejdsforholdene (mødetiderne), der måtte blive resultat af den effektive udnyttelse af skolebusserne, er af mere væsentlig betydning end den ovenfor anførte interesse i forbedrede bygnings/lokalet faciliteter forekommer ikke umiddelbart indlysende. Derimod er det åbenbart, at der i sidstnævnte tilfælde næppe foreligger det brede folkelige interessefællesskab og interessesammenfald, som er det afgørende grundlag for indenrigsministeriets interessekvalificering på materielt grundlag.

Som eksempel på et tilfælde, hvor der statueres inhabilitet i forhold til en sag af betydelig materiel lighed med de anførte vedrørende bygnings/lokalet faciliteter, til trods for at den foreliggende tilknytningsgrad må karakteriseres som betydeligt fjernere /mere indirekte, kan anføres sagen, om en overlærer ved X skole er specielt inhabil ved kommunalbestyrelsens behandling af forslag om oprettelse af yderligere fritidshjemspadser (TR Fyn 1979-089-431-9-5 af 10. januar 1980).

Forslaget fra det sociale udvalg går ud på, at der oprettes 20 fritidshjemspadser på X skole.

Tilsynsrådet henviser til den også i anden sammenhæng (TR Fyn 1979-089-431-9-3 af 7. juni 1979) opstillede grundsætning, hvorefter en lærer »i meget vidt omfang vil være inhabil ved behandlingen af skolesager, formentlig næsten i alle sager, der specielt vedrører den skole, hvor vedkommende er ansat, men også i betydeligt omfang i mere generelle skolespørgsmål, f.eks. strukturspørgsmål«.

På grundlag heraf udtaler tilsynsrådet, at vedkommende er inhabil.

I den nærmere begrundelse for dette resultat anfører tilsynsrådet, »at spørgsmålet om oprettelse af fritidshjemspadser har betydning for fritidshjemsstrukturen i kommunen og *derved vil have afledt virkning for skolernes mulighed for anvendelse af deres lokaler*«.

Tilsynsrådet opererer således med en retsopfattelse, hvorefter selv indirekte virkninger af mere fjerntliggende betydning for vedkommendes ansættelsessted endsige personlige arbejdsforhold kan begrunde inhabilitet, til trods for at en sådan eventuel virkning vil give sig udtryk i spørgsmål om lokalekapacitet/faciliteter.

Imidlertid synes der i sagen også at være tale om en konkret påviselig indvirkning på vedkommendes ansættelsessted. Medens den pågældende lærer bestrider, at placeringen af fritidshjemmet skulle have en afledt

Anden del. Kap.VII.2.1.1.

virkning på skolernes muligheder for at anvende egne lokaler, da det kun er »rent undtagelsesvis og som regel helt midlertidigt, at et fritidshjem har til huse på en skole ...«, får tilsynsrådet her overfor oplyst, at to af kommunens i alt tre fritidshjem er placeret i skolernes bygninger, herunder det til X skole knyttede fritidshjem, medens det tredje fritidshjem blev placeret i en pavillonbygning på skolens areal.

Men selv på trods af en sådan betydning for vedkommendes ansættelsessted må det i hvert tilfælde nok antages, at sagen er enten uvæsentlig eller af ret usikker betydning for vedkommende lærers personlige arbejdsforhold.

Som et andet eksempel kan anføres en sag, om en lærer ansat ved X skole samt et kommunalbestyrelsesmedlem, hvis samlever er lærer ved Y skole kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af spørgsmålet om tillægsbevilling på 30.000 kr. til aflønning af nødvendige løse vikarer i forbindelse med gennemførelse af skolernes (samtlige kommunens skoler) lejrskoleophold (TR Sønderjylland 089-8-99-3-1979 af 28. maj 1979).

Den samlede bevilling på 30.000 kr. skal fordeles mellem 8 skoler, hvoraf skolerne X og Y er de to.

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet med henvisning til, at sagen »har en sådan betydning for ...s tjenestested, at hans deltagelse i behandlingen måtte være egnet til i offentligheden at skabe tvivl om medlemmets upartiskhed i sagen«.

Da der ikke ses at foreligge en direkte personlig interesse for de pågældende, må afgørelsen være udtryk for, at der statueres inhabilitet i sager vedrørende vedkommendes ansættelsessted, i hvert tilfælde, når interessen på materielt grundlag kan klassificeres som inhabilitetsbegrundende.

Om sandsynligheden for, at der kan komme til at foreligge en personlig egeninteresse i snæver forstand, udtaler kommunalbestyrelsen, »at de nævnte to lærere principielt deltager på lige fod med de øvrige lærere i muligheden for at deltage i en lejrskole«. Der synes således ikke at være forskel på et bedømmelsesgrundlag, der bygger på en sådan sandsynlighedsvurdering og det af tilsynsrådet anvendte, hvorefter sagens betydning for vedkommendes ansættelsessted bliver udslagsgivende.

Uanset hvilken af disse tilknytningskriterier, der anvendes, må det konstateres, at interessen efter en kvantitativ målestok synes at være af et

yderst beskedent omfang. De 30.000 kr. fordeles således som anført mellem 8 skoler, efter antallet af de klasser den enkelte skole sender på lejrskoleophold. Da der samlet er tale om 13 klasser, hvoraf de 3 hidrører fra X skole (den pågældende lærers ansættelsessted), kan interessen for så vidt angår *denne skole* kvantitativt gøres op til 6.900 kr., tilsvarende gælder den skole, til hvilken samleveren er knyttet.

Når en sådan interesse ikke i habilitetsmæssig henseende betragtes som uvæsentlig, må det vel bero på, at den materielt kategoriseres som økonomisk.

I tilknytning hertil skal anføres en sag om læreres habilitet under kommunalbestyrelsens behandling af ansøgning om tilskud til lejrskoleophold som følge af komplikationer opstået ved krav om overholdelse af arbejdsmiljølovens 11-timers regel (TR Fyn 1979-089 -451-9-2 af 4. september 1979).

Kommunalbestyrelsen skal træffe afgørelse i tre sager vedrørende ansøgning om tilskud i forbindelse med lejrskoleophold. De to ansøgninger hidrører fra Z skole, medens en ansøgning hidrører fra X skole.

Habilitetssagen omfatter ikke de lærere, der skal lede de pågældende lejrskoleophold. Derimod er spørgsmålet, om de to lærere, der er ansat ved X skole samt en overlærer ved Z skole og endelig skoleinspektøren ved Y skole er specielt inhabile.

De pågældende anser sig ikke for inhabile, idet de henviser til, at de ikke har en »personlig økonomisk interesse i sagerne«.

Kommunalbestyrelsen statuerer imidlertid inhabilitet.

Tilsynsrådet henviser til den af rådet ovenfor i tidligere behandlede sager opstillede grundsætning, hvorefter en lærer er afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag, *»der direkte berører hans arbejdssituation eller forholdene på den skole, hvor han er ansat, samt sager vedrørende kommunens andre skoler, når disse sager må antages at have eller kunne have en afledt virkning på hans egen arbejdssituation eller forholdene på den skole, hvor han er ansat«.*

Med henvisning til denne grundsætning udtaler rådet, at det ganske kan tiltræde den af kommunalbestyrelsen trufne afgørelse.

Om de foreliggende tilfældes forhold til den af rådet opstillede grundsætning kan anføres, at ingen af de pågældende ville blive berørt direkte personligt af de trufne afgørelser. For så vidt angår ansøgningerne fra X og Z skoler er der tale om afgørelser af betydning for tre af kommunalbesty-

Anden del. Kap.VII.2.1.1.

relsesmedlemmernes ansættelsessteder. For så vidt angår skoleinspektøren ved Y skole er sagerne end ikke af direkte betydning for vedkommendes ansættelsessted eller for andre ansatte knyttet til dette ansættelsessted. For så vidt angår dette sidstnævnte kommunalbestyrelsesmedlems inhabilitet, må afgørelsen således støttes på den opstillede regels sidste sætning om »afledt virkning på hans egen arbejdssituation eller på forholdene på den skole, hvor han er ansat«.

Umiddelbart forekommer forbindelsen således at være af ret indirekte karakter.*)

Det er således vanskeligt at afgøre, om de anvendte kriterier for inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader anvendes inkonsekvent, eller om der blot er tale om - mindre hensigtsmæssige - udtryk for at interessens materielle karakter begrunder inhabilitet på grundlag af meget indirekte tilknytningsgrader. I det omfang interessen som sådan betragtes som inhabilitetsgrund uanset den konkret foreliggende tilknytningsgrad, kan dette naturligvis forklare, at der statueres inhabilitet på trods af sagens generelle form. Men i sammenhæng med den ovenfor påviste tendens til at anføre sagens generelle form og i forbindelse hermed interessens almene udbredelse blandt de ansatte (og befolkningen i øvrigt) som et element, der taler imod inhabilitet, samt de almindelige bestræbelser på at lægge distance til en retsopfattelse, hvorefter sagens betydning for den samlede *forvaltningsgren* repræsenterer en inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrad, forekommer det uhensigtsmæssigt eksplicit at henvise til afgørelsens generelle form og interessens almindelige udbredelse som inhabilitets-

*) Det skal imidlertid tilføjes, at afgørelsen muligvis skal forstås som reaktion på en sag om *lønforhold*. Kommunalbestyrelsen anfører således, »at Danmarks Lærerforening ved sin afvisende holdning til fortsat dispensation under de løbende forhandlinger *har koblet arbejdsmiljølovens bestemmelser sammen med lønforhandlinger, og at sagen derved berører ansatte lærere i en sådan grad, at de må anses for inhabile*«.

Selv om man accepterer denne opfattelse af sagernes karakter, må man konstatere, at skoleinspektøren ved Y skole er blevet erklæret inhabil i forhold til spørgsmål, som er uden direkte betydning for vedkommende selv, andre ansatte ved det pågældende ansættelsessted, eller ansættelsesstedet som sådant. Derimod er de trufne afgørelser af *generel betydning for den samlede forvaltningsgren*.

grund. Jfr. ovenfor sagen hvor kommunalbestyrelsen som grundlag for at statuere inhabilitet udtaler, »at de nævnte to lærere principielt deltager på lige fod med de øvrige lærere i muligheden for at deltage i lejrskole« (TR Sønderjylland 089-8-99-3-1979 af 28. maj 1979). Som et andet særlig klart eksempel herpå skal anføres en sag, om to lærere ved en nærmere angivet skole i kommunen var inhabile ved kommunalbestyrelsens behandling af en ansøgning fra en lærer (fra en anden skole) om tjenestefrihed i forbindelse med lejrskoleophold (IM 1980/1130/1600-8 af 1. april 1981).

Denne sags afgørelse var kædet sammen med kommunalbestyrelsens stillingtagen til en cirkulæreskrivelse fra Kommunernes Landsforening, der bl.a. vedrørte arbejdsmiljølovens konsekvenser for lejrskoleophold.

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet. Tilsynsrådet lægger som grundlag for denne afgørelse vægt på, at kommunalbestyrelsens stillingtagen til cirkulæreskrivelsen har *»en så væsentlig betydning for samtlige kommunens skoler – og dermed for lærernes arbejdsforhold ...«* (TR Nordjylland 089-4-99-2-1979 af 16. august 1979).

Spørgsmålet om betydningen af, om der foreligger en konkret/aktuel interesse for de to kommunalt ansatte og/eller disses ansættelsessted, berører tilsynsrådet i en efterfølgende udtalelse, hvorefter den foretagne afgrænsning er gældende *»uanset at der på afgørelsestidspunktet ikke måtte foreligge aktuelle planer for lejrskoleophold eller lignende arrangementer på den skole, hvor de pågældende lærere var ansat«*.

Indenrigsministeriet tilslutter sig tilsynsrådets afgørelse med henvisning til »de af tilsynsrådet anførte grunde«.

Den inkonsekvente eller i hvert tilfælde vanskeligt gennemskuelige anvendelse af kriterierne afgørelsens generelle form og interessens almindelige udbredelse falder også i øjnene, når tilsynsrådet i en sag vedrørende ferieplanen og udlån af lærere til ... ungdomsskole og endelig *regler* for lejrskoleophold, statuerer habilitet med en udtalelse om, at disse spørgsmål »for det første drejer sig om sager af mere *generel* karakter«, og at disse i øvrigt ikke *»i nævneværdig grad* har berørt arbejdsforholdene (ændringer i disse) *for de byrådsmedlemmer*, der er ansat ved skolevæsenet« (TR Nordjylland 089-26-99-2-1979 af 29. oktober 1979).

Endelig skal anføres en sag, om en borgmester, der er ansat som lærer ved X skole, kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag om tildeling af en ugentlig konferencetime til dansklærerne i 8., 9. og 10. klasse ved X skole (TR Fyn 1978-089-491-9-1 af 20. juni 1978).

Anden del. Kap.VII.2.1.1.

Det oplyses, at borgmesteren har nedsat timetal (14 ugentlige timer), hvoraf nogle er dansktimer. Tilsynsrådet statuerer, at vedkommende er inhabil.

Dette resultat er ikke særlig interessant i betragtning af, at vedkommen-
de personligt samt vedkommendes ansættelsessted direkte berøres af
afgørelsen.

Interessant er derimod, at tilsynsrådet som grundlag for afgørelsen
udtaler, at man *»ikke alene har lagt vægt på det vederlag, borgmesteren
således opnår, men i væsentlig grad også på, at der ved beslutningen er taget
principiel stilling til spørgsmålet om, hvorvidt konferencetimer overhovedet
skal vederlægges«*.

Da sagens karakter af principspørgsmål i øvrigt i vidt omfang indgår i
bedømmelsesgrundlaget som element, der taler imod at statuere inhabili-
tet, må det af tilsynsrådet anførte i forbindelse med denne afgørelse,
opfattes som et indirekte udtryk for, at interessens materielle karakter
bevirker inhabilitet, selv om der i det konkrete tilfælde måtte være tale om
ret så indirekte grader af tilknytning.

Fra nyere praksis kan anføres en anden sag, om to lærere ved det
kommunale skolevæsen kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af
spørgsmålet om ændrede regler for tildeling af svømmetimer til kommu-
nens skoler (TR Ringkøbing 089-0-99-4-83 af 7. april 1983).

Forslagets vedtagelse vil betyde en forøgelse af ekstra timetal på 34
timer pr. uge for *kommunens samlede skolevæsen*.

De pågældende to lærere er medlemmer af lærerrådet ved X skole og
begge er herudover medlemmer af fælleslærerrådet.

Om afgrænsningen på grundlag af interessens materielle karakter udta-
ler tilsynsrådet, »at det ofte vil kunne forekomme mindre rimeligt at
afskære et medlem fra at deltage i en sags behandling, hvis den personlige
interesse *alene er af fagpolitisk eller ideelt betonet karakter*«.

Denne retningslinje, som ifølge sin formulering højst repræsenterer et
udgangspunkt for afvejningen, åbner således klart mulighed for også at
statuere inhabilitet i de tilfælde, hvor interessen *»alene«* er af fagpolitisk
eller ideelt betonet karakter. Forklaringen herpå kan måske findes i den
umiddelbart efterfølgende sætning om inhabilitetsbegrundende grader af
tilknytning: »på den anden side må det antages, at et kommunalbestyrel-
sesmedlem, der er kommunalt ansat, *som udgangspunkt vil være afskåret*

fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag, der vedrører den institution, hvor den pågældende er beskæftiget«. Denne retningslinje - som har været gennemgående i det meste af den behandlede tilsynspraksis - er således også sprogligt, jfr. »på den anden side«, direkte koblet på den ovenfor anførte modifikation i reglen om fagpolitiske og ideelt betonedede interesser som inhabilitetsgrund.

Rækkevidden af den angivne hovedregel om inhabilitet angives indirekte, når det om baggrunden for reglen anføres, at den bygger på en antagelse om, »at den pågældende, uanset at hans egen arbejdssituation ikke direkte berøres, dog må formodes at have visse - i øvrigt helt forståelige - loyalitetshensyn dels over for den pågældende institution, dels over for kolleger, der er ansat ved denne«.

Også i dette tilfælde gælder formodningen om identifikation således ikke blot i forhold til kollegerne men også i forhold til *institutionen som sådan*.

I medfør heraf kan der således statueres inhabilitet: 1) Selv om beslutningen ikke vedrører den pågældende personligt. 2) Heller ikke vedrører den pågældendes kolleger. 3) Når blot beslutningen vedrører institutionen (ansættelsesstedet) som sådan.

For så vidt særligt angår undervisningsområdet udtaler tilsynsrådet den retningslinje, at »en lærer ved en af kommunens skoler vil således efter tilsynsrådets opfattelse *som udgangspunkt* være afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag, *der direkte berører den pågældendes arbejdssituation eller forholdene på den skole, han er ansat ved*«. »Derimod vil han som udgangspunkt være habil ved kommunalbestyrelsens behandling af sager, der *alene vedrører kommunens andre skoler*, med mindre det må antages, at kommunalbestyrelsens beslutning i sagen vil have en *ikke uvæsentlig afledet virkning for hans arbejdsvilkår eller for forholdene på den skole, han er ansat ved*«.

Også i medfør heraf åbnes der således mulighed for at statuere inhabilitet som følge af afledet virkning på *ansættelsesstedet som sådant*. Der foretages ikke nogen specifik udsondring på materielt grundlag af interesser som eksempelvis løn-, ansættelses- og arbejdsforhold. Udtrykket »arbejdsvilkår« må betragtes som et overbegreb i forhold hertil, ligesom udtrykket »forholdene på den skole« i materiel henseende må antages at være alt omfattende. Med henvisning til, at sagerne vedrører spørgsmålet om »hvor mange lærerlønstimer, der skal være til rådighed i det kommende

Anden del. Kap.VII.2.1.1.

skoleår«, og da spørgsmålet herom får betydning for, »såvel lærerne ved X skole *som for kommunens skolevæsen som helhed*«, statueres inhabilitet. De pågældende antages at have »*en sådan personlig og kollegial interesse ...*«.

Man bemærker sig således, at der også her statueres inhabilitet med henvisning til bl.a. sagens betydning for skolevæsenet »*som helhed*«, hvilket går på tværs af tendensen til at lade interessens udbredelse til en større kreds af kommunalt ansatte (eller kommunens befolkning) samt sagens generelle karakter trække afgørelsen i retning af habilitet. Forklaringen herpå skal muligvis, som anført i afsnittet ovenfor, søges i det forhold, at sagens genstand indirekte er antallet af lærerlønstimer.

At der imidlertid også kan spores tendenser i retning af mindre restriktive habilitetskrav i forhold til sager vedrørende løn- og ansættelsesforhold kan illustreres på grundlag af en række tilsynsrådsafgørelser (TR Ringkøbing 089-0-99-31-82 af 18. februar 1983).

Ganske vist gentager tilsynsrådet sin tidligere tilkendegivne og almindeligt i tilsynspraksis accepterede retningslinjer, hvorefter inhabilitet »som udgangspunkt« indtræder i forhold til sager »der direkte berører den pågældendes arbejdssituation eller forholdene på den skole, han er ansat ved«. Og »at den pågældende, uanset at hans egen arbejdssituation ikke direkte berøres, dog må formodes at have visse, i øvrigt helt forståelige, loyalitetshensyn dels over for *den pågældende institution, dels over for kolleger, der er ansat ved denne*«.

Men tilsynsrådets afgørelse af de konkrete spørgsmål er i udtalt grad præget af vurderinger af interessens omfang og væsentlighed, på tværs af spørgsmålet om dens materielle karakter, at det almindelige forbehold om bedømmelsesgrundlagets karakter af konkret interessevurdering i høj grad synes at være en realitet.

Sagen vedrører konkret forskellige spørgsmål om en lærers habilitet ved kommunalbestyrelsens behandling af sager af betydning for skolevæsenet og/eller den skole X, ved hvilken vedkommende er ansat.

a) Der foreligger 6 ansøgninger, hvoraf to hidrører fra lærere ansat ved X skole, om nedsættelse af det ugentlige timetal. Vedkommende erklærer sig selv inhabil, og kommunalbestyrelsen er enig heri.

Tilsynsrådet finder derimod ikke »at Deres interesse i sagens afgørelse *havde en sådan styrke*, at De var inhabil«.

b) Vedrørende ansøgning fra en småbørnslærerinde ved X skole om at få hævet sit timetal fra 18 til fuldt timetal 27.

Vedkommende erklærer sig i overensstemmelse med kommunalbestyrelsen inhabil.

Tilsynsrådet er uenigt heri, idet rådet ikke finder, at vedkommendes interesse i sagens afgørelse *havde en sådan styrke*, at De var inhabil«.

Afgørelserne er bemærkelsesværdige, da sagernes genstand jo klart er ansættelsesforholdene for vedkommendes kolleger ved vedkommendes eget ansættelsessted.

c) Der søges om 22.000 kr. til X skoles konto for undervisningsmidler og elevaktiviteter begrundet i merforbrug til ekstraordinært indkøb af lærebøger, lommeregner, stigende buspriser etc.

Tilsynsrådet finder vedkommende inhabil, da hans »virke ved skolen kan have medvirket til merforbruget«.

Der statueres således inhabilitet på grundlag af hensynet til effektiv kontrol og vedkommendes hertil knyttede egeninteresse.

d) Ansøgning om 50.000 kr. til indkøb af historiebøger til samtlige kommunens skoler. Det oplyses, at vedkommende ikke underviser i historie, men at tillægsbevillingen delvist er finansieret ved overflytning fra en konto vedrørende lærerkurser, hvilket forringer lærernes muligheder for tilskud til kurser. Vedkommende oplyser ikke selv at have aktuelle planer om at deltage i diverse lærerkurser.

Tilsynsrådet finder ikke, at hans interesse i sagens afgørelse »havde en sådan styrke«, at han var inhabil.

e) Spørgsmål om tillægsbevilling til lærerlønninger i 1981 med 686.000 kr. på grund af forskellige fejlskøn ved budgetlægningen.

Vedkommende erklærer sig inhabil, hvilket kommunalbestyrelsen tilslutter sig.

Tilsynsrådet finder ikke, at der foreligger inhabilitet i sagen, »der vedrørte *samtlige lærere i kommunen*, og som ikke var afgørende for, hvilken løn hver enkelt lærer havde krav på«.

f) Sagen gælder normeringen 1982/83. Kommunalbestyrelsen oplyser, at de to lærere i kommunalbestyrelsen ikke ses aktuelt at blive berørt af de konkrete sager. Kommunalbestyrelsen rejser herefter det spørgsmål, om »alle ansatte lærere ved kommunens skolevæsen har en så væsentlig interesse i spørgsmålet om normeringsberegningen for såvel det samlede

Anden del. Kap.VII.2.1.1.

skolevæsen som for den enkelte skole, at de er inhabile ved sagernes behandling. Herudover spørges, om »der er tale om spørgsmål af betydning for lærernes ansættelsesvilkår i videre forstand«.

Vedkommende udtaler selv, at hans interesser »først og fremmest er politiske, da beslutningen lægger rammerne for, hvor mange timer eleverne skal tilbydes. Når undervisningsplanen er vedtaget, er disse rammer fastlagt for en årrække. Ved en debat om undervisningsplanen vil De have en professionel interesse i, at eleverne får så gode vilkår som muligt«. Tilsynsrådet er for så vidt enig i, at interessen *delvist* er af politisk/faglig/ideel karakter, men derimod ikke i, at interessen *alene* er af en sådan art. Tilsynsrådet udtaler således, at vedkommende »må antages at have såvel en sådan personlig som en kollegial interesse i fastlæggelse af normeringen for *såvel det samlede skolevæsen som den enkelte skole ...*« at vedkommen-
de er inhabil.

2.2. Sammenfatning

På grundlag af den bearbejdede praksis fremstår et broget billede af et udviklingsforløb præget af forskellige til dels modsatrettede tendenser og et bedømmelsesgrundlag, som såvel i henseende til indholdet af og det indbyrdes forhold mellem et stigende antal bedømmelseselementer er yderst sammensat.

Det lader sig dog med høj grad af sikkerhed fastslå, at en retstilstand, hvorefter der uden videre statueres inhabilitet i sager vedrørende den pågældende forvaltningsgren i hvert tilfælde på nuværende tidspunkt, er forladt, og at retsudviklingen således for så vidt har været karakteriseret af en slækket reguleringsintensitet.

Formuleret alene på grundlag af tilknytningsgraden bliver spørgsmålet herefter om:

- 1) inhabilitet indtræder i forhold til alle sager vedrørende vedkommendes ansættelsessted.
- 2) Og indtræder inhabilitet omvendt ikke i forhold til sager, hvis genstand er andre ansættelsessteder og/eller den pågældende forvaltningsgren i almindelighed.

For så vidt angår spørgsmål 2 må svaret nok - i overensstemmelse med de i praksis formulerede retssætninger - være, at der ikke foreligger inhabili-

tet, med mindre den pågældende sag har en i hvert tilfælde afledt virkning for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og/eller dennes ansættelsesforhold. Angår sagen således *alene* den pågældende forvaltningsgren og de hertil hørende øvrige ansættelsessteder, foreligger ikke inhabilitet. Men hermed hører klarheden også op. Der er for så vidt ikke tvivl om eksistensen af tendenser til yderligere indskrænkning af habilitetskravenes rækkevidde, men disse tendensers præcise indhold, rækkevidde og faktiske gennemslag i de forskellige retsanvendende myndigheders praksis er langt fra éntydig. Udover de afgrænsningsspørgsmål, som er knyttet til begreberne forvaltningsgren og ansættelsessted, jfr. nedenfor afsnit 5.1.1., bliver spørgsmålet om hvilken grad af afledt virkning, der begrunder inhabilitet sammenfaldende med spørgsmål 1).

Som udgangspunkt for besvarelsen heraf kan man konstatere, at de formulerede retssætninger - i deres meget almene og abstrakte form - er af beskeden operativ relevans og delvist misvisende. På dette sted kan især peges på retningslinjer, som giver udtryk for inhabilitetsformodning i forhold til sager vedrørende vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem selv, dennes ansættelsessted og kolleger knyttet hertil, når grundlaget herfor er den almindeligt antagne loyalitet over for kolleger og ansættelsesstedet som sådant, jfr. de adskillige i praksis anvendte varianter heraf. Der kan således næppe i almindelighed opereres med en inhabilitetsbegrundende formodning for loyalitet over for ansættelsesstedet som sådant. Og de i praksis formulerede formodningsregler dækker over så store modifikationer og afvigelser, at de i forhold til mindre restriktive tendenser i praksis virker misvisende. Der kan således end ikke siges at gælde en almindelig formodning for inhabilitet i forhold til sager, som på direkte og væsentlig vis er af betydning for vedkommendes »arbejdsforhold/arbejdssituation«. Man kan måske modsat operere med en formodning mod inhabilitet, når sagen materielt vedrører vedkommendes arbejdsforhold i modsætning til løn- og ansættelsesforhold. Og hvor sagens genstand er arbejdsforhold knyttet til bygningsfaciliteter etc. gælder nærmest en regel om habilitet, omend også et sådant resultat er forbundet med den usikkerhed, der udspringer af den påviste inkonsekvens og divergerende tendenser.

For så vidt angår sager som vedrører løn- og ansættelsesforhold, udviser retspraksis eksempler på såvel yderst intensiv regulering, hvorefter sagens materielle karakter begrunder inhabilitet, selv i forhold til meget fjerne og usikre grader af tilknytning, som tendenser i retning af modificerede

Anden del. Kap.VII.3.

habilitetskrav, hvorefter bedømmelsesgrundlagets karakter af konkret interessevurdering understreges i forbindelse med formulering af kvalificerede krav til tilknytningens grad og sandsynligheden for interessens eksistens og gennemslagsmulighed i øvrigt.

Den manglende klarhed er således bl.a. resultatet af, at de almindeligt antagne retningslinjer enten ikke eller kun langsomt og delvist korrigeres i forhold til de beskrevne tendenser og flukturationer i retsudviklingen. Og i sammenhæng hermed at den anvendte sprogbrug er upræcis og unuanceret. Eksempelvis giver udtryk som »arbejdssituation« og »arbejdsforholdene« i dele af praksis indtryk af en forskelsløs habilitetsmæssig vurdering af samtlige tænkelige foreteelser af betydning for vedkommende ansatte og det pågældende ansættelsessted. Hertil kommer, at egentlige begreber for graden af tilknytning såsom forvaltningsgren, ansættelsessted, egeninteresse, og egentlige begreber for interessens materielle karakter som politisk, faglig, fagpolitisk, løn- og ansættelsesforhold, på uigennemskuelig vis kombineres med sammensatte begreber som den primære sags generelle/konkrete form, sagsbehandlingens stadier, interessens udbredelse etc., jfr. herom nedenfor afsnit 1.2.4.1. og 5.1.

Det anførte skal ses i sammenhæng med, at en højere grad af præcisering er mulig, og at bedømmelsesgrundlaget - på trods af udsagn om det modsatte - rummer klare tendenser til en ikke ubetydelig grad af formalisering.

3. Om kommunalt ansattes habilitet i forhold til personalesager

Som anført ovenfor spiller kriteriet ansættelsesforhold en central rolle som element der trækker afgørelsen i retning af inhabilitet. Ansættelses- og afskedigelsessager repræsenterer naturligvis de klareste tilfælde omfattet af begrebet ansættelsesforhold.

I forhold til sager om normeringsspørgsmål adskiller ansættelses- og afskedigelsessagerne sig ved at være konkretiseret til at angå en eller flere bestemte personer. Normeringssagen får således, hvor der overhovedet eksisterer en forbindelse mellem denne og ansættelsessagen, karakter af principspørgsmål i forhold til den (senere) ansættelses- eller afskedigelsessag.

Som eksempel på et konkret tilfælde af snæver forbindelse mellem de to sagstyper kan anføres et tilfælde vedrørende indstilling om, at en stilling som timelærer ændredes til en stilling som tjenestemand (TR Ringkøbing 089-0-99-31-82 af 18. februar 1983).

Kommunalbestyrelsen betragter vedkommende som inhabil. Tilsynsrådet mener derimod ikke, at der foreligger inhabilitet, »idet der alene var tale om at gennemføre en konsekvens af den tidligere vedtagne normeringsplan«.

Der må vel på grundlag heraf kunne slutes, at inhabilitet efter tilsynsrådets opfattelse ville have foreligget, om ikke afgørelsen således var at betragte som en afledt følge af en tidligere truffen beslutning.

Hvilken betydning denne forskel har på spørgsmålet om interessens eksistens, karakter og styrke kan være vanskeligt at angive abstrakt. Man kan dog i almindelighed sige, at ansættelses- og afskedigelsessagen typisk følger et retssikkerhedsaspekt i snæver forstand til den interesse i arbejdsforholdenes indhold og omfang som i øvrigt måtte være knyttet til normeringssagen.

Hvad angår forholdet mellem henholdsvis ansættelses- og afskedigelsessager kan anføres, at afskedigelsessagen i særlig grad implicerer hensynet til retssikkerhed i snæver forstand. Man må derfor – alt andet lige – kunne slutte a fortiori fra de for ansættelsessager gældende habilitetskrav.

I grundlaget for bedømmelsen af eksistensen og graden af tilknytningsforhold vil afskedigelses- og ansættelsessagens materielle karakter naturligt betinge, at kriterier vedrørende det indbyrdes hierarkiske og funktionelle forhold mellem habilitetsspørgsmålets årsag (det kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlem) og den person, der er den primære sags genstand bliver af afgørende betydning.

Som følge heraf vil gennemgangen af praksis i det følgende blive systematiseret og behandlet på grundlag af tilknytningsgraden, som denne kommer til udtryk i det hierarkisk/funktionelle forhold samt i spørgsmålet om den primære sags genstand er det ansættelsessted og/eller den ansættelsesgren til hvilken vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem er knyttet.

3.1. Ansættelsessted og forvaltningsgren som udtryk for inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning

Indledningsvis skal anføres et tilfælde karakteriseret ved mindre éntydige afgrænsningsmuligheder i forhold til begreberne ansættelsessted/gren. Sagen vedrører spørgsmålet, om en socialundersøger og en tilsynsførende for

Anden del. Kap.VII.3.1.

husmoderafløsere og hjemmehjælpere kan deltage i kommunalbestyrelsens sagsbehandling vedrørende besættelse af en stilling som socialinspektør i kommunen (IM 778/66 af 24. juni 1968).

Kommunalbestyrelsen erklærer de pågældende for inhabile.

På et spørgsmål om mulighederne for at formulere generelle habilitetsregler eller retningslinjer for sager vedrørende ansættelse af højere tjenestemænd udtaler indenrigsministeriet, »... at spørgsmålet om et medlems inhabilitet i sådanne sager må afgøres ud fra *en konkret vurdering af de tjenstlige relationer*. Indenrigsministeriet er herefter ikke i stand til at afgive nogen almindelig vejledning om besvarelsen af det rejste spørgsmål«.

Indenrigsministeriet afviser således, at afgørelsen træffes på et formaliseret grundlag, eller i hvert tilfælde at formulere et sådant eksplicit.

I den konkrete sag tilslutter indenrigsministeriet sig kommunalbestyrelsens afgørelse og henviser som begrundelse for inhabilitet til, »at de på grund af deres stilling under kommunens socialforvaltning må anses for at have en sådan direkte interesse i besættelsen af stillingen som socialinspektør i kommunen ...«.

Ifølge den af indenrigsministeriet anvendte sprogbrug synes der således lagt vægt på, at der eksisterer en inhabilitetbegrundende tjenstlig/funktionel forbindelse mellem vedkommende kommunalt ansatte og den i forhold hertil højere placerede stilling, som er ansættelsessagens genstand.

Indenrigsministeriets udtalelse omfatter efter sin formulering en meget bred vifte af tilknytningsgrader, hvorfor udtalelsen ville kunne tages til indtægt for en regel eller retningslinje om inhabilitet i forhold til sager vedrørende overordnede stillinger inden for den pågældende forvaltningsgren.

En afgrænsning, der i forhold hertil er udtryk for en højere grad af reguleringsintensitet, kan hente en vis støtte i nogle sager, som statuerer, at en fuldmægtig i social- og sundhedsforvaltningen, såvel i økonomiudvalg som i kommunalbestyrelse må anses for inhabil i forhold til »alle *personalesager* og andre sager vedrørende social- og sundhedsforvaltningen« (TR Fyn 1979-089-431 -9-2 af 19. marts 1979). Og med hensyn til en skatterevisor og en fuldmægtig i social- og sundhedsforvaltningen statueres, at de pågældende såvel i kommunalbestyrelse som udvalg »generelt anses for inhabile i administrative sager fra deres egen forvaltning og i *personalesager* fra den *centrale* forvaltning«. Om en kontorchef ved økonomisk forvaltning udtaler tilsynsrådet, at han må »*generelt*« anses for inhabil i alle administrative sager herunder *personalesager* i kommunalbestyrelse og udvalg vedrørende hele den centrale kommunalforvaltning« (op.cit. og TR Fyn 1979-089-431-9-3 af 7. juni 1979).

Der sondres således i de anførte tilfælde ikke mellem sager vedrørende

stillinger i forhold til hvilke kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer indtager en henholdsvis overordnet, sideordnet eller underordnet placering. Den i sagerne anførte regel gælder ifølge sin formulering uanset det hierarkiske forhold mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems stilling og den stilling, der er den primære sags genstand. Og de habilitetsmæssige grænser er således sammenfaldende med grænserne for den enkelte *forvaltningsgren*.

Spørgsmålet, om en sådan afgrænsning er alment gældende, vil i det følgende blive undersøgt på grundlag af praksis systematiseret efter, om den primære sags genstand er henholdsvis vedkommende kommunalt ansattes ansættelsessted og/eller den forvaltningsgren til hvilken vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem er knyttet ved ansættelse.

3.2. Ansættelsesforholdets hierarkiske placering i samspil med kriterierne ansættelsessted og forvaltningsgren

Indledningsvis skal anføres en sag, som inddrager praktisk taget samtlige tilknytningsgrader og kriterier af relevans for den her omhandlede interessestype.

Sagen vedrører spørgsmålet, om en skoleinspektør ved X skole er specielt inhabil i forhold til kommunalbestyrelsens afgørelse om besættelse af stillingen som viceskoleinspektør ved samme skole. (IM 1971/1131/0700-6 af 11. juni 1971).

Herudover anmodes indenrigsministeriet også i denne sag (af tilsynsrådet) om en mere almindelig stillingtagen til, hvorvidt vedkommende skoleinspektør er habil med hensyn til sager vedrørende ansættelse i eller afskedigelse fra »*øvrige stillinger ved X skole*«, herunder stillinger som kurator, konsulent og almindelige lærere.

Endelig ønsker tilsynsrådet oplyst, hvorvidt vedkommende er habil ved behandlingen af stillingen som viceinspektør. (TR Storstrøms amt 089-363-99-1 -1971 af 18. marts 1971).

Tilsynsrådet anser også skoleinspektøren for at være specielt inhabil i spørgsmålet om ansættelse og afskedigelse af konsulenter. Derimod mener tilsynsrådet *ikke*, at der foreligger inhabilitet med hensyn til ansættelse og afskedigelse af kuratorer og *almindelige lærere ved X skole*.

Tilsynsrådet anfører ikke nogen nærmere begrundelse for denne grænsedragning, men den bygger åbenbart på kriterier vedrørende den funktionelle og hierarkiske tilknytning, der kommer til udtryk i disse stillingers indbyrdes forhold.

Indenrigsministeriet udtaler om disse spørgsmål, at deres afgørelse må bero på »konkrete overvejelser i enkelte tilfælde«.

Anden del. Kap.VII.3.2.1.

Herefter når indenrigsministeriet på det foreliggende grundlag »herunder oplysningerne om den nære tjenstlige relation mellem X skoles konsulenter og skoleinspektøren ...«, til det resultat, at skoleinspektøren i sager om ansættelse, respektive afskedigelse *af skolens konsulenter og formentlig også skolens øvrige lærerpersonale må betragtes som inhabil*«.

Selv om indenrigsministeriet således indledningsvis giver udtryk for bedømmelsesgrundlagets karakter af konkret interessevurdering synes det, såvel på grundlag af den i øvrigt anvendte formulering som afgørelsens materielle indhold nærliggende at antage, at ministeriet faktisk bygger afgørelsen på et stærkt formaliseret bedømmelsesgrundlag.

Medens udtalelsen om sager vedrørende skolens konsulenter således henviser til (konkrete) oplysninger om den »nære tjenstlige relation« mellem disse og skoleinspektøren, er udtalelsen om inhabilitet i forhold til sager vedrørende det øvrige lærerpersonale holdt i helt generelle (formaliserede) vendinger.

Sagen giver således på trods af indenrigsministeriets gentagne understregning af bedømmelsesgrundlagets karakter af konkret interessevurdering, ganske gode muligheder for på formaliseret grundlag at formulere præcise retningslinjer.

3.2.1. Overordnet placering som inhabilitetsårsag

Man kan således med stor sikkerhed udlede den regel, at kommunalt ansatte i hierarkiets top er inhabile i forhold til ansættelses- og afskedigelsessager vedrørende stillinger knyttet til det pågældende *ansættelsessted*. Denne regel må eventuelt modificeres i forhold til tilfælde, hvor stillingen funktionelt har en løsere tilknytning til det pågældende ansættelsessted, jfr. de i sagen omhandlede skolekonsulenter.

I overensstemmelse med reglens hovedindhold kan også anføres et andet tilfælde, hvor det ansættelsesforhold, der er habilitetsspørgsmålets årsag, er overordnet i forhold til den stilling, der er ansættelses/afskedigelsessagens genstand. Sagen vedrører spørgsmålet, om ægtefællen til en ansat i den kommunale skatteforvaltning (souschefen) kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af følgende spørgsmål:

- 1) Om en ledig stilling i skatteforvaltningen skal opnormeres.
- 2) Om der skal nynormeres en assistentstilling i skatteforvaltningen.
- 3) *Hvem der i bekræftende fald skal ansættes* (TR Ringkøbing 089-0-99-18-79 af 29. maj 1979).

Kommunalbestyrelsen er ikke i tvivl om, at vedkommende er inhabil.

Og tilsynsrådet »finder det utvivlsomt, at Deres mand har en så væsentlig personlig, arbejdsmæssig interesse i sagernes udfald, at han selv ville være

afskåret fra at deltage i sagens behandling og afgørelse«. På grundlag heraf statuerer også tilsynsrådet inhabilitet.

Reglen formuleres klart og altomfattende i en anden sag af tilsynsrådet i forbindelse med en forespørgsel fra en kommunalbestyrelse om, i hvilket omfang et kommunalbestyrelsesmedlem, der er skoleinspektør ved en af kommunens skoler, er inhabil ved behandlingen af sager, »der vedrører den pågældende skole«. Tilsynsrådet udtaler, at skoleinspektøren efter tilsynsrådets opfattelse ikke bør deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af sager »om afskedigelse og ansættelse af eller orlov til personale ved den pågældende skole« (TR Sønderjylland 089-515-99-1-83 af 19. januar 1983).

Som udtryk for afgrænsningens gennemslag kan afslutningsvis anføres en sag, om to lærere er inhabile i forhold til en sag om, hvorvidt to faglærere ansat ved X skole skulle afskediges (TR Ringkøbing 089-0-99-31-82 af 18. februar 1983).

Tilsynsrådet antager, at der ikke foreligger inhabilitet, idet de pågældende ikke var ansat ved X skole.

3.2.2. Underordnet placering som inhabilitetsårsag

At den del af grundsætningen, der vedrører tilknytning til samme ansættelsessted, også gælder hvor stillingen, der er habilitetsspørgsmålets årsag, er placeret i ansættelseshierarkiets bund kan illustreres ved en sag, om en kommunalt ansat vejmand kan deltage i kommunalbestyrelsens beslutning om afskedigelse af kommuneingeniøren. (IM 1972/1209/1412-1 af 22. juni 1972).

Kommunalbestyrelsen anser ikke vedkommende for inhabil og henviser som grundlag for denne afgørelse til en konkret interessevurdering. Kommunalbestyrelsen udtaler således, »at uanset hvilken afgørelse sagen havde fået, ville det ikke have medført nogen ændring i medlemmets arbejdsvilkår, ansættelsesforhold, økonomiske stilling eller øvrige forhold«. Kommunalbestyrelsen anfører i øvrigt, »... at ansættelse eller afskedigelse af fast personale ikke sorterer under kommuneingeniøren«.

Indenrigsministeriet statuerer inhabilitet med henvisning til, at vedkommende »på grund af sin stilling som kommunalt ansat vejmand *med kommuneingeniøren som nærmeste overordnede* må anses at have en sådan direkte interesse i afgørelsen ...«.

Bedømmelsesgrundlaget fremtræder klart som formaliseret. Afgørelsen bygger tilsyneladende på en retssætning, hvorefter der i afskedigelses/ansættelses-sager statueres inhabilitet i forhold til tilfælde, hvor den primære afgørelse vedrører »*nærmeste overordnede*«.

I forbindelse hermed kan anføres en anden sag, om en fast vikar ved X skole

Anden del. Kap.VII.3.2.2.

kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af en sag om udnævnelse af skoleinspektør ved den pågældende skole (FOB 1976 s. 150).

Samtlige involverede kontrolinstanser d.v.s. indenrigsministerium, undervisningsministerium og ombudsmanden statuerer inhabilitet med den virkning, at kommunalbestyrelsens beslutning annulleres og den foretagne udnævnelse erklæres ugyldig.

Ombudsmanden henviser som grundlag for sin afgørelse til et »*almindeligt princip*«, hvorefter en lærer, der er medlem af kommunalbestyrelsen, er inhabil i forhold til sager, »der specielt vedrører den skole, hvor han gør tjeneste«. Denne overordnede grundsætning suppleres med en mere speciel, hvorefter kommunalt ansatte »som udgangspunkt må anses for inhabile ved kommunalbestyrelsens behandling af sager vedrørende deres foresatte«.

Ombudsmanden tager også stilling til spørgsmålet, om de habilitetsmæssige grænser forrykkes af det forhold, at habilitetssagens årsag er et ansættelsesforhold i en underordnet stilling in casu som fast sygevikar.

Ombudsmanden lægger i denne henseende vægt på karakteren af den konkret eksisterende hierarkiske relation og konstaterer for så vidt angår de forskelle, der eksisterer mellem fastansatte lærere og faste sygevikarer i henseende til løn, ansættelsesvilkår samt afskedigelseskompetencens placering »at disse forskelle indebærer, at den faste sygevikars stilling i højere grad end læreres er afhængig af kommunens beslutning og dermed tildels også af skolelederens indstilling«.

At indenrigsministeriet faktisk erkender den høje grad af formalisering, der karakteriserer bedømmelsesgrundlaget for så vidt angår stillinger knyttet til vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems ansættelsessted, synes at fremgå af den anvendte udtryksmåde.

Indenrigsministeriet udtaler således, at »spørgsmålet om skoleinspektørens habilitet ved besættelse af stillinger ved kommunens *øvrige skolevæsen* må i princippet ligeledes bero på konkrete overvejelser, men i disse tilfælde vil der næppe i *almindelighed* foreligge en sådan personlig eller væsentlig interesse ...« (IM 1971/1131/0700-6 af 11. juni 1971).

Den understregede passus om bedømmelsesgrundlagets principielle karakter af konkret interessevurdering sammenholdt med udtalelsen om, at der næppe i forhold til denne kategori af tilknytningsgrader i *almindelighed* vil foreligge inhabilitet, må vel opfattes som en konstateret modsætning i forhold til sager vedrørende det ansættelsessted vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem er knyttet til.

Om afgrænsningen af tilknytningsgrader omhandlet af nærværende afsnit udtaler indenrigsministeriet blot, at afgørelsen principielt må bero på konkrete overvejelser. Ministeriet udtrykker imidlertid som sin opfattelse, at der som

udgangspunkt i disse tilfælde ikke foreligger inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold, idet der *»næppe i almindelighed* vil foreligge en sådan personlig eller væsentlig interesse i sagens udfald, at inhabilitet bør statueres« (op.cit.).

Selv om retsstillingen for så vidt angår afgrænsningen af tilknytningsgraden nok er mindre klar end det ovenfor anførte om sager vedrørende vedkommendes ansættelsessted, lægges der dog op til en hovedregel, hvorefter kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer ikke er inhabile i forhold til sager vedrørende stillinger knyttet til den pågældende ansættelsesgren.

Dette udgangspunkt suppleres af en yderligere regel, hvorefter inhabilitet bliver resultatet i sager vedrørende stillinger, i forhold til hvilke vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem kan betegnes som underordnet. Dette resultat har klar støtte i den i forrige afsnit behandlede praksis for så vidt angår vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems nærmeste overordnede og/eller øverste leder.

De to anførte regler, eller måske snarere hovedregel med hertil hørende undtagelse, formuleres klart af et tilsynsråd, som udtaler, at der næppe kan være tvivl om, at inspektøren er habil i forhold til sager om besættelse af stillinger ved kommunens *øvrige skolevæsen*, *»med mindre den pågældende bliver overordnet for skoleinspektøren«* (TR Storstrøms amt 089-363-99-1-1971 af 18. marts 1971).

Tilsynsrådet sætter således som hovedregel den ydre grænse for inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader ved sager om stillinger placeret inden for det pågældende ansættelsessted. For så vidt angår sager vedrørende den pågældende forvaltningsgren (undervisningsvæsenet) må den inhabilitetsbegrundende tilknytning kvalificeres derved, at stillingen, som er ansættelses/afskedigelses-spørgsmålets genstand, skal være overordnet i forhold til vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems stilling.

At ikke blot vedkommendes nærmeste overordnede men også fjernere grader af tilknytning er omfattet af reglen om inhabilitet fremgår klart af en sag vedrørende en lærers deltagelse i kommunalbestyrelsens beslutning om ansættelse af en skoledirektør (IM 1977/12012/0404-2 af 27. oktober 1977).

Kommunalbestyrelsen træffer beslutning om at ansætte personen X i stillingen. Denne beslutning meddeles den pågældende i en skrivelse.

Først herefter rejses habilitetsindsigelse mod vedkommende lærers deltagelse i sagens behandling og afgørelse.

Kommunalbestyrelsen indkalder til ekstraordinært møde, hvorunder det besluttet, at vedkommende lærer har været inhabil, hvorfor kommunalbestyrelsens afgørelse erklæres ugyldig med den virkning, at udnævnelsen tilbagekaldes.

Anden del. Kap.VII.3.2.2.

Afgørelsen, der træffes med 10 stemmer mod 8, indbringes af mindretallet i kommunalbestyrelsen for tilsynsrådet.

Efter mindretallets opfattelse foreligger der ikke en inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning. Det anføres således, at den pågældende lærer »er ansat ved kommunens skolevæsen *som en ud af 150 lærere*«, og at stillingen som skoledirektør er af rent administrativ karakter.

Mindretallet peger således på, at der er tale om en meget indirekte forbindelse, idet der er tale om en sag vedrørende den pågældende forvaltningsgren. Et resultat der efter mindretallets opfattelse bestyrkes af det forhold, at stillingen som skoledirektør heller ikke funktionelt er særlig forbundet med de enkelte lærerstiller inden for skolevæsenet.

Tilsynsrådet tilslutter sig kommunalbestyrelsens afgørelse med en klar udtalelse om, at vedkommende er inhabil (TR Frederiksborg amt 089-208-99-1 -1977 af 13. september 1977).

Tilsynsrådet tillægger ikke den i kriterierne ansættelsessted/gren udtrykte graduering af tilknytningsgraden nogen betydning i forhold til en sag af denne type. Rådet henviser således til, »at *skoledirektøren i enhver henseende er skoleforvaltningens øverste chef*«. Dette kriterium indgår således med stor vægt og på stærkt formaliseret grundlag i rådets afgørelse.

Tilsynsrådet er opmærksom på, at der er tale om en noget indirekte forbindelse mellem vedkommende lærer og skoledirektørstillingen, men fastholder alligevel resultatet, og understreger den høje grad af formalisering dette er udtryk for med en udtalelse om, at »uanset at det kan anføres, at de tjenstlige relationer mellem en skoledirektør og en lærer ved en af kommunens skoler ikke er så nære som de tjenstlige relationer mellem f.eks. en skoleinspektør og en ved samme skole ansat lærer, er tilsynsrådet som anført af den opfattelse, at *et byrådsmedlem, der er ansat ved kommunens skolevæsen, må være udelukket fra at deltage i byrådets behandling og afstemning vedrørende udnævnelse af skoledirektøren*«.

Tilsynsrådet tager således udtrykkelig afstand fra i denne sammenhæng at lade kriteriet ansættelsessted repræsentere de ydre grænser for inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold. Rådet bekender sig til en regel om inhabilitet i sager vedrørende den »øverste foresatte«. I forhold hertil kan også rejses det spørgsmål, om kriteriet forvaltningsgren repræsenterer en ydre grænse for inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold. Spørgsmålet herom kan således konkretiseres i forhold til ansættelses/afskedigelsessager vedrørende en kommunaldirektør, jfr. ovenfor.

Indenrigsministeriet tilslutter sig tilsynsrådets afgørelse med en negativt formuleret udtalelse om, at ministeriet ikke »har fundet grundlag for at kritisere den af tilsynsrådet ... tilkendegivne opfattelse«.

Afgørelserne er således udtryk for en regel, hvorefter kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer er inhabile i forhold til sager vedrørende deres nærmeste foresatte og/eller den pågældende forvaltningsgrens øverste leder.

Afgørelserne giver imidlertid ikke noget svar på spørgsmålet, om den habilitetsmæssige afgrænsning over for stillinger, der repræsenterer mellemtilfælde i forhold hertil, eller som nok er højere placeret i det administrative hierarki uden dog at være overordnet den stilling, der er habilitetsspørgsmålets årsag.

I forhold til sådanne tilfælde må man derfor som udgangspunkt falde tilbage på tilsynsmyndighedernes henvisning til bedømmelsesgrundlagets karakter af konkret interessevurdering, hvorefter afgørelsen beror på en vurdering af de tjenstlige relationer mellem de pågældende stillinger.

Hvor sådanne tjenstlige relationer kan karakteriseres som egentlige over/underordningsforhold må resultatet vel i hvert tilfælde være inhabilitet, også hvor ansættelses/afskedigelsessagens genstand ikke kan siges at vedrøre vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems nærmeste foresatte eller den pågældende forvaltningsgrens øverste leder.

3.2.3. Stillinger som ikke indbyrdes er organiseret i over/underordningsforhold

Tilbage står så at besvare spørgsmålet, om der også statueres inhabilitet i tilfælde, hvor der ikke er tale om et indbyrdes over/underordningsforhold mellem den stilling, der er habilitetssagens årsag og den stilling, der er ansættelses/afskedigelsessagens genstand.

Hvor der er tale om sådanne sideordnede stillinger, og hvor der ikke kan siges at eksistere en særlig funktionel forbindelse mellem disse, må der nok antages at gælde en regel om inhabilitet, når stillingerne er placeret inden for samme ansættelsessted og habilitet, hvor stillingerne er placeret på forskellige ansættelsessteder, selv om disse er omfattet af den samme forvaltningsgren.

Til illustration heraf kan anføres en sag, om en lærer ansat ved Y skole kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag om ansættelse af fire lærere på prøve ved X skole (TR Århus 089-705-99-47-1979 af 1. juni 1979).

Kommunalbestyrelsen statuerer inhabilitet. Grundlaget herfor synes at være et bedømmelsesgrundlag, der er karakteriseret ved en høj grad af formalisering og intens afgrænsning, hvorefter formodningen er for inhabilitet i forhold til sager vedrørende den forvaltningsgren vedkommende er knyttet til vedansættelse.

Anden del. Kap.VII.3.2.3.

Kommunalbestyrelsen tilkendegiver ganske vist, at spørgsmålet »må besvares ud fra en konkret vurdering af omstændighederne i det enkelte tilfælde«. Og at dette også må gælde, når den primære sag »vedrører den *forvaltningsgren*, hvori den pågældende er ansat« (tilsynsrådets understregning).

Hertil følger kommunalbestyrelsen imidlertid en modifikation, som i vidt omfang må bestemme habilitetsafgørelsen, idet kommunalbestyrelsen henviser til den i andre sammenhænge anførte formodningsgrundsætning om, »at ansættelse i en af kommunens *forvaltningsgrene generelt set er egnet til at vække en vis tvivl om, hvorvidt den pågældendes stillingtagen i en sag, der vedrører denne forvaltningsgren, vil være baseret på saglige hensyn*«.

Det hermed angivne intensitetsniveau underbygges med henvisning til tillidshensynet og den af ombudsmanden introducerede formodning for loyalitet de ansatte imellem: »Af hensyn til offentlighedens tillid til den kommunale forvaltning og ud fra en konkret vurdering over for det loyalitetshensyn, der efter almindelig erfaring gør sig gældende i forhold til arbejdsfæller i almindelighed, *selv om der i den omhandlede ansættelse ikke er tale om personer, klageren direkte skal samarbejde med...*«.

I den af kommunalbestyrelsen udstukne retningslinje er der således taget højde for tilfælde, hvor der ikke eksisterer en funktionelt begrundet forbindelse mellem de pågældende stillinger.

At kommunalbestyrelsens afgørelse virkelig er funderet på en retsopfattelse, hvorefter sagens tilknytning til den pågældende *forvaltningsgren* er det afgørende inhabilitetsbegrundende kriterium, fremgår af kommunalbestyrelsens afslutningsvis udtalte forbehold: »Byrådet er dog opmærksom på forhold, der eventuelt taler imod denne beslutning, såfremt fortolkningen af ordet *forvaltningsgren* sidestilles med ordet *arbejdsplads*«. Tilsynsrådet tilsidesætter uden nærmere begrundelse herfor den af kommunalbestyrelsen trufne afgørelse og statuerer habilitet. Dette resultat og den indledningsvis anførte regel, resultatet formentlig er udtryk for, bekræftes også i en anden sag, hvor det udtales, at to kommunalbestyrelsesmedlemmer ansat som lærere ved X skole er inhabile under kommunalbestyrelsens behandling af ansøgninger til en stilling som timelærer ved X skole (TR Sønderjylland 089-563-90-2-79, telefonsag af 2. maj 1979).

3.2.4. Konkret interessevurdering eller formaliseret bedømmelse på grundlag af modsætningsslutninger

Imidlertid kan man få indtryk af, at praksis – muligvis under indtryk af den høje formaliseringsgrad der i øvrigt præger området – kan forfalde til modsætningsslutninger fra de eksisterende regler og retningslinjer på

bekostning af konkrete interessevurderinger baseret på hensynet til retssikkerhed i snæver forstand.

Man bemærker sig således, at tilsynsrådet i sagen, om to lærere ansat ved X skole er inhabile i spørgsmålet om afskedigelse af to faglærere, statuerer habilitet med henvisning til, at *de pågældende ikke var ansat ved X skole* (TR Ringkøbing 089-0-99-31-82 af 18. februar 1983).

Som et andet eksempel skal anføres en sag, om to kommunalbestyrelsesmedlemmer, der begge er gift med hjemmesygeplejersker, kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af en sag om afskedigelse af en tredje hjemmesygeplejerske (TR Vejle 1978-089-625-9-98a-2 af 31. august 1978). Afskedigelsesårsagen er sygdom.

Det oplyses, at »det var almindeligt kendt, at der bestod et endog meget uvenligt forhold mellem disse to hjemmesygeplejersker ...«. Om de indbyrdes tjenstlige relationer oplyses, at ... er hjemmesygeplejerskernes talsmand over for socialudvalget, *»men hun har ikke nogen overordnet stilling i forhold til de øvrige tre hjemmesygeplejersker«*.

På kommunalbestyrelsens møde foreslår ægtefællerne til de to hjemmesygeplejersker, at indstillingen om afskedigelse følges, medens de øvrige kommunalbestyrelsesmedlemmer tilbageskyder sagen til socialudvalget på grund af proceduremæssige fejl.

Over for tilsynsrådet oplyser kommunaldirektøren, »at de pågældende to kommunalbestyrelsesmedlemmer har argumenteret meget kraftigt for afskedigelse, og at de – efter hans opfattelse – af moralske grunde måtte være inhabile. De var tydeligt farvede af, at de ønskede ... afskediget, og at de var præpareret hjemmefra«.

»Efter aftale med amtmanden« oplyser vedkommende fuldmægtig ved tilsynsrådet, at de pågældende efter amtmandens opfattelse ikke er inhabile.

Afgørelsen, der forekommer meget tvivlom, kan anskues ud fra i hvert tilfælde følgende tre synsvinkler:

1) At den ægteskabelige tilknytning repræsenterer en formidling af forbindelsen, som bevirker, at de ansattes egen (hypotetisk antagne) inhabilitet ikke uden videre overføres på ægtefællen (jfr. herom afsnit 4).

Hvad man i øvrigt måtte mene om modificeret ægtefælleidentifikation i sager om kommunalt ansattes habilitet, synes grænsen for en sådan modifikations rækkevidde i hvert tilfælde at burde sættes ved sager, som i den grad involverer retssikkerhed i snæver forstand.

2) At de to hjemmesygeplejersker heller ikke selv ville have været inhabile, om de havde været medlemmer af kommunalbestyrelsen, idet der ikke

Anden del. Kap.VII.3.2.4.

eksisterer noget over/underordningsforhold eller funktionel tilknytning i øvrigt mellem de pågældende hjemmesygeplejersker indbyrdes. Og i forbindelse hermed at de pågældende ikke er knyttet til det samme ansættelsessted. Et sådant resultat forekommer ikke rimeligt og uden sammenhæng med den ovenfor anførte regel, hvorefter kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer er inhabile i forhold til alle sager vedrørende ansættelse og afskedigelse af personer inden for samme ansættelsessted.

Ganske vist kan forbindelsen mellem flere hjemmesygeplejersker i en kommune siges at være af en anden karakter end den, der karakteriserer kollegiale relationer bundet til et bestemt ansættelsessted af mere traditionel art. Men det er et spørgsmål, om der ikke typisk eksisterer en personlig og/eller faglig relation mellem en kommunes kun fire hjemmesygeplejersker, der går ud over, hvad man gennemsnitligt kan antage i forbindelse med forholdet mellem eksempelvis lærere ansat ved forskellige af kommunens skoler. Hertil kommer, at der i den konkrete foreliggende sag foreligger oplysninger om eksistensen af et modsætningsforhold.

3) Afgørelsen kan endelig også bygge på en retsopfattelse, hvorefter venskab/uvenskab principielt ikke anerkendes som inhabilitetsgrund. Hvad man end måtte mene herom, kan interessevurderingen ikke i det foreliggende tilfælde isoleres til men må ses i snæver forbindelse med det ansættelsesmæssige tilknytningsforhold.

Tilsynsrådets retsopfattelse synes således at være funderet på et formaliseret bedømmelsesgrundlag, hvis indhold er en modsætningsslutning fra de anførte regler om inhabilitet, og/eller om en konkret interessevurdering faktisk er foretaget, at denne i hvert tilfælde ikke er adækvat i forhold til den foreliggende sags- og interessestype.

I forlængelse heraf skal anføres et tilfælde, hvor et tilsynsråd blev forespurgt om, hvorvidt et kommunalbestyrelsesmedlem, som er gift med souschefen i skatteforvaltningen, vil kunne deltage i en eventuel afgørelse i kommunalbestyrelsen om kommunaldirektørens afskedigelse (TR Ringkøbing 089-0-99-40-82 af 17. november 1982).

Det oplyses, at det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem var medunderskriver på en anmodning om indkaldelse til et ekstraordinært kommunalbestyrelsesmøde, der som eneste punkt på dagsordenen havde: »På grund af stigende samarbejdsvanskeligheder mellem kommunaldirektøren og kommunalbestyrelsen drøftes omgående afskedigelse af kommunaldirektøren«.

Det oplyses endvidere, at der til dette kommunalbestyrelsesmøde forelå en erklæring underskrevet af kommunens fire forvaltningschefer: »Efter henvendelse fra et flertal af medlemmerne af økonomiudvalget angående samarbejdsproblemer på rådhuset, kan afdelingslederne udtale følgende: Vi finder det

meget vanskeligt under de nuværende arbejdsforhold at fortsætte det videre samarbejde med kommunaldirektør ...«.

Kommunalbestyrelsen betragter imidlertid vedkommende som habil. Tilsynsrådet mener ikke at kunne udtale sig konkret herom, før sagen er nøje afgrænset. Tilsynsrådet udtaler dog, at »det er imidlertid tilsynsrådets opfattelse, at det forhold, at ... er gift med souschefen i skatteforvaltningen *ikke i sig selv bevirker*, at hun er inhabil, når kommunalbestyrelsen skal træffe afgørelse i den verserende sag om kommunaldirektøren«.

Selv under hensyntagen til forbeholdet om, at den ægteskabelige tilknytning »ikke i sig selv bevirker« forekommer det at være i strid med den ovenfor anførte regel om inhabilitet i forhold til sager om ansættelse/afskedigelse af nærmeste eller øverste foresatte, ikke at betragte de fire forvaltningschefer som inhabile i den foreliggende sag.

Selve det forhold, at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem har været medunderskriver på en anmodning om ekstraordinær indkaldelse af det anførte kommunalbestyrelsesmøde, kan naturligvis ikke begrunde inhabilitet, da et sådant initiativ jo i hvert tilfælde formelt netop udspringer af vedkommendes funktion som kommunalbestyrelsesmedlem. Spørgsmålet er således alene, om den indirekte forbindelse – formidlet ved ægteskab – til de fire forvaltningschefer skulle kunne begrunde, at interessen afsvækkes eller skifter karakter.

Den anførte regel om inhabilitet synes også i forhold til dette tilfælde at være velmotiveret og adækvat. Selv om forbindelsen og dermed interessen nok er formidlet ved ægteskab, er den også - bedømt på grundlag af en samlet vurdering af sagen - (en sådan forbeholder tilsynsrådet sig at foretage senere) herunder den formodningsvist eksisterende sammenhæng mellem de enkelte sagsbehandlingsskridt (erklæringen underskrevet af de fire forvaltningschefer) at være af en art, som burde kunne give anledning til overvejelser på grundlag af tillidshensynet. Hvilket naturligvis skal ses i sammenhæng med de anførte retssikkerhedsmæssige aspekter knyttet til en sag af denne karakter.

Selv om tendensen i praksis som påvist går i retning af at indskrænke rækkevidden af diverse identifikationsregler og retningslinjer, synes der netop i sager af så indgribende betydning for enkeltpersoner at være et adækvat grundlag for - såvel i forhold til garanti - som tillidshensynet - at opretholde formodningen om identifikation mellem kolleger og fagfæller, også hvor disse er knyttet til et andet ansættelsessted inden for den pågældende forvaltningsgren.

Til underbygning af de her fremførte kritiske bemærkninger kan anføres et tilfælde, som bl.a. vedrører spørgsmålet, om et kommunalbestyrelsesmedlem som følge af ægteskab med en kommunalt ansat hjemmesygeplejerske, er

Anden del. Kap.VII.3.2.4.

afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling og beslutning om ikke at fastansætte den ledige hjemmesygeplejerske (TR Sønderjylland 089-541-99-2-83 af 17. august 1983).

Kommunalbestyrelsen har ikke fundet, at den pågældende var inhabil.

Tilsynsrådets opfattelse af habilitetsspørgsmålet fremgår ikke direkte men kan indirekte udledes af rådets bemærkninger vedrørende initiativpligt og spørgsmålet om annullation og ugyldighed.

Tilsynsrådet finder det kritisabelt, »at byrådet ikke har taget stilling til inhabilitetsspørgsmålet ...«. I umiddelbar fortsættelse heraf udtaler tilsynsrådet »... men finder ikke i det foreliggende materiale grundlag for at fastslå, at beslutningen er truffet ud fra usaglige hensyn«. Herefter anfører tilsynsrådet, at »da beslutningen er udført, derved at den er meddelt ..., kan den ikke annulleres«. Hermed angives det, omend indirekte, at der foreligger den retlige mangel inhabilitet.

Det må dog anføres, at denne slutning bygger på en antagelse om, at den i nyere praksis antagne lempelse af habilitetskravene for ægtefælletilknytning i forhold til kommunalt ansatte i hvert tilfælde ikke dækker (bør dække) tilfælde, hvor den primære sag vedrører ansættelse eller afskedigelse (jfr. herom nedenfor afsnit 4). Det forhold, at sagen rummer retssikkerhedsaspekter i snæver forstand, samt at praksis i disse sager i øvrigt er streng og stærkt formaliseret, må underbygge den ovenfor anførte formodning om, at tilsynsrådet antager inhabilitet.

3.3. Sammenfatning

På grundlag af den behandlede praksis kan det konstateres, at bedømmelsesgrundlaget - på trods af almindelige henvisninger til dettes karakter af konkret interessevurdering - faktisk i høj grad er formaliseret, og at der på grundlag heraf lader sig formulere nogle regler og retningslinjer omfattende de vigtigste tilfældegrupper:

Kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer er således inhabile i forhold til sager om ansættelse og afskedigelse af kommunalt ansatte inden for det samme ansættelsessted.

Hvor sagens genstand er en stilling, som ikke er knyttet til vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems ansættelsessted men derimod nok til den pågældende forvaltningsgren, er reglen inhabilitet, når den stilling, som er ansættelses/afskedigelsessagens genstand, hierarkisk er placeret som øverste og/eller nærmeste overordnede og vel også som overordnet i øvrigt i forhold til vedkommende kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlem.

Hvor der ikke foreligger et sådant over/underordningsforhold, er formodningen imod inhabilitet. Den nærmere afgørelse må principielt bero på konkret interessevurdering.

En sammenligning med de øvrige for kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitetskrav får således til resultat, at retsstillingen på området ansættelses/afskedigelsessager i almindelighed harmonerer med tendenser i udviklingen af de for kommunalt ansatte gældende habilitetskrav i øvrigt. Set i forhold til den stedfundne udvikling i retning af modificerede habilitetskrav synes forskellen i reguleringsintensitet at være behersket. At der også statueres inhabilitet i ansættelses/afskedigelsessager vedrørende stillinger, der ligger inden for den pågældende forvaltningsgren, når der eksisterer et over/underordningsforhold, er i harmoni med den almindelige retningslinje om inhabilitet også i forhold til sager vedrørende den pågældende forvaltningsgren, når sagen er af affedt virkning for vedkommende kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlem.

Man kan på baggrund heraf rejse det spørgsmål, om praksis i tilstrækkelig grad er opmærksom på de retssikkerhedsmæssige aspekter, der kan begrunde en mere intens regulering i ansættelses- og især afskedigelsessager.*) De netop behandlede eksempler på meget lempelige habilitetskrav er som anført muligvis udtryk for, at tendenser til almindelig lempelse af habilitetskravene uden videre også omfatter eller forplanter sig til ansættelses- og afskedigelsessager.

Som anført i forskellige sammenhænge må udviklingen af habilitetskravene vedrørende ægteskabelig og ægteskabslignende tilknytning formentlig ses

*) Harder udtaler, at de synpunkter, der ligger til grund for habilitetskravenes afgrænsning i struktursager i praksis, »understreges«, når sagen vedrører ansættelse eller afskedigelse af andre kommunalt ansatte (Dansk kommunalforvaltning I s. 195).

Det af Harder anførte udsagn er fremført på et tidspunkt (3. udg. 1978), hvor tendensen til en intensiv regulering i forhold til struktursager var dominerende. En understregning eller skærpelse af habilitetskravene i forhold hertil måtte vel betyde, at der ikke blot statueres inhabilitet i forhold til alle ansættelses- og afskedigelsessager inden for det pågældende ansættelsessted, men herudover også i forhold til sådanne sager vedrørende stillinger inden for den pågældende forvaltningsgren.

Anden del. Kap.VII.4.

som udtryk for tendenser i retning af slækkede habilitetskrav for kommunalt ansatte i det hele taget. I det omfang dette er tilfældet, beror det næppe på tilfældigheder, at de anførte eksempler på svag habilitetsmæssig regulering i afskedigelsessager netop markeres i nyere praksis vedrørende ægteskabelige tilknytningsforhold. Betænelighederne forbundet med en sådan automatisk kobling mellem den almindelige retsudvikling og det særlige område ansættelses- og afskedigelsessagerne bør udgøre, bliver naturligvis understreget i takt med styrken af tendenserne i retning af slækkelse og eventuelt eliminering af habilitetskravene gældende for kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer.

4. Ægteskab og ægteskabslignende tilknytning til kommunalt ansatte som inhabilitetsgrund

For så vidt angår spørgsmålet om den habilitetsmæssige betydning af ægteskabelig tilknytning til kommunalt ansatte, har udgangspunktet traditionelt været identifikation, d.v.s. at ægtefællen bliver inhabil i samme omfang som den kommunalt ansatte selv ville være det.*)

Praksis synes da også at have været helt i overensstemmelse hermed.

Eksempelvis kan anføres, at en ægtefælle til souschefen i skatteforvaltningen erklæres inhabil i forhold til kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålene: 1) Om en ledig stilling i skatteforvaltningen skal opnormeres. 2) Om der skal nynormeres en assistentstilling i skatteforvaltningen. 3) Hvem der i bekræftende fald skal ansættes (TR Ringkøbing 089-09-18-79 af 29. maj 1979).

Ligeledes en sag om to lærere ansat ved X skole kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling om oprettelse af en førstelærerstilling ved Y skole. For den ene lærers vedkommende udvides tilknytningsforholdet derved, at hans hustru

*) Jfr. *Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 203. Forening af kommunale stillinger og hverv s. 228. *Poul Andersen*: Dansk forvaltningsret, 5. udg. s. 451, hvor det dog blot hedder, at der i praksis fra gammel tid er »antaget at medlemmer af kommunalbestyrelser ikke kan stemme i en sag, der angaar ægtefælle eller beslægtede eller besvogrede i op- eller nedstigende linie«. Dansk forvaltningslov § 3, stk. 2. NFL § 6, 1. led. Se *Eckhoff*: forvaltningsrett s. 424f. *Kurt Nielsen*: Juristen 1978 s. 324.

er ansat som lærer ved Y skole (TR Sønderjylland 089-7-99-9-79 af 17. marts 1980).

Begge lærere erklæres inhabile af kommunalbestyrelsen. For så vidt angår den lærer, hvis tilknytning alene er bestemt af ansættelse ved X skole (skolevæsenet) udtaler kommunalbestyrelsen, at ... »som ansat ved kommunens skolevæsen kan have en vis interesse i, at en sådan stilling oprettes, dels som mulig ansøger, dels af kollegiale/organisationsmæssige grunde«.

Denne del af kommunalbestyrelsens afgørelse er tilsynsrådet ikke enig i, idet rådet mener, at vedkommende næppe har en så »direkte« interesse ... Rådet lægger hermed vægt på, *»at beslutningen ikke har nogen virkning for ...'s tjenestested X skole, og at den pågældende stilling vil kunne søges af en stor og ubestemt kreds af lærere, og at der således ikke på forhånd er noget grundlag for at antage, at oprettelsen af stillingen skulle medføre nogen mærkbar bedring af ...'s advancementsmuligheder«.*

For så vidt er afgørelsen således udtryk for den ovenfor i afsnit 2 anførte tendens til at drage ret så skarpe ydergrænser med hensyn til, i hvilket omfang formodninger om loyalitet i forhold til vedkommendes tjenestegren såvel som fagfæller i almindelighed kan begrunde inhabilitet.

Derimod tilslutter tilsynsrådet sig kommunalbestyrelsens afgørelse, hvorefter læreren med den ægtefællens tilknytning til Y skole erklæres inhabil.

Selv om der for så vidt angår denne afgørelse er tale om formidlet tilknytning til det pågældende ansættelsessted, er afgørelsen bemærkelsesværdig på baggrund af det tilsynsrådet i den første afgørelse om tilknytningsgraden anførte. Når rådet har udtalt, at vedkommendes egeninteresse i at kunne søge stillingen ikke begrunder inhabilitet, jfr. »... vil kunne søges af en så stor og ubestemt kreds af lærere ...«, kan habilitetsafgørelsen således vel heller ikke søges i ægtefællens advancementsmuligheder. Tilbage som inhabilitetsgrund er således alene det forhold, at stillingen slås op ved Y skole, altså ægtefællens ansættelsessted. At der oprettes en førstelærerstilling ved Y skole synes ikke at være af nogen særlig betydning for ægtefællen. Dennes interesse heri må enten bero på det netop anførte om advancementsmuligheder for vedkommende selv eller vedkommendes kolleger. At en førstelærerstilling skulle være af nærværdig betydning for arbejdsvilkårene i øvrigt kan ikke antages.

I denne forbindelse kan også nævnes et tilfælde vedrørende spørgsmålet om en socialudvalgsformand er inhabil i sagen vedrørende ansøgning fra X skole om »pro forma ansættelse« ved kommunens skoleforvaltning af nogle forældre til børn på skolen med henblik på at kunne gennemføre lejrskoleophold uanset lærernes overholdelse af 11-timers reglen, når socialudvalgsformandens datter og svigersøn er lærere ved X skole, og de begge skal deltage i den nævnte lejrskoletur (TR Ribe 089-553-5-1-79 telefonsag af 7. marts 1979).

Anden del. Kap.VII.4.

Tilsynsrådet udtaler, »at der er nærliggende risiko for at socialudvalgsformanden er inhabil«.

Nævnes skal også en sag vedrørende bl.a., om et kommunalbestyrelsesmedlem, hvis samlever er lærer ved Y skole, kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af spørgsmålet om tillægsbevilling på 30.000 kr. til aflønning af nødvendige løse vikarer i forbindelse med gennemførelse af skolernes (samtlige kommunens skoler) lejrskoleophold i 1979 (TR Sønderjylland 089-8-99-3-1979 af 28. maj 1979).

Den samlede bevilling på 30.000 kr. skal fordeles mellem 8 skoler, hvoraf Y er den ene. Med henvisning til tillidshensynet statuerer tilsynsrådet inhabilitet (jfr. i øvrigt om sagen ovenfor).

Reglerne om identifikation understreges i tilfælde, hvor interessens materielle karakter – i hvert tilfælde tendentielt – har givet sig udtryk i regeldannelse, i medfør af hvilken interessen ikke begrunder inhabilitet, jfr. ovenfor afsnit 2.1. om interesser knyttet til bygningsfaciliteter etc.

Således sagen om et medlem af kulturudvalget, der er gift med lederen af ... kommunale ungdomsklub kan deltage i behandlingen af en ansøgning fra klubben om delvis støtte til og udførelse af nogle arbejder på ungdomsklubbens bygninger og gårdsplads. Ansøgningen omfatter følgende to projekter:

- 1) Istandsættelse af gulv og vægge i bordtennisrum, hvor der på ansøgningstidspunktet er råd og svamp. Det oplyses, at klubbens medlemmer er villige til selv at udføre arbejdet, hvis et beløb til materialer stilles til rådighed.

- 2) Asfaltering af gårdspladsen og rydning af denne for sne om vinteren.

Tilsynsrådet udtaler indledningsvis som en »almindelig retsgrundsætning«, at en person afskæres på grundlag af inhabilitet »i samme omfang som ægtefællen selv ville have været udelukket fra at deltage i sagens behandling og afgørelse«. (TR Nordjylland 089-25 -99-2-1978 af 31. maj 1978).

På grundlag heraf når tilsynsrådet til det resultat, at den pågældende leder har en sådan interesse i sagens udfald, at »han selv ville have været afskåret fra at deltage i sagernes behandling i kulturudvalget. Tilsynsrådet mener *derfor*, at lederens ægtefælle er inhabil ...«.

I forhold til struktursager statueres der i hvert tilfælde inhabilitet, hvor forslaget er af betydning for ægtefællens ansættelsessted.

Som eksempel herpå kan anføres en sag vedrørende spørgsmålet om inhabilitet i forhold til kommunalbestyrelsens behandling af kommunens udbygningsplaner for folkeskolen og fritidsundervisningen. Borgmesteren er skoleleder ved X skole og vedkommendes hustru er skolelærer ved samme skole (TR Vestsjælland 089-F03 -9-8-77 af 31. maj 1977).

Tilsynsrådet udtaler, at borgmesteren ikke kan anses for inhabil i forhold til behandlingen af kommunens udbygningsplaner vedrørende folkeskolen og fritidsundervisningen, da vedkommende har taget orlov fra kommunens skolevæsen. Derimod finder tilsynsrådet det rigtigst, at vedkommende forlader kommunalbestyrelsesmøder, »når forholdene omkring X skole har været til behandling og afstemning i kommunalbestyrelsen«.

Denne sidstnævnte del af afgørelsen må vel på grundlag af det ovenfor anførte antages at være begrundet i vedkommendes ægteskabelige forbindelse med en lærer ved skolen.

Som et andet eksempel kan anføres en sag, som bl.a. omhandler, hvorvidt en lærer kan deltage i behandlingen af spørgsmålet om justering af kommunens udbygningsplaner for skolevæsenet og fritidsundervisningen, når også vedkommendes ægtefælle er ansat ved skolevæsenet (Y skole). Kommunalbestyrelsen statuerer inhabilitet med henvisning til, at udbygningsplanen »berører meget konkret den skole, hvor klagerne er tjenstgørende som henholdsvis ... og Y skole, hvor lærer ...'s hustru er tjenstgørende som lærer« (TR Sønderjylland 089-7-99-9-79 af 17. marts 1980).

Den totale identifikation synes imidlertid nu brudt af indenrigsministeriet i sager, hvor det inhabilitetsbegrundende forhold beror på kommunal ansættelse.

Ministeriet har således i forskellige forbindelser givet principielt udtryk for sin opfattelse af dette spørgsmål. *)

Indenrigsministeriet fastslår indledningsvis den almindeligt antagne hovedregel om identifikation mellem ægtefæller i forhold til habilitetskravene. Et byrådsmedlem er således afskåret fra at deltage i behandlingen af sager, »hvori dennes ægtefælle har en sådan interesse, at han eller hun selv ville være afskåret fra at deltage i sagernes behandling«. Tilsvarende gælder, hvor der er tale om ægteskabslignende forhold. Denne retssætning modificeres af indenrigsministeriet i tilfælde, hvor det er et kommunalt ansættelsesforhold, der begrunder inhabilitet. I sådanne tilfælde er ministeriet af den opfattelse, at »ægtefællen til en kommunalt ansat ikke er afskåret fra at

*) IM 1979/1091-2 notat til ministeren af 14. februar 1979 og IM 1979/123 /1626-3 skrivelse af 10. april 1979. Samt diverse udtalelser i forbindelse med spørgsmålet om kommunalbestyrelsesmedlemmers generelle inhabilitet i medfør af styrelseslovens § 29, stk. 2 og 3, jfr. herom nedenfor kapitel VIII.

Anden del. Kap.VII.4.

deltage i sagernes behandling i byrådet i så vidt omfang, som den kommunalt ansatte selv ville være det».

Indenrigsministeriet udtaler, at vedkommende ægtefælle kun vil være inhabil, hvor det må antages, »at byrådets beslutning *i særlig grad* vil berøre den ansattes interesse«.

Indenrigsministeriets retsopfattelse om modifikation af habilitetskravene gældende for ægteskabelig tilknytning til kommunalt ansatte kommer også principielt til udtryk i en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem, hvis ægtefælle er ansat ved en af kommunens skoler, kan deltage i behandlingen af en sag om ombygning af den pågældende skole. (IM 1982/123/1617-2 af 23. juni 1983 og TR Nordjylland 089-17-99-2-1982 af 5. oktober 1982).

Kommunalbestyrelsen statuerer inhabilitet på grundlag af en opfattelse, hvorefter ægtefællen, såfremt hun havde været medlem af kommunalbestyrelsen, ville have været inhabil ved sagens behandling. Kommunalbestyrelsen bygger således på en retsopfattelse, hvorefter der gælder identifikation.

Også tilsynsrådet antager identifikation mellem ægtefæller men antager også, at der eksisterer en regel om modifikation, hvor der er tale om kommunale ansættelsesforhold. I sådanne tilfælde antager tilsynsrådet kun inhabilitet, hvor den primære sag »*i særlig grad vil berøre den ansattes interesser*«.

Tilsynsrådet statuerer herefter inhabilitet med henvisning til, at den primære sag berører hustruen »*i en sådan grad ...*«.

Når indenrigsministeriet i modsætning hertil statuerer habilitet, beror det - som anført ovenfor - formentlig ikke på uenighed i spørgsmålet om den habilitetsmæssige betydning af ægteskabelig tilknytning, men derimod på en retsopfattelse, hvorefter interessen i vedkommendes *arbejdsforhold* materielt er af en karakter, som ikke begrundet inhabilitet.

Der er således hverken i de af indenrigsministeriet anvendte almindelige formuleringer eller i ministeriets konkrete retsanvendelse et umiddelbart anvendeligt grundlag for en nærmere afgrænsning af det særlige for ægtefælletilknytning introducerede retsgrundlag.

Spørgsmålet er herefter, hvor de ydre grænser for inhabilitet på grundlag af ægteskabelig tilknytning skal sættes. En mulighed er, at grænsen drages ved tilknytningsforhold som efter deres art og grad konstituerer en *egeninteresse i snæver forstand*.

Kap.VII.4.

Som eksempel på en retsopfattelse, hvorefter det også herudover er - omend begrænset - mulighed for at statuere inhabilitet kan anføres en forespørgsel fra en kommunalbestyrelse, om et kommunalbestyrelsesmedlems habilitet, når vedkommende er formand for socialudvalget og den pågældende lever i et ægteskabslignende forhold med en kvinde, der er ansat som husassistent uden ledende funktioner på et plejehjem (TR Sønderjylland 089-513-99-3-81 af 16. marts 1981).

Tilsynsrådet udtaler, at spørgsmålet om inhabilitet må besvares »på samme måde, hvad enten et kommunalbestyrelsesmedlem lever i ægteskab eller i et ægteskabslignende forhold«, jfr. indenrigsministeriets opfattelse af sådanne ægteskabslignende forhold.

For så vidt angår arten og graden af en inhabilitetsbegrundende interesse opstiller tilsynsrådet som vejledende retningslinjer, »at der kun kan antages at foreligge inhabilitet, når byrådet eller *socialudvalget* behandler spørgsmål, der vedrører udvalgsformandens samleverskes løn-, ansættelses- eller arbejdsforhold, eller spørgsmål, der har en så vidtrækkende betydning for institutionen, at der er særlig grund til at formode, at udvalgsformanden kan være påvirket af samleverskens loyalitet over for arbejdspladsen og arbejdsfællerne«.

Udover at pege på tilknytningsgrader som giver sig udtryk i en egeninteresse i snæver forstand, udvides grundsætningens rækkevidde således også til at omfatte sager, som på *kvalificeret vis* er af betydning for vedkommendes ansættelsessted og/eller de øvrige ansatte. I det omfang den af tilsynsrådet ovenfor anførte afgørelse kan tages som udtryk for praktisering af en sådan udvidelse, er denne ikke så restriktivt afgrænset som formuleringen kunne give udtryk for. Imidlertid er afgørelsen truffet i 1979, d.v.s. på et tidspunkt hvor lempelsen af habilitetskravene vedrørende ægteskabelig tilknytning var ny eller i sin vorden.

Men at tilsynsrådets afgørelse også i 1979 bygger på et bedømmelsesgrundlag som det anførte, fremgår af en anden sag vedrørende en forespørgsel om, i hvilket omfang der indtræder inhabilitet i sager vedrørende skoleforhold, når vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems hustru er ansat ved X centret som høre-, talepædagog (TR Sønderjylland 089-23-99-2-79 af 17. maj 1979). Tilsynsrådet gentager reglen om lempelse af habilitetskrav for ægtefæller til kommunalt ansatte, hvorefter der kun statueres inhabilitet, når kommunalbestyrelsens beslutning »i særlig grad vil berøre den ansattes interesser«. Spørgsmålet herom må afgøres på grundlag af en konkret vurdering af »hvilke direkte eller afledede virkninger sagen har for Deres hustru eller hendes tjenestested. *Inhabilitet kan kun antages at foreligge, såfremt der er tale om en sag af væsentlig betydning for Deres hustru og/eller hendes tjenestested ...*«.

Anden del. Kap.VII.4.

I et andet tilfælde foretager det pågældende tilsynsråd imidlertid en eksemplifikation på inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold, som alene omfatter tilfælde, hvor der kan siges at foreligge en personlig egeninteresse i snæver forstand, hvorimod interesser, hvis grundlag er antagelse af identifikation med ansættelsessted og eller andre ansatte ikke begrundet inhabilitet (TR Sønderjylland 089-20-99-3-79 af 16. juli 1979).

Som eksempel på tilfælde, hvor tilbageholdenhed i afgrænsningen af habilitetskravene vedrørende ægteskabelig tilknytning kan være særligt velbegrundet, nævner indenrigsministeriet i de ovenfor nævnte udtalelser *»sager af mere generel karakter«*. Sådanne sager specificeres i to kategorier:

- 1) Sager »som får betydning for en stor kreds af borgere«.
- 2) Sager »som får betydning for afgørelsen af mange fremtidige enkeltsager«.

Denne afgrænsning synes jo i hvert tilfælde at omfatte struktursagerne samt i det hele kriterierne for lempelse af habilitetskrav på grundlag af overvejelser over sagsbehandlingsstadier, jfr. om »principbeslutninger« etc. samt endelige kriterier for interessens udbredelse etc.

Disse kriteriers anvendelse som grundlag for lempelse af habilitetskravene vedrørende ægteskabelig tilknytning kan illustreres ved sagen, om ægtefællen til en lærer ved X skole kan deltage i kommunalbestyrelsens debat om skolestrukturen i kommunen (TR Sønderjylland 089-23-99-2-79 af 17. september 1979).

Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem anmoder borgmesteren om, at spørgsmålet om hans habilitet rejses og afgøres ved afstemning. Dette afvises af borgmesteren med henvisning til, *»at man ved nævnte punkt på dagsordenen alene tog stilling til skolestruktur for ... skolevæsen, hvorefter der alene var tale om en strukturdebat og ikke nogen konkret afgørelse vedrørende nogen skole i kommunen«*.

Imidlertid rejses habilitetssagen alligevel som følge af, at sagens behandling skifter karakter fra alene at være en principdebat til også at indeholde konkrete beslutninger eller i hvert tilfælde det afgørende grundlag for disse. Kommunalbestyrelsen udtaler herom, at habilitetssagen blev rejst og afgjort *»fordi debatten omkring skolestrukturen centreredes om X skole, som er tjenestested for byrådsmedlemmets ægtefælle«*.

Det blev således under debatten om X skole besluttet, at skolen ... »tilpasses i takt med udviklingen i elevtallet i det samlede skoledistrikt for de tre byskoler, idet det tilstræbes, at overbygningen bevares længst muligt«.

Kommunalbestyrelsen oplyser, at der gennem folkeregisteret er registreret et fald i elevgrundlaget i det samlede skoledistrikt for de tre byskoler. »Idet

byrådet vedtog at videreføre de to øvrige byskoler som tresporede skoler, vil tilpasningen af X skole medføre reduktioner i såvel elev-, klasse- og lærertal ved X skole. Udviklingen i elevgrundlaget kan således meget vel føre til en nedlæggelse af skolen i planperioden«.

Der er således ikke truffet en egentlig konkret afgørelse af aktuel betydning for ægtefællens ansættelsessted (X skole). Men der er truffet beslutning om, at eventuelle nedskæringer skal ramme denne skole, »*såfremt forudsætningerne for en sådan nedskæring måtte indtræde i fremtiden*«.

Tilfældet repræsenterer derfor et klart eksempel på, hvorledes en *principafgørelse* kan rumme sådanne forudsætninger for fremtidige konkrete afgørelser, at der etableres en inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning, jfr. kap. VI afsnit 2.

Tilsynsrådet tilslutter sig kommunalbestyrelsens afgørelse. Rådets afgørelse bliver af særlig interesse, fordi tilsynsrådet, jfr. sagen ovenfor, opererer med de anførte modificerende habilitetskrav til kommunalt ansatte ægtefæller. I forhold til de af tilsynsrådet tidligere opstillede retningslinjer, hvorefter der ikke alene kan statueres inhabilitet i forhold til vedkommendes egen-interesse i snæver forstand men også i forhold til interesser, som i kvalificeret grad udspringer af identifikation med ansættelsesstedet som sådant og dettes andre ansatte, synes den her trufne afgørelse at være udtryk for en indskrænkning, hvis grundlag alene kan være kvalificerede krav til interessens *aktualitet*.

At der således i påkommende fald er tale om afgørelser af betydning for vedkommendes »arbejds-mæssige situation« er vel utvivlsomt.

I sammenhæng hermed skal anføres en lignende sag behandlet af det samme tilsynsråd. Sagen vedrører spørgsmålet, om et kommunalbestyrelsesmedlem kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om afgrænsningen af skoledistrikter, når vedkommendes hustru er ansat ved kommunens skolevæsen med tjenestested på X skole (TR Sønderjylland 089-23-99-5-79 af 14. december 1979).

Ægtefællen er beskæftiget med individuel taletræning og sprogstimulering for undervisningscentrets elever. Formålet med denne undervisning er at hjælpe eleverne frem til integration med normalklasser. Disse elever vil normalt blive integreret i de yngste klasser på X skole, hvorfor skoledirektøren har henledt borgmesterens opmærksomhed på, at »disse klassers klassekvotient er afgørende faktorer, der berører ægtefællens arbejde. Klassekvotienten for X skolens yngste klasser vil blive berørt ved eventuelle distriktsændringer for Y skole. Det oplyses yderligere, at »distriktsændringer vil influere på antallet af klasser, hvilket er af væsentlig betydning for ...'s tjenestested, idet det får konsekvenser for antallet af stillinger m.v. ved skolen ... X skolen vil efter forløbet af næste skoleår kun have elever til 2 spor fra 1. klasse, hvis ikke der

Anden del. Kap.VII.4.

tilføres elever fra Y skolen. Det skal hertil bemærkes, at byrådet i forbindelse med vedtagelsen af skoleudbygningsplanen, *har besluttet at X skolen skal videreføres med 3 spor*«.

Der er således tale om en struktursag af klart afledt betydning for vedkommendes tjenestested.

Kommunalbestyrelsesmedlemmet anfører om afgrænsningen af skoledistrikterne, at det sagen drejer sig om »i alt væsentligt er et spørgsmål om hel eller delvis opdeling af Y skolens nuværende skoledistrikt, *hvilket kan medføre at Y skolen reelt bliver nedlagt*.

Tilsynsrådet henviser som grundlag for sin afgørelse til »de af tilsynsrådet nyligt dikterede retningslinjer«, jfr. de ovenfor anførte sager. Herefter udtaler rådet, »at afgørelsen om afgrænsning af skoledistrikter *ikke med sikkerhed kan formodes at have en så konkret og væsentlig betydning for ...s stilling og arbejdssituation, at der er tilstrækkelige holdepunkter for at antage, at ægtefællen ... vil være inhabil ved sagens behandling*«.

Afgørelsen bidrager således afgørende til præcisering af det af tilsynsrådet anvendte bedømmelsesgrundlag. Dette synes reelt afgrænset i overensstemmelse med den i ovenfor nævnte sag anførte eksemplifikation, hvorefter alene vedkommendes personlige interesser i snæver forstand bevirker inhabilitet, medens forbeholdet om herudover at kunne statuere inhabilitet på grundlag af kvalificerede tilfælde af identifikation med ansættelsesstedet som sådant og det hertil knyttede øvrige personale, må være uden praktisk betydning (TR Sønderjylland 089-23-99-2-79 af 17. september 1979).

Forskellen mellem den her behandlede afgørelse og den ovenfor anførte (op.cit.) beror ikke på spørgsmålet om eksistensen og omfanget af vedkommendes økonomiske interesse, idet det for så vidt angår den foreliggende sag oplyses, at hustruen i tilfælde af, at kontrakten med amtet og kommunen ophører kan overgå til ansættelse under amtet. På samme måde oplyses det i den ovenfor anførte sag (op.cit.), at kommunen i tilfælde af skolens nedlæggelse har pligt til at forflytte hende til anden skole i kommunen på samme lønmæssige vilkår. Forskellen synes alene at kunne begrundes i graden af personlig - ikke-økonomisk - interesse. I denne sag (op.cit.) synes distrikts-spørgsmålet i sin yderste konsekvens således at kunne medføre, at ægtefællen må skifte ansættelsessted, medens det i den foreliggende sag synes at fremgå, at distrikts-spørgsmålet alene kan få betydning for arbejdsforholdene (omfanget af arbejdet) ved det ansættelsessted vedkommende allerede er knyttet til.

Hvor grænserne går for - på grundlag af sagsbehandlingens stadier /afgørelsens karakter af principbeslutning - at statuere habilitet, kan illustreres ved en ny afgørelse truffet af det samme tilsynsråd. Sagen vedrører bl.a. spørgsmålet, om et kommunalbestyrelsesmedlem, hvis ægtefælle er ansat som lærer ved X skole, kan deltage i behandlingen af en sag vedrørende »revisionen og

udbygningsplanen for folkeskoleområdet m.v. herunder fastlæggelse af principper» (TR Sønderjylland 089-513-99-4-81 af 23. november 1983).

I forbindelse hermed forelå indstilling fra økonomiudvalget om revision af kommunens skolestruktur ved indskrænkning til 4 spor, *ved nedlæggelse af X skole*.

Tilsynsrådet lægger vægt på, at »X skoles eventuelle nedlæggelse skulle drøftes, *men at sagen i øvrigt er af generel planlægningsmæssig art*«.

Tilsynsrådet erklærer herefter det kommunalbestyrelsesmedlem, hvis ægtefælle er ansat ved X skole, for inhabil.

At afgørelsen i forhold til de ovenfor anførte sager netop markerer grænsen til de inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning kommer bl.a. til udtryk, når tilsynsrådet i forhold til de øvrige lærere i kommunalbestyrelsen statuerer habilitet med henvisning til »*at der ikke skulle tages endelig stilling til X skoles nedlæggelse*«.

Forskellen i forhold til de forrige anførte sager synes således alene at være, at det af økonomiudvalget fremførte forslag *direkte* peger på nedlæggelse af vedkommendes ansættelsessted. Medens spørgsmålet herom i de ovenfor anførte sager var *afledt* af de forelagte strukturspørgsmål. I ingen af de anførte tilfælde skulle der tages endelig stilling til spørgsmålet om nedlæggelse.

Som et muligt udtryk for – en i øvrigt retssikkerhedsmæssig betænkelig – slækkelse af reguleringsintensiteten, som følge af at tilknytningsforholdets grundlag er ægteskab, kan peges på den ovenfor i afsnit 3.2.4. anførte sag, hvor det statueres at kommunalbestyrelsesmedlemmer gift med hjemmesygeplejersker kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af spørgsmålet om afskedigelse af en tredje hjemmesygeplejerske, til trods for at der foreligger oplysninger om, »at de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer har argumenteret meget kraftigt for afskedigelse, og ... de var tydeligt farvede af, at de ønskede ... afskediget, og at de var præparerede hjemme fra« (TR Vejle 1978-089-625-9-98a-2 af 31. august 1978). Ligeledes kan anføres sagen, om et kommunalbestyrelsesmedlem, som er gift med souschefen i skatteforvaltningen, kan deltage i kommunalbestyrelsens afgørelse om kommunaldirektørens afskedigelse. Tilsynsrådet indskrænker sig som anført til i almindelighed at udtale, at »... det forhold, at ... er gift med souschefen i skatteforvaltningen ikke i sig selv bevirker, at hun er inhabil, når kommunalbestyrelsen skal træffe afgørelse i den verserende sag om kommunaldirektøren« (TR Ringkøbing 089-0-99 -40-82 af 17. november 1982).

Der er således hverken i den behandlede praksis eller indenrigsministeriets almindelige udtalelser grundlag for en nærmere bestemmelse af det introducerede retsgrundlags indhold, og derfor heller ikke grundlag for at vurdere om

Anden del. Kap.VII.4.

og i bekræftende fald i hvilket omfang der faktisk er tale om en særlig modifikation i forhold til de for kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitetskrav. Om den af indenrigsministeriet introducerede kursændring derfor faktisk er udtryk for en isoleret korrektion af retstilstanden med hensyn til de habilitetsmæssige følger af ægteskabelig tilknytning, eller om den skal ses i forbindelse med den almindelige tendens til ændring i bedømmelsen af ansættelsesforhold som inhabilitetsgrund, bliver naturligvis uden praktisk betydning, i det omfang en parallel tendens til lempelse af de for kommunalt ansatte habilitetskrav i almindelighed slår igennem. Et sådant resultat kan i hvert tilfælde ikke udelukkes men kan måske oven i købet udledes af indenrigsministeriets egne udtalelser, når ministeriet i de indledningsvist anførte skrivelser eksplicit giver udtryk for en opfattelse af retstilstanden, som er i overensstemmelse med de anførte tendenser i retning af at fordre en snævrere/mere direkte forbindelse mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den primære sag. Ministeriet pointerer således, at der må være tale om *»en personlig og/eller økonomisk interesse af en vis styrke, før der kan statuere inhabilitet«*. Denne kvalificering af de inhabilitetsbegrundende forhold, som sprogligt er helt i overensstemmelse med traditionelt anvendte formler, eksemplificeres af indenrigsministeriet med udtalelser om, at en skoleinspektør er inhabil i en sag, *»der direkte berører hans arbejdssituation eller forholdene på den skole, som han er leder af«*. Som det vil ses, er den anvendte formulering identisk med de almindeligt i tilsynspraksis udbredte retningslinjer, der som ovenfor påvist - udover at være upræcise - repræsenterer en reguleringsintensitet, som går ud over, hvad de pågældende tilsynsmyndigheder i hvert tilfælde tendentielt er villige til at praktisere.

5. Sammenfatning og vurdering af reguleringens intensitet, form og grundlag

Sammenfattende kan det konstateres, at grænserne for habilitetskravenes rækkevidde ikke er sammenfaldende i de enkelte retsmyndigheders praksis. Det skal i den forbindelse understreges, at det forhold, at fremstillingen af praksis i store træk også er kronologisk systematiseret, ikke uden videre kan tages som udtryk for, at nyere praksis afspejler gældende ret, medens ældre praksis - som eventuelt er i modstrid hermed - alene repræsenterer tilbagelagte udviklingstrin. Praksis er naturligvis *også* udtryk for et udviklingsforløb, men herudover må forskellige retsopfattelser, som de kommer til udtryk i de enkelte sager, nok så meget betragtes som netop forskellige retsopfattelser og/eller som udviklingstendenser, hvis retning ikke nødvendigvis er bestemt af nyere praksis.

Retsudviklingen kan derfor, som den fremtræder af den her behandlede praksis, groft sammenfattes i fire kategorier, som hver især repræsenterer en tendentiell udvikling, uden at det er muligt éntydigt at fastslå en af disse som udtryk for gældende ret. Mest vidtgående er den del af praksis, som statuerer inhabilitet, blot der er tale om en struktursag omfattende den pågældende forvaltningsgren, uanset om vedkommende ansatte personligt og/eller dennes ansættelsessted berøres. I forhold hertil er det udtryk for en mindre intensiv afgrænsning, når inhabilitet som minimum fordrer, at den pågældendes ansættelsessted berøres, omend den indirekte og stærkt formidlede virkning af funktionsforskydninger inden for administrationsområdets enkelte institutioner kan repræsentere en tilstrækkelig grad af tilknytning. En yderligere slækkelse af reguleringsintensiteten kommer til udtryk i fordringen om, at den primære sag direkte skal berøre vedkommende ansatte personligt og/eller vedkommendes ansættelsessted. Og endelig kommer den laveste grad af reguleringsintensitet til udtryk i afgrænsninger, hvorefter inhabilitet fordrer en egeninteresse i snæver forstand, således at end ikke tilknytning karakteriseret ved, at den primære sag direkte er af betydning for vedkommendes ansættelsessted eller vedkommende selv, er tilstrækkelig til at statuere inhabilitet.

Besvarelsen af spørgsmålet om habilitetsbedømmelsens form vanskelig-gøres af, at der i en del af praksis kan spores en ret så stor spændvidde mellem det af myndighederne faktisk anvendte bedømmelsesgrundlag og de begrundelser, der anføres for de trufne afgørelser. Tendensen går klart i retning af at pointere afgørelsernes konkrete karakter også i tilfælde, hvor afgørelsen faktisk hviler på en høj grad af formalisering.

Med forbehold heraf har de enkelte påpegede tendenser eller udviklingsstadier i en tid været karakteriseret ved en høj grad af formaliseret retsanvendelse, indtil ny retsopfattelse introduceres typisk med henvisning til habilitetsbedømmelsens konkrete karakter. I det omfang de retsanvendende myndigheder således har bekendt sig til en retsopfattelse, hvorefter den primære sags karakter af strukturspørgsmål eller vedkommendes tilknytning til den pågældende forvaltningsgren i sig selv var inhabilitetsbegrundende, var habilitetsbedømmelsen også stærkt formaliseret. Tilsvarende gælder retsopfattelsen, hvorefter den primære sags direkte betydning for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem eller dennes ansættelsessted begrunder inhabilitet. Formaliseringen har - så længe den pågældende retsopfattelse er herskende - nærmest karakter af en *regel*. Herudover har

Anden del. Kap.VII.5.

habilitetsbedømmelsen i vekslende grader været præget af konkrete interessevurderinger og differentierede grænsedragninger på grundlag af bl.a. overvejelser over interessens materielle karakter.

Der danner sig således et mønster, hvorefter graden af formalisering følger intensiteten i reguleringen. De højeste grader af reguleringsintensitet bygger på de højeste grader af formalisering. Denne sammenhæng svarer ret nøje til de forskellige tendensers tidsmæssige placering i det samlede udviklingsforløb og i snæver forbindelse hermed den sikkerhed, hvormed afgrænsningerne foretages. Således er den i tid mest aktuelle af de beskrevne udviklingstendenser også forlenet med den største usikkerhed og et bedømmelsesgrundlag - som i hvert tilfælde i formen - er af udtalt konkret karakter.

Den eksisterende uklarhed med hensyn til indholdet af gældende ret på det her omhandlede område har ikke blot sin årsag i de retsanvendende myndigheders idelige henvisninger til bedømmelsesgrundlagets konkrete karakter men også - og i snæver forbindelse hermed - den stereotype og vanskeligt gennemskuelige begrebsanvendelse i angivelsen af habilitetsbedømmelsens enkelte bestanddele. Således er den almindelige angivelse af bedømmelsesgrundlaget ikke nødvendigvis synkroniseret med bevægelser i de pågældende myndigheders retsopfattelse.

Som supplerende illustration heraf kan mere sammenfattende anføres et tilsynsråds svar på en forespørgsel fra en kommunalbestyrelse om, i hvilket omfang et kommunalbestyrelsesmedlem, der er skoleinspektør ved en af kommunens skoler, er inhabil ved behandlingen af sager »der vedrører den pågældende skole« (TR Sønderjylland 089-515-99-1-83 af 19. januar 1983).

Forespørgslen er motiveret af, »at en række tilsynsrådsafgørelser strengt har statueret inhabilitet, men at der nu synes at herske en lempeligere fortolkning«. Der henvises i den forbindelse til udviklingen i indenrigsministeriets afgørelser, (IM 1979/123/1626-3 af 10. april 1979, IM 1979/123/1007/2 af 11. marts 1980 og IM 1980/1130/0600-10 af 5. februar 1981) samt indenrigsministeriets ændring af den kommunale styrelseslovs § 29. Kommunalbestyrelsen finder indenrigsministeriets praksis så flukturerende, at gældende ret vanskeligt lader sig bestemme.

Som svar herpå udtaler tilsynsrådet, at habilitetsafgørelser *altid*, også hvor de vedrører kommunale ansættelsesforhold, »*afgøres efter en konkret vurdering af forholdene i den enkelte sag*«. Rådet udtaler herefter generelt, at der bør lægges vægt på, »om sagen berører vedkommende *selv eller den*

institution, hvori han er ansat på en væsentlig måde, således at medlemmets egen interesse eller loyalitetshensyn over for institutionen og/eller dennes medarbejdere efter en generel vurdering må formodes at kunne påvirke medlemmets stillingtagen«.

En sådan almindelig beskrivelse af bedømmelsesgrundlagets karakter og indhold - som med ubetydelige variationer har været anvendt som standardbegrundelse for habilitetsafgørelser i hele den behandlede periode - er på baggrund af den tvivl kommunalbestyrelsen giver udtryk for, og den af kommunalbestyrelsen påpegede mangel på stabilitet i tilsynsmyndighedernes retsopfattelse - i bedste fald intetsigende, i værste fald misvisende. Tilsynsrådet opererer således med, at inhabilitet kan udspringe af sagens indvirkning på såvel vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems personlige forhold som på *institutionen som sådan*. Tilsynsrådet fordrer i denne henseende blot, at den ansatte eller ansættelsesstedet skal berøres »på en væsentlig måde«. Der anlægges ikke en sontring på grundlag af den primære sags og dermed interessens karakter ved anvendelse af kriterierne løn-, ansættelses- eller arbejdsforhold. Det anføres derimod helt alment, at medlemmets *fagpolitiske interesse* ikke vil kunne begrunde inhabilitet, »medens der på den anden side kan foreligge inhabilitet, selvom sagen ikke har nogen økonomisk betydning for medlemmet«. Heller ikke for så vidt angår spørgsmålet om struktursager bidrager tilsynsrådets udtalelse til nogen præcisering af retsstillingen eller blot beskrivelse af udviklingen. Det anføres således blot, at spørgsmålet herom er afhængig af »disse planers nærmere indhold, d.v.s. den direkte eller afledte virkning for den pågældende skole«.

Kommunalbestyrelsen er således henvist til selv at tilvejebringe den efterlyste afklaring på grundlag af de retsanvendende myndigheders enkelte habilitetsafgørelser. Udover de vanskeligheder, der i denne forbindelse vil være knyttet til spørgsmålet om de enkelte afgørelses status af gældende ret, er det også forbundet med betragtelige vanskeligheder at gennemskue betydningen og rækkevidden af begrebsanvendelsen i den enkelte afgørelse.

5.1. Om indholdet af og forholdet mellem de i praksis anvendte interessebegreber

Som det er fremgået af de foregående afsnit er indholdet af og forholdet mellem de i praksis anvendte interessebegreber langt fra klar. Som

Anden del. Kap.VII.5.1.

eksempel på den eksisterende uklarhed kan der – i sammenhæng med og udover det i delssammenfatningen afsnit 2.2. anførte – peges på, at kriterier vedrørende den primære afgørelses form, interessens tidsmæssige placering og konkrete eksistens i øvrigt anvendes forskelligt, uden at grundlaget herfor nærmere angives. Således indgår afgørelsens generelle form, karakter af principbeslutning, etc. snart som et element, der taler for inhabilitet, snart som et element, der modsat trækker afgørelsen i retning af habilitet. Herudover øges usikkerheden af den uklarhed, der eksisterer omkring begreber, som giver udtryk for interessens politiske, ideelle og faglige karakter, ligesom afgrænsningen af begreberne ansættelsessted og forvaltningsgren er forbundet med en del usikkerhed.

Indholdet og rækkevidden af begreber som interessens *politiske/ideelle/faglige* karakter er i praksis ganske uklart. Begreberne fungerer i vidt omfang som en almindelig negation af interessens inhabilitetsbegrundende karakter.

Faglige og/eller ideelle interesser er som anført af almen karakter. Imidlertid repræsenterer disse kriterier som anført ikke i sig selv nogen væsentlig præcisering, idet spørgsmålet jo netop er, hvornår eksempelvis interesser, der udspringer af et fagligt funderet ansættelsesforhold i habilitetsmæssig henseende »*alene*« er af fagpolitisk karakter.

Selv om begreberne således rent sprogligt er af materiel substans, refererer de i praksis nok så meget til graden af tilknytning og interessens udbredelse i forskellige henseender. Fastlæggelsen af interessens karakter må således ofte - bortset fra de klareste tilfælde - være resultat af et kompliceret samspil mellem på den ene side overvejelser af egentlig materiel karakter og på den anden side graden og arten af tilknytning. Jfr. den ovenfor afsnit 1.2.4. påpegede sammenhæng mellem graden af tilknytning og interessens materielle karakter.

Under forudsætning af at interessen entydigt kan bestemmes som materielt lovlig, d.v.s. som korresponderende med lovlige hensyn, er habilitetsafgørelsen klar. Dette er eksempelvis tilfældet, når interessen materielt kan vurderes på grundlag af den traditionelle målestok for saglig forvaltning. Jfr. således når der statueres habilitet med henvisning til, at en ændret timefordeling er »*nødvendiggjort*« (tilsynsrådets kursiv) af nogle i en bekendtgørelse stillede krav, og endelig at »ændringen synes i øvrigt i væsentlig grad *begrundet i hensyn til eleverne ud fra bl.a. socialpædagogiske overvejelser* ...« (TR Nordjylland 089-26 -99-2 -1979 af 29. oktober 1979).

Resultatet udledes således ved konstatering af, at den af tilknytningsforholdet udspringende interesse er sammenfaldende med de hensyn, der kan og/eller skal ligge til grund for den primære sags afgørelse. Men herudover må opgaven på et mere principielt plan være at udsondre de interesser eller dele heraf, der har grundlag i vedkommendes politiske mandat fra interesser, der har deres grundlag i vedkommendes kommunale ansættelsesforhold. Interesser af førstnævnte kategori kan aldrig begrunde inhabilitet, medens interesser af sidstnævnte kategori efter omstændighederne kan begrunde inhabilitet. Om grundlaget herfor kan i det hele henvises til det ovenfor kap. VI anførte. Medens grundlaget for bestemmelsen af interessens materielle karakter som almen/politisk/ideel i de anvendte eksempler vedrørende ikke kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer principielt forekommer klar og adækvat, er det mindre klart, hvordan og med hvilken rækkevidde de anførte konstruktioner skal indgå i grundlaget for bedømmelsen af kommunalt ansattes habilitet. Mange kommunalbestyrelsesmedlemmer er som påpeget kommunalt ansatte, og for mange af disse - eksempelvis skolelærere - eksisterer utvivlsomt en meget nær sammenhæng mellem fagligt og (undervisnings)politisk engagement. På baggrund heraf er udsagn om, at vedkommendes interesse »alene« skal være af faglig/ideel karakter som anført mindre et svar på det stillede spørgsmål end en anden måde at stille spørgsmålet på. På dette sted skal alene gøres nogle bemærkninger om de i praksis anvendte slutninger fra interessens udbredelse til interessens almene og dermed materielt lovlige karakter.

Interessens udbredelse formuleres således af indenrigsministeriet også som generelt kriterium for interessens materielt lovlige karakter. Habilitetskravene skal således i almindelighed afgrænses med tilbageholdenhed, hvor »sager af mere generel karakter ... får betydning for en stor kreds af borgere« (IM 1979/1091-2 notat til ministeren af 14. februar 1979 og IM 1979/123/1626-3 skrivelse af 10. april 1979).

Et sådant kriterium for interessens materielle karakter synes ret vanskelig at operere med. Mange sager får større eller mindre direkte eller indirekte betydning for forskellige grupper af kommunens befolkning. Sager vedrørende daginstitutioner har således betydning for alle borgere med børn i en vis alder o.s.v. Bortset fra sådanne afgrænsningsvanskeligheder kan det også være vanskeligt at give en adækvat begrundelse for hensigtsmæssigheden af et sådant kriterium. Er tanken den, at de pågæl-

Anden del. Kap.VII.5.1.

dende kommunalt ansatte i forhold til sådanne sager *deler* interesse med en stor gruppe borgere. I bekræftende fald må man vel spørge, hvad dette nærmere vil sige. Grundlaget for henholdsvis de ansattes og borgernes respektive interesser kan jo ikke fuldt ud være det samme. Der er altså tale om til dels inkommensurable størrelser. Den af ansættelsesforholdet udspringende forskel kan kun tilnærmelsesvis udlignes, i det omfang det i det enkelte tilfælde kan godtgøres, at der ikke for den kommunalt ansatte eksisterer et i ansættelsesforholdet funderet grundlag for vedkommende ansattes interesse i forhold til det grundlag hvorefter borgernes interesser udspringer.

Dette forhold træder klart frem i sagen, om et kommunalbestyrelsesmedlem, der er souschef i kommunens social- og sundhedsforvaltning, kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af kommunens sociale udbygningsplan (IM 1980/1130/1600-8 af 1. april 1981).

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet som resultat af en retsopfattelse, der indebærer en vid afgrænsning af de inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold, jfr. afsnit 1.2.4.1.2. Men herudover lægger rådet også afgørende vægt på, at den pågældende »har en central placering i relation til alle forvaltningen tilknyttede funktioner og har medvirket ved udbygningsplanens udarbejdelse ...«, og at planen bl.a. indebærer »tilkendegivelser vedrørende bemandingen af den administrative sektor inden for social- og sundhedsforvaltningen«.

Indenrigsministeriet tilsidesætter tilsynsrådets afgørelse og henviser som grundlag herfor til, »at der var tale om behandling af en social udbygningsplan, *der vil få virkning for næsten alle kommunens indbyggere ...*«.

Det forhold at der stadig, som følge af vedkommendes kommunale ansættelse, eksisterer et interessegrundlag, som må være særegent for den kommunalt ansatte, idet den af tilsynsrådet påpegede interesse i planens indvirkning på vedkommendes arbejdsforhold, naturligvis er af et ganske andet indhold end den interesse, kommunens befolkning - som bruger af det sociale apparat - kan have i sagen, klarer indenrigsministeriet ved at stemple de af ansættelsesforholdet udspringende interesser som materielt lovlige. Indenrigsministeriet finder således, »at en kommunalt ansat *professionelle interesse* i en sag, der behandles i byrådet *ikke i sig selv vil kunne skabe mistillid* til byrådets afgørelser«.

Konstruktionen interessens udbredelse og den primære afgørelses form

danner således grundlag for bestemmelsen af interessens materielle karakter. Jfr. således indenrigsministeriets afsluttende bemærkninger, hvori det hedder, at »sagens behandling er med andre ord *af en sådan generel omfattende karakter*, at der efter indenrigsministeriets opfattelse ikke forelå nogen risiko for, at offentlighedens tillid til byrådets afgørelse skulle lide nogen nævneværdig skade, *uanset at der forelå en vis ideel eller professionel interesse hos et byrådsmedlem*«.

I forlængelse heraf ser man som påpeget også henvisninger til interessens udbredelse blandt *andre kommunalbestyrelsesmedlemmer* som grundlag for den materielle bestemmelse af interessens lovlighed.

Særlig klart kommer dette til udtryk, når der i spørgsmålet om en lærers habilitet i forhold til sager vedrørende den skole han er ansat ved, bliver argumenteret for habilitet med henvisning til, »at reglerne om inhabilitet bliver praktiseret således, at de for mange kan virke som énsidigt rettet mod en bestemt befolkningsgruppe«. Og vedkommende står »uforstående overfor, at man som lærer kan blive erklæret for inhabil ved behandlingen af en række sager vedrørende skoleforhold ..., når det samtidig må konstateres, *at andre kommunalbestyrelsesmedlemmer, der har en lignende interesse, blot i deres egenskab af forældre eller borgere i kommunen, deltager i behandlingen og afstemningen af de pågældende sager*«.

Herfra er der naturligvis ikke langt til en kvalificering af interessens lovlighed ved henvisning til vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems politiske mandat. Som eksempel herpå kan anføres en sag om speciel inhabilitet ved kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om afgrænsningen af skoledistrikter, når vedkommendes hustru er ansat ved kommunens skolevæsen med tjenestested ved en skole (TR Sønderjylland 089-23-99-5-79 af 14. december 1979).

Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem anfører som argument for habilitet, at hans indstilling vedrørende spørgsmålet om skoledistriktsændring helt klart er »*af ideelt betonet karakter, der er i overensstemmelse med den konservative byrådsgruppes valgprogram (omdelt til samtlige husstande i ...)*«.

Som det sidste og mest radikale skridt i retning af at lade interessens udbredelse danne grundlag for dens materielle kvalificering kan anføres tilfælde, hvor der ikke statueres inhabilitet, selv om den primære afgørelse er af betydning for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem selv og/

Anden del. Kap.VII.5.1.

eller dennes ansættelsessted, når blot virkningen heraf ikke er »særlig«, idet også andre *kommunalt ansatte* (personale/persongruppe) eller ansættelsessteder berøres! (Jfr. eksemplerne ovenfor).

Hvor der således i vidt omfang er blevet statueret inhabilitet netop med henvisning til interessens udbredelse blandt de ansatte statueres der nu omvendt habilitet med henvisning til, at »sagen vedrører den skole ved hvilken De er ansat, og sagens udfald skønnes at have *en ikke uvæsentlig betydning for samtlige ansatte ved skolen*« (IM 1979/123/1007-2 af 11. marts 1980).

Man kan således, i lighed med det i kap. VI anførte, konstatere, at de retsanvendende myndigheder inden for vide rammer kan bestemme habilitetsafgørelsens resultat i valget mellem, hvilke elementer der i det enkelte tilfælde inddrages i bedømmelsesgrundlaget og i bestemmelsen af disse elementers indhold og indbyrdes vægtfordeling i bedømmelsen.

5.1.1. Begreberne forvaltningsgren og ansættelsessted som kriterier for inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader

Afslutningsvis skal fremføres nogle bemærkninger om begreberne ansættelsessted og forvaltningsgren, som i praksis indtager en meget central placering i afgrænsningen af inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader.

I takt med at udviklingen bevæger sig bort fra en retstilstand, hvorefter kommunale ansættelsesforhold som sådanne begrunder inhabilitet, eller i hvert tilfælde at den primære sags tilknytning til vedkommendes forvaltningsgren og/eller sagens materielle karakter af strukturspørgsmål er inhabilitetsgrund, bliver den nærmere afgrænsning af et mere nuanceret system af tilknytningsgrader og dermed også mere nuancerede kriterier for interessens materielle karakter af betydning.

Centralt er i denne forbindelse indholdet af og forholdet mellem begreberne *forvaltningsgren og ansættelsessted*. Spørgsmålet herom bliver bl.a. aktuelt, hvor større enheder af den kommunale forvaltning ikke uden videre lader sig omfatte af sådanne skarpt afgrænsede administrative enheder, som må være det centrale indhold i begrebet ansættelsessted, eller hvor den pågældende forvaltningsenhed er karakteriseret ved atypiske træk i forhold til den enhed begrebet ansættelsessted typisk har for øje, jfr. eksempelvis det i afsnit 3 anførte om hjemmesygeplejerskers arbejdsforhold.

Problemstillingen kan illustreres ved sagen, om en fuldmægtig i social- og sundhedsforvaltningen er specielt inhabil i forhold til økonomiudvalgets og

kommunalbestyrelsens behandling af »personalesager og administrative spørgsmål i øvrigt« (TR Fyn 1979-089-431-9-2 af 19. marts 1979).

Tilsynsrådet udtaler, at vedkommende »må anses for at være inhabil ved behandlingen i økonomiudvalg og byråd af *alle personalesager og administrative sager vedrørende social- og sundhedsforvaltningen*«.

Der er således tale om en vid afgrænsning af inhabilitetsbegrundende forhold. For det første gøres der ingen undtagelse fra de to på materielt grundlag meget bredt afgrænsede sagstyper omfattet af reglen. For det andet synes det som om hele social- og sundhedsforvaltningen betragtes som vedkommendes ansættelsessted og/eller at grundsætningen udstrækkes til at omfatte hele den ansættelsesgren social- og sundhedsforvaltningen udgør. Spørgsmålet er imidlertid, om der ikke tænkes anlagt en sontring mellem den »centrale« forvaltningsenhed af rent administrativ karakter og de enkelte mere serviceprægede institutioner henhørende under social- og sundhedsforvaltningen.

Spørgsmålet besvares af selvsamme tilsynsråd i forbindelse med dettes afgørelse af nogle senere sager. Disse vedrører bl.a. om en skatterevisor, hvis nærmeste overordnede er skatteinspektøren, samt en fuldmægtig i social- og sundhedsforvaltningen, hvis overordnede er socialinspektøren (TR Fyn 1979-089 -431-9-3 af 7. juni 1979).

Hvor tilsynsrådet i sagen vedrørende socialfuldmægtigen opererer med en regel om inhabilitet i økonomiudvalg og byråd ved behandlingen af sager vedrørende social- og sundhedsforvaltningen, samt ved behandlingen af alle personalesager vedrørende hele kommunen, modificeres reglen nu af tilsynsrådet, således at der kun statueres speciel inhabilitet i *personalesager fra den centrale kommunalforvaltning*.

Konstruktionen »den centrale kommunalforvaltning« synes at bygge på samme tankegang som den, der ligger til grund for konstruktionen forvaltningsgren. Social- og sundhedsforvaltningen er således vedkommendes forvaltningsgren, medens den centrale kommunalforvaltning må antages at fungere som administrativ enhed for bl.a. denne forvaltningsgren. Det er det forhold, at den centrale kommunalforvaltning fungerer som administrativ enhed for samtlige forvaltningsgrene, der ligger til grund for tilsynsrådets førstnævnte videre afgrænsning, hvorefter vedkommende også var inhabil i personalesager vedrørende »hele kommunen«, d.v.s. også kommunens øvrige forvaltningsgrene.

Dette synes bekræftet af en anden af samme tilsynsråd afgjort sag, om en kontorchef i økonomisk forvaltning, som udover medlemskab af kommunalbestyrelsen også er medlem af teknisk udvalg samt udvalget for faste ejendomme. Om hans habilitet udtaler tilsynsrådet, at han »generelt må anses for inhabil i *alle administrative sager herunder personalesager i byrådet og udvalg*

Anden del. Kap.VII.5.1.

vedrørende hele den centrale kommunalforvaltning«. Denne afgrænsning begrundes med vedkommendes »centrale placering i kommunens økonomiske forvaltning, herunder som daglig leder af kommunens lønningskontor ...«.

Det synes hermed bekræftet, at kommunens centrale forvaltning i habilitetsmæssig henseende sidestilles med kommunens enkelte forvaltningsgrene. Reglen omfatter således ikke umiddelbart sager vedrørende de enkelte *andre* forvaltningsgrene, idet vedkommende ingen særlig tilknytning har til nogen af disse. Den ovenfor anførte modifikation, hvorefter tilsynsrådet ikke længere har betragtet centraladministrativt personale for specielt inhabil i forhold til *alle personalesager vedrørende hele kommunen*, slår således også igennem i dette tilfælde. Om vedkommendes inhabilitet i forhold til sager af andet materielt indhold henviser tilsynsrådet til afgørelse på grundlag af konkret interessevurdering.

Af eksemplerne fremgår således klart, at spørgsmålet om den inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning må ses i snæver sammenhæng med variationer i afgrænsningen af kriterierne ansættelsessted og forvaltningsgren, som i det enkelte tilfælde tjener som målestok herfor. Samt i snæver forbindelse hermed at den formaliserede anvendelse af begreberne ansættelsessted og forvaltningsgren må begrænses under hensyntagen til de reelle hensyn, der ligger til grund for begrebernes anvendelse på de enkelte interessetyper, jfr. eksempelvis det i afsnit 3 anførte om ansættelses- og afskedigelsessager, hvor kriteriernes almindelige rækkevidde modificeres under hensyntagen til, at tilknytningsforhold, som udspringer af det kommunalt administrative systems over/underordningsforhold, kun til dels følger opdelinger på grundlag af begreberne ansættelsessted og forvaltningsgren.

5.2. Forholdet mellem habilitetskravene gældende for henholdsvis kommunalbestyrelsen og udvalgene

Når der som påvist i kap. VIII må forudsættes at være sammenfald mellem rækkevidden af de specielle habilitetskrav gældende for økonomiudvalget og retsvirkningen af generel inhabilitet i de stående udvalg - i hvert tilfælde hvor disses kompetence er begrænset til en enkelt forvaltningsgren - kunne det synes nærliggende også at slutte fra generel inhabilitet i udvalgene til speciel inhabilitet i kommunalbestyrelsen, således at der statueres speciel inhabilitet i forhold til sager, som falder inden for det udvalgsområde med hensyn til hvilket vedkommende er generelt inhabil.

Der er også i praksis en udtalt tendens til i bedømmelsesgrundlaget vedrørende speciel habilitet i kommunalbestyrelsen at henvise til de for

udvalgene gældende habilitetskrav. Styrelseslovens § 29, stk. 2 tages således typisk til indtægt for en intens regulering og dermed en vid afgrænsning af de inhabilitetsbegrundende forhold, (jfr. eksempelvis FOB 1977 s. 247). At der eksisterer forbindelser mellem udviklingen af habilitetskravene gældende for henholdsvis udvalgene og kommunalbestyrelsen, er utvivlsomt. Imidlertid er mulighederne for på grundlag af den eksisterende praksis at foretage en præcis og nuanceret status over karakteren og indholdet af disse forbindelser stærkt begrænset. Inden for den relativt korte periode undersøgelsen omfatter, har retstilstanden været stærkt flukturerende og de mange mulige afledte virkninger de forskellige udviklingsforløb afstedkommer, er kun i ringe omfang udtryk for systematisk central styring, men er hovedsageligt resultat af en delvis ukoordineret knopskydningsproces.

Som anført i kap. VIII, afsnit 6 forudsætter tilsynsmyndighederne en afgrænsning af de specielle habilitetskrav gældende for såvel de stående udvalg som for økonomiudvalget, hvorefter kommunalt ansatte i hvert tilfælde er specielt inhabile i forhold til alle sager, der vedrører den *forvaltningsgren*, til hvilken vedkommende er knyttet ved ansættelse. Denne afgrænsning har karakter af et minimum, i forhold til hvilket der kan blive tale om yderligere intensivering. Hvordan en yderligere udvidelse af de specielle habilitetskravs rækkevidde end afgrænses, synes den i hvert tilfælde at indebære en intensivering, som går ud over selv de højeste grader af reguleringsintensitet, der i praksis kendes eksempler på ved afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelsen. Som denne praksis er beskrevet her sættes den yderste grænse for inhabilitetsbegrundende forhold i kommunalbestyrelsen af sager, der berører den forvaltningsgren, vedkommende er knyttet til ved ansættelse.

Uanset hvilken blandt de i praksis forekommende tendenser man vælger som grundlag for sammenligningen, vil resultatet blive, at de specielle habilitetskrav gældende for udvalgene afgrænses mere intenst end de tilsvarende specielle habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelsen. I forhold til tendensen, som repræsenterer den mindst intense afgrænsning, er forskellen i reguleringsintensitet mellem de for kommunalbestyrelsen og udvalgene gældende habilitetskrav meget markant.

At tilsynsmyndighederne i forbindelse med den ovenfor anførte afgrænsning af de for udvalgene gældende specielle habilitetskrav netop har haft den mest intense afgrænsning af de for kommunalbestyrelsen gældende

Anden del. Kap.VII.5.2.

habilitetskrav for øje, kommer klart til udtryk, når der i den selvsamme sag også rejses spørgsmål, om eventuel inhabilitet »alene gælder som medlem af økonomiudvalget, ... *eller det også gælder som medlem af kommunalbestyrelsen - altså under sagens behandling i kommunalbestyrelsen*«.

Indenrigsministeriet svarer hertil, at det forhold, at en person er kommunalt ansat, ikke kan udelukke den pågældendes medlemskab af kommunalbestyrelsen. »Derimod vil den pågældendes ansættelsesforhold bevirke, at han (som i økonomiudvalget) må anses for udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af og afstemning i sager, *der vedrører den forvaltningsgren (og ikke blot hans eget arbejdsområde), hvorunder han er ansat*« (IM 1971/1209/ 1514-1, skrivelse af 5. maj 1971).

På grundlag heraf skulle man således kunne slutte fra afgrænsningen af de specielle og generelle habilitetskrav gældende for udvalgene til afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelsen.

Som eksempel på praktisk anvendelse af denne slutning kan anføres et tilfælde, der vedrører spørgsmålet om et kommunalbestyrelsesmedlems generelle habilitet i økonomiudvalget og visse stående udvalg samt omfanget af hendes specielle habilitet i kommunalbestyrelsen (TR Roskilde 1978-089-2-99-16, skrivelse af 12. februar 1979). Hendes tilknytning til kommunen består i, at hun er ansat som leder af en selvejende daginstitution, og at hun er gift med stadsingeniøren i kommunen. Som følge heraf erklæres hun specielt inhabil i et meget stort antal tilfælde. (I perioden 1/4 - 5/9 1978 blev hun udelukket fra kommunalbestyrelsens sagsbehandling og afgørelse 101 gange).

Tilsynsrådet anmoder kommunalbestyrelsen om at udtale »efter hvilke principielle retningslinjer byrådet har truffet afgørelse«.

Det viser sig, at kommunalbestyrelsen har truffet afgørelserne på grundlag af en af kommunalbestyrelsen selv opstillet *regel*, idet kommunalbestyrelsen anfører, at den har truffet beslutning om, at hun »i økonomiudvalget *og byrådet* var afskåret fra at deltage i behandlingen af konkrete sager inden for følgende faggrupper:

- a) Sager om daginstitutioner, herunder personalesager.
- b) Sager fra teknisk udvalg, herunder personalesager.
- c) Sager om generelle personalemæssige og administrative forhold, hvor stadsingeniøren har indstillingsret eller medindstillingsret, f.eks. ledergruppen«.

Som grundlag for indholdet af sin retsopfattelse og den høje grad af formalisering, den er udtryk for, henviser kommunalbestyrelsen til en indenrigsministeriel skrivelse (IM 1978/123/0502-1 af 29. marts 1978).

Denne skrivelse vedrører imidlertid spørgsmålet om hendes generelle habilitet, om hvilken det statueres, at hun er afskåret fra medlemskab af henholdsvis det sociale udvalg og teknisk udvalg. Herudover udtrykker indenrigsministeriet betænkelighed ved, at hun vælges som medlem af økonomiudvalget og til borgmester.

Det af kommunalbestyrelsen anvendte bedømmelsesgrundlag bygger således på en slutning fra hendes generelle inhabilitet som medlem af disse udvalg til den vidtgående regel om hendes specielle inhabilitet i kommunalbestyrelsen. At såvel den høje grad af formalisering som bedømmelsesgrundlagets indhold er udtryk for en retsopfattelse, hvorefter der kan slutes fra generel inhabilitet i udvalgene til speciel inhabilitet i kommunalbestyrelsen, fremgår eksplicit af kommunalbestyrelsens udtalelse om, at »såfremt indenrigsministeriets skrivelse af 29. marts 1978 ikke havde foreligget, ville byrådet ved vurdering af sagerne fra gang til gang kunne have udført et mere nuanceret skøn over det pågældende medlems inhabilitet«. Kommunalbestyrelsen opfatter således helt klart denne indenrigsministerielle skrivelse som udtryk for, at der på området eksisterer en grundsætning af det antagne indhold.

Tilsynsrådet er opmærksom herpå og fastslår, at indenrigsministeriet alene har udtalt sig om hendes generelle habilitet i forhold til udvalgene, »medens der ikke nærmere er angivet, i hvilket omfang den pågældende i det enkelte tilfælde vil være afskåret fra at deltage i byrådets behandling af de sager, der forelægges byrådet«.

Tilsynsrådet lægger således implicit til grund, at der ikke som antaget af kommunalbestyrelsen kan slutes fra generel inhabilitet i udvalgene til speciel inhabilitet i kommunalbestyrelsen, idet rådet uden at sætte spørgsmålstegn ved indenrigsministeriets afgørelse af hendes generelle inhabilitet, gør rede for sin opfattelse af retsgrundlagets indhold med hensyn til speciel inhabilitet og i forbindelse hermed udtaler, at der ikke kan antages at gælde fuld identifikation i forhold til interesser, som er formidlet ved ægteskab med en kommunalt ansat.

Kommunalbestyrelsen udtaler om anvendelsen af sin ovenfor beskrevne trepunktsretssætning, at »af praktiske grunde blev det besluttet, at punkterne a) og b) generelt af byrådet betragtes som sager, hvor ... er inhabil,

Anden del. Kap.VII.5.2.

med mindre et medlem forud for en sags behandling stiller forslag om, at den pågældende sag skal gøres til genstand for behandling, om der i den pågældende sag foreligger inhabilitet. De under c) nævnte sager gøres til genstand for behandling af inhabilitet i det enkelte tilfælde«.)*

At kommunalbestyrelsen betragter den høje grad af formalisering som en følgevirkning af en retsopfattelse, hvorefter der kan slutes fra generel inhabilitet i udvalgene til speciel inhabilitet i kommunalbestyrelsen, fremgår af udtalelsen om, at »såfremt indenrigsministeriets skrivelse af 29. marts 1978 ikke havde foreligget ville byrådet ved vurdering af sagerne fra gang til gang kunne have udført et mere nuanceret skøn over det pågældende medlems inhabilitet«. Kommunalbestyrelsen opfatter således helt klart denne indenrigsministerielle skrivelse, som vedrører spørgsmålet om generel habilitet i udvalgene, som udtryk for at der på området eksisterer en grundsætning, der binder bedømmelsesgrundlaget og dermed afskærer fra en konkret interessevurdering.

I forhold hertil forudsætter tilsynsrådet omvendt, at habilitetsafgørelserne bygger på konkrete interessevurderinger. Tilsynsrådet udtaler herom, »at bestemmelsen i § 14, stk. 1 i den kommunale styrelseslov forudsætter, at byrådet foretager en konkret vurdering af de enkelte tilfælde ...«.

Det lader sig imidlertid ikke med sikkerhed afgøre, hvilken afgrænsning tilsynsrådet opererer med i denne henseende. På den ene side har rådet i en tidligere omtalt sag truffet afgørelse på grundlag af en lidet intensiv afgrænsning, hvorefter speciel inhabilitet afgrænses til sager, hvor der foreligger en egen-interesse i snæver forstand og/eller et spørgsmål af betydning for vedkommendes ansættelsessted (TR Roskilde 1977-089-6-99-11 af 22. april 1977). På den anden side affinder tilsynsrådet sig med de af kommunalbestyrelsen trufne afgørelser i den her omhandlede sag, idet rådet ikke finder anledning til at foretage en nærmere vurdering »af de enkelte hidtil trufne afgørelser om ...s habilitet med henblik på en eventuel konstatering af, om hun i enkelte tilfælde måtte have været udelukket fra deltagelse i sagens behandling med urette, idet der ikke for tilsynsrådet foreligger omstændighe-

*) Imidlertid har kommunalbestyrelsen rent faktisk truffet en formel beslutning som grundlag for hver enkelt afgørelse, jfr. udtalelsen om, at »byrådet har i den forløbne tid administreret inhabilitetsspørgsmålet efter vedtagelse truffet i mødet den 18. april 1978, idet der dog i hvert enkelt tilfælde foretages afstemning om habilitetsspørgsmålet«.

der, der på nuværende tidspunkt synes at kunne påvirke gyldigheden af byrådets udtalelser i disse sager».

Selv om en sådan udtalelse som grundlag for tilsynsrådets passivitet over for de af kommunalbestyrelsen trufne afgørelser nok er egnet til at skabe tvivl om tilsynsrådets retsopfattelse, er det næppe troligt, at der heri skulle ligge en egentlig materiel sanktionering af de af kommunalbestyrelsen trufne afgørelser. Disse må antages at bygge på det af kommunalbestyrelsen angivne bedømmelsesgrundlag. Da dette opererer med en langt bredere/mere intensiv afgrænsning end tilsynsrådet bekender sig til, må rådets udtalelse nok nærmere læses som en processuelt begrundet afvisning af at foretage en egentlig materiel efterkontrol af de trufne afgørelser. Hertil kommer at tilsynsrådets afgørelse nok så meget er rettet mod den meget høje grad af formalisering, det af kommunalbestyrelsen anvendte bedømmelsesgrundlag er udtryk for.

Forholdet mellem afgrænsningen af de specielle og generelle habilitetskrav gældende for udvalgene og de specielle habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelsen belyses klart med nogle spørgsmål stillet af ombudsmanden og indenrigsministeriets svar på disse.

Ombudsmanden bemærker (skrivelse af 16. august 1979 j.nr. 1978-1625-42), at indenrigsministeriet i skrivelse af 29. marts 1978 (IM 1978/123/0502-1) som et væsentligt argument for hendes generelle inhabilitet som medlem af teknisk udvalg har anført, *»at det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem vil være udelukket fra at deltage i behandlingen af praktisk taget alle sager i udvalget på grund af inhabilitet som følge af den interesse, hendes ægtefælle har i sagernes udfald, og som følge af at hendes ægtefælle har afgivet indstilling eller har ansvaret for indstilling i sagerne».*

Denne indenrigsministerielle forudsætning om det massive omfang af speciel inhabilitet i det stående udvalg grundet ægteskabelig tilknytning til kommuneingeniøren mener ombudsmanden ikke umiddelbart er overensstemmende med tilsynsrådets udtalte forudsætning om hendes specielle habilitet i *kommunalbestyrelsens møder* vedrørende sager hidrørende fra teknisk forvaltnings område, idet tilsynsrådet herom udtaler, *»at hun kun i meget begrænset omfang måtte anses for specielt inhabil»* (TR Roskilde 1978-089-2-99-16 af 12. februar 1979). Indsnævringen af de inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning konstaterer ombudsmanden og henviser i den forbindelse til indenrigsministeriets tilsvarende tilkendegivelse (skrivelse af 10. april 1979) om, *»at ægtefællen til en kommunalt ansat ikke er afskåret fra at deltage i sagens behandling i byrådet i så vidt omfang som den kommunalt ansatte selv ville være det».*

Anden del. Kap.VII.5.2.

På ombudsmandens spørgsmål udtaler indenrigsministeriet, at der ikke består nogen modsætning mellem de opfattelser, der er givet udtryk for i den nævnte skrivelse. Dette begrundes ministeriet med, at der er forskel på de habilitetskrav, der stilles i henholdsvis kommunalbestyrelser og udvalg. Det hedder således herom, at »indenrigsministeriets opfattelse indebærer, at det undertiden vil være rigtigst at statuere speciel inhabilitet for et kommunalbestyrelsesmedlem i flere tilfælde i et udvalg end i kommunalbestyrelsesmøder, hvor sagen fra det pågældende udvalg behandles ...«. Som grundlag for denne strengere vurdering af de specielle habilitetskrav gældende for udvalgene i forhold til de for kommunalbestyrelsen gældende specielle habilitetskrav henviser indenrigsministeriet bl.a. til, at styrelseslovens § 29, stk. 2 hjemler generel inhabilitet som medlem af det stående udvalg, »medens ansættelsesforholdet ikke udelukker vedkommende fra at være medlem af kommunalbestyrelsen«.

Medens det heraf klart fremgår, at indenrigsministeriet forudsætter en forskel med hensyn til intensiteten i reguleringen af de specielle habilitetskrav gældende for henholdsvis kommunalbestyrelsen og udvalgene, er denne forskels præcise indhold og rækkevidde mindre klar.

På grundlag af den anvendte sprogbrug synes indenrigsministeriet nærmest at antage eksistensen af en grads end en væsensforskel, jfr. således formuleringen, »at det undertiden vil være rigtigst at statuere speciel inhabilitet ... i flere tilfælde«.

Hvad der end præcist ligger heri, så synes formuleringen ikke at kunne bære den forskel, der ville være resultatet af en retstilstand, hvorefter kommunalt ansatte i udvalgene forudsættes at være specielt inhabile i forhold til i hvert tilfælde alle sager vedrørende den forvaltningsgren, de ved ansættelse er knyttet til, medens de i kommunalbestyrelsen kun er specielt inhabile i forhold til sager, i hvilke de har en egeninteresse i snæver forstand.

Den nærmere bestemmelse af bedømmelsesgrundlagets indhold og rækkevidde kompliceres yderligere af, at indenrigsministeriets almindelige forudsætning om en forskel i afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for henholdsvis kommunalbestyrelsen og udvalgene falder sammen med tilsynsrådets og indenrigsministeriets fælles forudsætning om en mindre intens afgrænsning af habilitetskravene gældende for kommunalt ansatte *ægtefæller*, uden at der på nogen måde gives mulighed for at vurdere den antagne vægtfordeling mellem disse bedømmelselementer i

almindelighed endsige deres anvendelse som grundlag for afgørelserne i den konkrete sag.

Det kan herefter konkluderes, at der ikke ved afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende forhold i kommunalbestyrelsen kan slutes fra de for udvalgene gældende specielle habilitetskrav. Afgrænsningen af disse sidste forudsættes at være mere intens, hvilket bl.a. har sin årsag i, at disse krav er begrundet i hensyn, som ikke eller i hvert tilfælde ikke med samme vægt gør sig gældende med hensyn til habilitet i kommunalbestyrelsen (jfr. herom kap. VIII). Så meget desto mindre kan der slutes fra de generelle habilitetskrav gældende for udvalg til speciel habilitet i kommunalbestyrelsen. Disse to sæt habilitetskrav er kun til dels båret af de samme hensyn. Hensynene, der ligger til grund for generelle habilitetskrav, rækker ud over at forebygge speciel inhabilitet, og generel inhabilitet forudsættes som alt overvejende hovedregel ikke at kunne forekomme i kommunalbestyrelsen.

Det anførte indikerer, at en afgrænsning af habilitetskravene gældende for kommunalbestyrelsen, som reelt er meget lig retsvirkningen af generel inhabilitet i et udvalg, bygger på et inadækvat bedømmelsesgrundlag.

5.3. Reguleringen vurderet i forhold til hensynene

Set i forhold til de i kap. V og indledningen til nærværende kapitel beskrevne hensyn er den almindelige tendens i retning af slækket reguleringsintensitet udtryk for at modhensynet tillægges større vægt i habilitetsbedømmelsen. For så vidt synes udviklingen i praksis at reflektere den ofte påberåbte modsætning mellem kommunalbestyrelsesmedlemmernes politiske mandat og de strenge habilitetskrav, der gælder for kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer, jfr. nedenfor. Udover at enhver slækkelse af habilitetskravene automatisk vil reflektere dette hensyn til ikke i for vidt omfang at afskære bestemte befolknings- og erhvervsgrupper fra kommunalpolitisk arbejde, repræsenterer den stigende inddragelse af kriterier for interessens politisk/faglige/ideelle karakter i bedømmelsesgrundlaget også et eksplicit udtryk herfor.

Når eksempelvis en sag om den kommunale forvaltnings indretning ikke berører vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem personligt og heller ikke berører vedkommendes ansættelsessted som sådant og/eller andre ansatte, som vedkommende i habilitetsmæssig henseende traditionelt bliver identificeret med, er der kun vedkommendes professionelt begrundede faglige interesse tilbage. Udvides inhabiliteten til også at omfatte

Anden del. Kap.VII.5.3.

sådanne interesser, kan habilitetskravene antage en karakter, der kun vanskeligt lader sig omfatte af det traditionelle garantibegreb, hvorefter det afgørende kriterium for inhabilitet er, *om interessen i almindelighed må anses for egnet til at påvirke vedkommende i usaglig retning*. I det omfang interessen er alment betinget, og tilmed forlenet med en særlig sagkundskab, kan dens tilstedeværelse tværtimod være en garanti for afgørelsens saglige rigtighed.

Når der statueres inhabilitet på grundlag af de i praksis forekommende fjerneste/mest indirekte grader af tilknytning, som når en sags blotte karakter af strukturspørgsmål begrunder inhabilitet, må grundlaget herfor eventuelt søges i tillidshensynet. I det omfang dette hensyn faktisk relaterer sig til formodninger om opinionens reaktion, forekommer det imidlertid ikke sandsynligt, at eksempelvis skolefolks interesse i skolevæsenets almindelige indretning opfattes som inhabilitetsgrund. Tværtimod er det formentlig i vidt omfang udtryk for en realistisk afspejling af opinionen, når kommunalbestyrelser og enkeltmedlemmer ofte tilkendegiver manglende forståelse for afgørelser om inhabilitet med henvisninger til, at de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer er valgt på grundlag af den med ansættelsesforholdet forbundne særlige indsigt, og at inhabilitet derfor har som konsekvens, at forudsætninger, der ligger til grund for vedkommendes mandat, tilsidesættes.*)

Spørgsmålet om bedømmelsesgrundlagets adækvans i forhold til den her behandlede interesselype – herunder forholdet mellem garantihensynet og hensynet til befolkningens tillid, behandles principielt af indenrigsministeren i en tale (Viborg amt den 9. marts 1979). Efter stærkt at have understreget habilitetskravenes formål i retning af, »at sikre offentlighe-

*) Jfr. eksempelvis TR Nordjylland 089-5-90-1-1976 af 8. februar 1977, hvor kommunalbestyrelsen udtaler, at de pågældende (lærer og pedel) som forældre har »en ganske naturlig interesse i, hvordan forholdene skal være på deres børns skole, og samtidig finder kommunalbestyrelsen det helt forkert, om *de af kommunens borgere, som har valgt de to ind i kommunalbestyrelsen, ikke skulle være repræsenteret ved en så vigtig afgørelse*«. Ligeledes sagen TR Århus 089-751-90-59-1978 af 31. marts 1978, i hvilken vedkommende lærer udtaler, at »min interesse i sagen går således ikke videre end den interesse, enhver lærer - og for så vidt enhver skolepolitisk interesseret - vil have i et spørgsmål af den pågældende karakter«.

dens tillid til de afgørelser, som træffes af den pågældende myndighed« anføres det urimelige i at statuere inhabilitet i sager, »hvor det kan konstateres, at det netop er *en personlig tilknytning til eller kendskab til et sagsområde*, der ligger bag hans valg til kommunalbestyrelsen ...«.

Det er i lyset heraf, man formentlig skal se den særlige lempelse af habilitetskravene gældende for kommunalt ansattes ægtefæller. Når man i teori og praksis traditionelt opererer med total identifikation mellem ægtefæller, må det vel siges i meget vidt omfang at harmonere med socialpsykologiske erfaringer for ægteskabets gennemsnitligt motiverende kraft. En fravigelse fra denne grundlæggende identifikationsformodning, specielt i forhold til den her omhandlede interesselype, kan næppe reelt være begrundet i interessens formidling via ægteskab, men i at kommunal ansættelse som sådan kun inden for snævre grænser ønskes at skulle bevirke inhabilitet. Når indenrigsministeren således udtaler, at det i sådanne tilfælde er et spørgsmål, »om den personlige interesse ikke ændrer så meget karakter ..., at inhabilitet bør begrænses til mere oplagte tilfælde«, må udsagnet formentlig nok så meget tages som udtryk for ministeriets opfattelse af de for kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitetskrav i almindelighed og ministeriets bestræbelser i retning af at lempe disse.

Vurderet på grundlag af den mest vidtgående tendens til slækkelse af reguleringsintensiteten, kan udviklingen opfattes i retning af noget, der nærmer sig afvikling af den del af de specielle habilitetskrav, som er begrundet i hensynet til at friholde den kommunale beslutningsproces for uautoriseret kommunal administrativ indflydelse, d.v.s. den del af habilitetskravene, som udgør en del af den kommunale magtadskillelsesideologi. Fuldt realiseret vil en sådan udvikling være ensbetydende med en sammen-smelten af habilitetskravene vedrørende kommunale ansættelsesforhold og privatøkonomiske interesser. Det afgørende spørgsmål vil herefter for begge typer habilitetskrav være, om tilknytningsforholdet konstituerer en *privat* (personlig) interesse, eller om interessen kan bestemmes som værende af almen/politisk karakter. For så vidt bliver den almindeligt og stereotyp anvendte betingelse for inhabilitet, at der foreligger en *personlig eller økonomisk interesse* også af et betydningsindhold, som i højere grad svarer til sædvanlig sproglig forståelse.

Bevægelsen bort fra habilitetskrav funderet i hensynet til at friholde den kommunale beslutningsproces for uautoriseret kommunal administrativ

Anden del. Kap.VII.5.3.

indflydelse mod traditionelle habilitetsårsager udtrykkes særlig klart i tendensen til at begrænse eller helt eliminere den habilitetsmæssige regulering af kommunalt ansattes personlige arbejdsforhold, når disse vel at mærke ikke er forbundet med interesser af økonomisk karakter. Når der på den anden side foreligger en (privatøkonomisk) interesse går tendensen klart i retning af at statuere inhabilitet, også hvor interessen er indirekte og af ringe omfang. Dette (mis)forhold mellem intensiteten i reguleringen af marginale økonomiske interesser og fundamentale interesser i personlige arbejdsforhold understreges af, at intensiteten i reguleringen af privatøkonomiske interesser, som ikke udspringer af kommunal ansættelse, klart er mindre end hvor den økonomiske interesses grundlag er kommunal ansættelse, jfr. kap. VI.

Dette understreges yderligere af, at der for så vidt angår privatøkonomiske interesser som eksempelvis aktieinteresser, er tale om en egentlig personlig og privatøkonomisk interesse i snæver forstand, medens der i de her omhandlede tilfælde – eksempelvis de ovenfor afsnit 2.1.1. anførte eksempler om økonomisk tilskud til lejrskoleophold – primært er tale om interesser i gennemførelse af offentlige aktiviteter eksempelvis afholdelse af lejrskole, i forhold til hvilken den personlige økonomiske interesse er afledt og underordnet om overhovedet eksisterende.

Forklaringerne på den manglende forholdsmæssighed i reguleringsintensiteten kan være mange. Således kan tillidshensynet betinge en snævrere habilitetsmæssig margin for kommunalt ansatte som følge af særlige folkelige associationer vedrørende misbrug af offentlige midler etc. Herudover kan man imidlertid også tænke sig, at tilbøjeligheden til at fastholde og eventuelt understrege de klassiske habilitetsårsager på dette område i sig selv er resultat af den almindelige usikkerhed, som kendetegner retsudviklingen og at fastholdelse og eventuelt intensivering af habilitets-

*) Jfr. *Harder*: Dansk kommunalforvaltning I s. 214. *Espersen*: I s. 88f. Således et tilsynsråds redegørelse til en kommunalbestyrelse om habilitetskravenes udstrækning og afgrænsning. Tilsynsrådet anfører indledningsvis, at et kommunalbestyrelsesmedlem er specielt inhabil, når vedkommende har en væsentlig personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald. Dette udgangspunkt, som af tilsynsrådet anses gældende for alle habilitetssager, suppleres af en yderligere grundsætning vedrørende kommunale ansættelsesforhold. Tilsynsrådet udtaler således, at »hvis det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem er kommunalt

kravene i forhold til økonomiske interesser således kommer til at fungere som legitimation for retsudviklingen på området i almindelighed.

En sådan tilbøjelighed til fastholdelse af sikre men mindre adækvate positioner kan også være forklaringen på den rigoristiske regel om afgivelse af indstillinger og udtalelser etc. som ubetinget inhabilitetsårsag.*)

Når retsudviklingen klart er gået i retning af ikke at statuere inhabilitet i forhold til kommunalt ansattes interesser i arbejdsforhold, herunder bygningsforhold etc., har grundlaget herfor jo netop været en opfattelse eller konstruktion, hvorefter interessen materielt er af faglig/fagpolitisk karakter. Men en kommunalt ansats eventuelle interesse i en afgivet udtalelse eller indstilling etc. må da sædvanligvis beskrives helt i overensstemmelse hermed. Tendensen i retning af at klassificere interesser, hvis grundlag er ansættelsesforholdet og/eller ansættelsesstedet som værende af ideel/faglig karakter, er jo netop båret af et ønske om en habilitetsmæssig legitimering af sådanne interesser. Naturligvis kan man forestille sig, at forhåndsudtalelser og indstillinger kan foregribe vedkommendes senere stillingtagen i en sådan grad, at en særlig habilitetsmæssig markering er begrundet. Men et sådant resultat kan jo i givet fald bygge på konkrete vurderinger i stedet for en regel som den anførte. I den forbindelse må man være opmærksom på, at forud tilkendegivne opfattelser ikke uden videre er inhabilitetsgrund, ligesom to-instansinhabilitet alene er reglen i ankesituationen.

Reglen om afgivne udtalelser som inhabilitetsgrund synes at have sit grundlag i retsplejesituationen, som har meget lidt til fælles med den her omhandlede beslutnings/afgørelsesramme.

Det i kap. II anførte om forskellen mellem habilitetskrav, hvis genstand

ansat, vil han *endvidere* være inhabil ved behandlingen af sager, hvori han i medfør af sin stilling har skullet afgive indstilling eller i øvrigt udtale sig eller have ansvaret for behandlingen af den pågældende sag ...«.

Det fremgår således klart af den sproglige formulering, at inhabilitet som følge af kommunal ansættelse også kan indtræde, hvor der ikke af tilknytningen til den primære sag kan siges at udspringe en »væsentlig personlig og økonomisk interesse i sagens udfald«.

Anden del. Kap.VII.5.3.

er retsplejen eller retsplejelignende myndigheds- og afgørelsestyper og kommunale habilitetskrav, understreges som påpeget i forhold til de her omhandlede habilitetskrav vedrørende kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer. Imidlertid må de iøjnefaldende spring- og brudflader i retsudviklingen formentlig i hvert tilfælde til dels forstås som netop udtryk for og resultat af, at habilitetskrav i almindelighed er etableret og udviklet som simple derivater af de retsplejefunderede habilitetskrav, uden at det grundlæggende og systematisk har været overvejet, om de til grund for retsplejekravene liggende hensyn om neutralitet og uvildighed har meget andet end ordet inhabilitet til fælles med den her omhandlede kommunale habilitetsproblematik.

Denne sammenhæng forekommer at være en nærliggende forklaring på den del af praksis, som med henvisning til garanti- og især tillidshensynet - etablerer habilitetskrav, som i henseende til intensitet og målsætning synes helt enestående i et retssystem, som i øvrigt har bygget på, at almindelige judicialiseringsbestræbelser modificeres under hensyntagen til den samlede kontekst af strukturelle betingelser, som udgør det pågældende reguleringsområdes egenart (jfr. *Bent Christensen*: Nævn og råd s. 176ff). Tilsvarende kan den høje grad af uigennemskuelighed som kendetegner de beskrevne tendenser til dæmpning af reguleringsintensiteten forstås som udtryk for manglende bevidsthed om og/eller i hvert tilfælde artikulering af en dybere målsætning for opgøret med en retstilstand præget og domineret af den anførte judicialiseringsideologi.

5.4. Retspolitiske overvejelser af legislativ karakter

Accepterer man synspunktet, at en egentlig materiel udbygning af habilitetsgrundsætningerne er såvel mulig som ønskelig, er det uheldigt, at de kontrollerende instanser ved idelige henvisninger til bedømmelsesgrundlagets konkrete karakter bibringer kommunerne det indtryk, at formalisering af bedømmelsesgrundlaget nærmest er forbudt, idet den rette afgørelsesform er den konkrete interessevurdering, samtidig med at samme instanser selv betjener sig af bedømmelsesgrundlag, som er karakteriseret ved høje grader af formalisering. Samt at tilsynsmyndighederne - i sammenhæng hermed - benytter sig af bedømmelsesgrundlag, hvis indhold og rækkevidde i høj grad må forekomme adressaterne uigennemskueligt og flukturerende.

De kontrollerende instanser bør - i forhold til en så relativ homogen

interessetype - i videre udstrækning *explicit* bidrage til regeldannelsesprocessen ved udførlig vejledning med hensyn til formaliseringens indhold og dens karakter af regel eller retningslinje.

Problemerne knyttet til en sådan indsats er i vidt omfang af retsteknisk karakter. Hvorledes udformes retsforskrifter som positivt regulerer de forhold, som på udstedelsestidspunktet ønskes udskilt som inhabilitetsbegrundende uden at dette giver anledning til, at der via analogi- og modsætningsslutninger udvikler sig inadækvate afgrænsninger. I det omfang det formaliserede bedømmelsesgrundlag afgrænses således, at en given interessetype som sådan betragtes som inhabilitetsbegrundende, vil beskyttelsen via habilitetsforskrifter mod uvedkommende hensyn, for så vidt angår denne interessetype, naturligvis være fuldstændig. Som eksempel herpå kan anføres styrelseslovens § 29, stk. 2, i medfør af hvilken *ethvert* kommunalt ansættelsesforhold bevirker generel inhabilitet i forhold til det udvalg, inden for hvis kompetenceområde ansættelsesforholdet hører.

Udbygningen af habilitetsgrundsætninger, som ikke er funderet på udviklingen i det praktiske retsliv, resulterer let i at omfanget af de inhabilitetsbegrundende forhold enten udvides meget kraftigt, hvilket ofte ikke er politisk acceptabelt, eller at de inhabilitetsbegrundende forhold omvendt begrænses til visse klare typetilfælde, hvilket ud fra retssikkerhedsovervejelser typisk er lige så uacceptabelt.

Retsteknisk kan problemet formuleres i to teoretisk ens, men praktisk forskellige spørgsmål:

1. Bør habilitetsafgørelsen bygge på det formaliserede bedømmelsesgrundlag *suppleret* af konkrete interessevurderinger?
2. Bør habilitetsafgørelsen grundlæggende bygge på et formaliseret bedømmelsesgrundlag, som i det enkelte tilfælde kan modificeres af konkrete interessevurderinger?

En ordning af den under 2 anførte art, efter hvilken habilitetsgrundsætningen, som ifølge sin formulering er udtømmende, skal fortolkes indskrænkende i henseende til formaliseringens rækkevidde, synes at indebære den retsteknisk vanskeligste løsning, jfr. erfaringerne med udviklingen af generelle habilitetskrav gældende for de stående udvalg og økonomiudvalget, kap. VIII.

Anden del. Kap.VII.5.4.

Det vil ofte være nødvendigt med et snævert samspil mellem konkrete interessevurderinger og forskellige grader af formalisering, således at omfanget og indholdet af regler og retningslinjer nøje svarer til den sikkerhed med hvilken resultatet rent faktisk lader sig forudsige eller ønskes forudsagt. Den under 1 anførte model synes at være den retsteknisk mest hensigtsmæssige. En kontinuerlig udvikling af den materielle normering kan sikres ved systematisk udarbejdelse af vejledninger, som også bygger på og forholder sig til det erfaringsgrundlag, der udspringer af den del af praksis, som bygger på konkrete interessevurderinger. Sådanne vejledninger kan have karakter af såvel regler som retningslinjer.*)

En sådan udviklingsretning har faktisk på et tidspunkt været under overvejelse i indenrigsministeriet, men er nu igen opgivet. På et forespørgsel fra en kommunalbestyrelse til indenrigsministeriet om mere »præcise retningslinjer« svarer indenrigsministeriet, at ministeriet i skrivelse af 3. juni 1982 har meddelt, at spørgsmål om udarbejdelse af »en form for vejledning til brug for landets kommuner var under overvejelse i ministeriet«. Imidlertid fortsætter indenrigsministeriet, at »da afgørelsen af, om et kommunalbestyrelsesmedlem må anses for at være specielt inhabil imidlertid altid forudsætter en vurdering af det konkret foreliggende tilfælde, har indenrigsministeriet imidlertid efter nøje overvejelse ikke fundet det muligt at udarbejde en vejledning som den omtalte. En vejledning kunne befrygtes at føre til, at der i praksis blev opstillet faste regler, der ikke tog hensyn til de individuelle omstændigheder, der foreligger i enhver sag. Ministeriet har derfor besluttet ikke at udsende en sådan vejledning« (IM 1982/123/1617/2 skrivelse af 23. juni 1983. TR Nordjylland 089-17-99-2-1982 af 5. oktober 1982).

Den af ministeriet angivne begrundelse synes ikke at tage højde for den ovenfor under 1 påpegede mulighed og synes heller ikke at korrespondere med det erfaringsgrundlag den foreliggende praksis repræsenterer. Problemet forekommer således ikke så meget at være risiko for omfattende regelbinding af de konkrete vurderinger, som principielt kan indgå i

*) Om nødvendigheden af, at retsgrundlaget eksplicit fremtræder som åben for yderligere materiel normering, da man ellers risikerer, at praksis sænkes til et minimumsniveau, jfr. Eilschou-Holm: Juristen og Økonomen 1977 s. 327 og Abitz: UfR 1970B s. 44.

Kap.VII.5.4.

grundlaget for enhver habilitetsafgørelse. Problemet - som det fremtræder i praksis - synes nærmere at være fejlagtige forestillinger eller i hvert tilfælde udsagn om sådanne konkrete vurderingers reelle indhold og rækkevidde.

Den konkrete interessevurderings legitimitet som habilitetsafgørelsens grundlag er formelt knyttet til nødvendigheden af - på et givent retsgrundlag - at kunne omfatte en række tilknytnings/interessevarianter, der ikke på forhånd lader sig beskrive udtømmende som retsfaktum i regelform. Imidlertid kan det konstateres, at de almindelige bekendelser til den konkrete interessevurdering som reguleringens form, også tjener som grundlag for et almindeligt herredømme over retsgrundlaget og dermed for den retskildedynamik, som er fornøden, hvis de betydelige bevægelser i praksis skal kunne omfattes af rettens form, jfr. yderligere herom kap. XV.

Tredje del

De generelle habilitetskrav

De generelle habilitetskrav

Indledning

Alment om generel habilitet og hensynene der ligger til grund herfor

Medens de specielle habilitetskrav regulerer spørgsmålet, om der foreligger en interesse, som bevirker, at indehaveren af et offentligt hverv ikke må deltage i behandlingen og afgørelsen af en konkret foreliggende sag, vedrører de generelle habilitetskrav, som de her afgrænses, spørgsmålet om der foreligger interesser af en art og et omfang, der bevirker, at vedkommende helt afskæres fra at beklæde det pågældende hverv (Om den nærmere begrebsmæssige afgrænsning, jfr. indledningen til første del).

Og medens genstanden for habilitetsvurderingen for så vidt angår de specielle habilitetskrav således er vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems interesse i en konkret foreliggende sag, er bedømmelsen i sager om generel habilitet af mere abstrakt karakter, idet målestokken for interessevurderingen er en prognose over vedkommendes tilknytning til et ubestemt antal fremtidige sager.

På ganske få undtagelser nær som kommunaldirektør og kærner opereres der ikke i dansk ret med generel inhabilitet i forhold til kommunalbestyrelsen, hvorimod der gælder generelle habilitetskrav for udvalgene såvel i forhold til interesser, der har deres udspring i kommunal ansættelse, jfr. kap. VIII, som for interesser hvis grundlag er af privat (økonomisk) karakter, jfr. nedenfor kap. IX. Grundlaget for en ordning, hvorefter der ikke opereres med generel inhabilitet i kommunalbestyrelsen, skal søges i respekt for folkerepræsentationen. Kommunalbestyrelsen er kommunens parlament, hvis repræsentative legitimitet ikke skal kunne forstyrres af retlige krav, som grundlæggende er af judiciel karakter. At en sådan retstilstand imidlertid ikke er en nødvendig følge af organets politisk/repræsentative karakter kommer klart til udtryk i fremmede

retssystemer, hvor der kendes eksempler på endog meget intensiv regulering også i forhold til kommunalbestyrelsen.

Fremmed ret

Blandt de fremmede retsordninger vi sædvanligvis sammenligner os med finder man - såvel i henseende til reguleringens form som dens indhold og rækkevidde - ret så forskellige varianter.

Engelsk ret. For så vidt angår interesser som udspringer af kommunale ansættelsesforhold, er reguleringsintensiteten i engelsk ret optimal. Kommunalt ansatte er således generelt inhabile i forhold til såvel kommunalbestyrelsen som kommunale udvalg. LGA 1972 s. 104 bestemmer:

»A person is disqualified for being elected or being a member of a local authority if he (1) holds any paid office or employment (other than that of deputy chairman) appointments to which are or may be made or confirmed by the local authority or any committee or sub-committee of the authority or by a joint board or joint committee on which the authority is represented or by any person holding any such office or employment ...«. (*Halsburys Laws of England* 4th edition 1981 para 1091).

Det fremgår heraf, at bestemmelsen rækker langt. Der er således tale om ethvert ansættelsesforhold under kommunalbestyrelsen og dennes udvalg, hvortil kommer et hvilket som helst fællesudvalg eller fællesstyrelse, i hvilket kommunen er repræsenteret.

De pågældende er ligeledes inhabile i forhold til ethvert udvalg eller underudvalg under denne, jfr. LGA s. 104 (1) og Halsburys para 1144 (se i øvrigt *Hart's Introduction to the Law of Local Government and Administration* s. 112-14. *John Prophet: The Law of Local Councils* 1974 s. 74f *Shofield's Local Government Elections* 1979 s. 31f. *Charles Arnold-Baker: Local Council Administration* 1981 s. 34.

Og for så effektivt som praktisk muligt at afskære konflikter som følge af interessens eventuelle tidsmæssige forskydning, er kommunalbestyrelsesmedlemmer afskåret fra at beklæde kommunale embeder i 12 måneder *efter*, at det kommunale mandat er ophørt.

»So long as a person is, and for twelve month after he ceases to be, a member of a local authority, that person is disqualified for being appointed by the authority to any paid office, other than to the office of chairman or vice-chairman. However, parish or community councils may appoint members to be unpaid officers« (*Halsbury's* para 1151 og *John Prophet: The Law of Local Councils* 1974 s. 114)

Tredje del. Indledning

Tysk ret. Grundlovens artikel 137, I (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) rummer hjemmel for de enkelte delstater til ved lov at udelukke bl.a. kommunale tjenestemænd og andre kommunalt ansatte fra valg til det kommunale råd, hvorunder de er ansat (*Otto Gönnerwein: Gemeinderecht 1963 s. 255*). Bestemmelser om inkompatibilitet for kommunalt ansatte er i en række delstater fastsat i de pågældende Gemeinde (henholdsvis Kreis) Ordning, medens andre delstater har optaget reguleringen i valglovene. I tysk retsdogmatik behandles spørgsmålet som en del af kommunalvalgretten (*G. Püttner: Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis II, Kommunalverfassung III. Modalitäten des Kommunalwahlrechts s. 63 ff. S. 69* tages spørgsmålet om den retlige og begrebslige betydning af sondringen mellem inkompatibilitet og Einen eigentlichen Ausschluss der Wählbarkeit).

Norsk ret. Hverken den norske forvaltningslov eller den norske kommune-styrelse indeholder almindelig bestemmelse om generel inhabilitet. Derimod indeholder den norske kommunalvalglov - kommune-styre og fylketingsvalgloven (lov af 10. juli 1925) i § 10, 2. og 3. led et forbud mod valg af visse personer ansat i kommunen/fylket. Således bestemmes det i § 10:

»Utelukket fra valg til kommune-styre er fylkesmannen, fylkeskontorsjefen, rådmann, formannsskapssekretær og revisor i kommunen eller ved kommunalbedrift.

Utelukkes for valg til fylkesting er fylkesrådmann og dennes stedfortreder, fylkesmannen, fylkeskontorsjefen, lederen af fylkesutbyggingsavdeling, fylkeskontorsjefen, vegsjefen, fylkessygehussjef og revisor i fylkeskommunen eller ved fylkeskommunalbedrift«.

Disse bestemmelser følges op i kommune-styrelovens § 5 (lov af 12. november 1954) om kommune-styremedlemmers pligt til at udtræde af kommune-styrelsen ved tab af valgbarhed.

Kommune-styrelsen indeholder endvidere i § 6 et forbud mod valg til formandskabet af personer, som skal aflægge regnskab til kommunen. Endelig indeholder kommune-styrelsen i § 28, 5. og 6. led, jfr. § 29, forbud mod, at den administrerende direktør, kassereren eller revisoren for en kommunal bedrift ledet af et af kommune-styrelsen nedsat styre eller råd indvælges i styret eller rådet.

Svensk ret. Den svenske kommunallag (1977:179) indeholder ikke almindelige bestemmelser om generel inhabilitet men rummer en række forbud mod valg af bestemte personer til kommunens fullmægtige, styrelsen, nämnder og revision.

I SOU 1974:99 Enhetlig kommunallag betänkande av kommunallagsutredningen drøftes og anbefales en lempelse af reglerne. Anbefalingen blev ikke fulgt, men den svenske kommunallag er for tiden igen underkastet revisionsoverve-

jelser, i hvilken forbindelse spørgsmålet om lempelse af de her omhandlede regler også er taget op, jfr. nedenfor. Indtil spørgsmålet herom er afgjort er ordningen som følger:

Om medlemskab af *fullmäktige* bestemmer kommunelovens kap. 2, § 4:

»Landshövding, länsöverdirektör och avdelingschef vid länsstyrelse är ei valbara till ledamot eller suppleant. Den som är anställd hos kommunen eller landstingskommunen och som i egenskap av föredragande hos styrelsen eller på grund av andre uppgifter som hör till tjänsten har den ledande ställningen blandt kommunens eller landstingskommunens tjänstmänn är ej heller valbar«.

Om medlemskab af *styrelsen* og nämnder gælder tilsvarende, hvortil kap. 3, § 3 føjer »tjänstmänn som är chef för verk som hör till styrelsens förvaltningsområde väljas till ledamot eller suppleant i styrelsen«. Jfr. § 13 om tilsvarende afgrænsning for nämnder.

Som anført ovenfor og kap. I er den svenske kommunallag under revision med henblik på »minskad statslig detaljstyring. Större frihet för kommunarna och landstingen alt utifrån egna förutsättningar forma sin ägen organisation verksamhet«.

Og »de förtroende valta och de anställda måste gemensamt göra den kommunala verksamheten mer serviceinriktad. Brukar inflytandet ska stärkas i de verksamheten som metborgerna är direkt beroende av« (Sou 1985:28 og SOU 1985:29). I denne sammenhæng foreslås de netop angivne regler ophævet (jfr. SOU 1985:29 s. 71).

Finsk ret. Den finske kommunallagen (10. december 1976/953) indeholder en række forbud mod valg af personer til kommunefullmäktige, styrelse, nämnd, revision og ombud. Således er ansatte i kommunens centralforvaltning, som er underordnet kommunestyrelsen, udelukket fra valg til denne (§ 55). Ligeledes er ansatte under et nævns forvaltningsområde ikke valgbare til nævnet (§ 69), og kommunestyrelsesmedlemmer og ansatte omfattet af § 55, 1. mon. er ikke valgbare som revisorer (jfr. i det hele *Arno Hannus*: Den nye kommunallagen 1978).

Medens de anførte retssystemer således med vekslende intensitet opererer med generelle habilitetskrav for kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer, er grundlaget for reguleringen af privatøkonomiske interesser alene specielle habilitetskrav. Årsagerne hertil belyses formentlig udmærket af udviklingen i engelsk ret.

Reglen om at personer, som har forretning eller interesse i en forretning, som er mulig leverandør af varer eller tjenesteydelser til en kommunal myndighed, ikke skal søge medlemskab af denne myndighed eller - hvis vedkommende

Tredje del. Indledning

allerede er medlem - opgive sit medlemskab, var gældende indtil 1933 (R. M. Jackson. *The Machinery of local Government* 1965, s. 370f). Reglen voldte endeløse problemer, som blev understreget i det omfang, der skete et skift i den erhvervsøkonomiske struktur fra enkeltmandsforetagender/familieforetagender til store aktieselskaber kendetegnet ved talrige aktiebesiddere. Hertil kom den komplicering, der udspringer af holdingselskaber etc. Det afgørende spørgsmål var, om aktiebesiddelse etc. i betragtning af selskabets karakter og størrelse etc. virkelig var ensbetydende med eksistensen af en økonomisk interesse for vedkommende i det pågældende kontraktsforhold (op.cit.)

Også hensynet til kommunale interesser kunne tale mod opretholdelsen af en sådan regel. Eksempelvis kunne det forhold, at kommunalbestyrelsesmedlemmer og besiddere af arealer, der var velegnede til udvinding af sten og grus, bevirke, at der måtte indgås relativt ufordelagtige udensognskontrakter for at undgå, at vedkommende blev erklæret generelt inhabil (op.cit.). For at gøre reglen funktionabel var det nødvendigt at operere med et antal undtagelsesbestemmelser. Efter det afgørende brud med denne retstilstand i 1933 kan økonomiske interesser ikke medføre generel men alene speciel inhabilitet.*)

Hensynene, der ligger til grund for afgrænsningen af de generelle habilitetskrav, fremtræder hovedsageligt som sammenfaldende med hensynene, der ligger til grund for habilitetskravene i almindelighed, d.v.s.:

1. Forebyggelse af usaglig interessepåvirkning.
2. Sikring/udbygning af befolkningens tillid til forvaltningen.
3. Sikring af udvalgets teknisk/administrative funktionsevne.
4. Sikring af, at bestemte befolknings- og erhvervsgrupper og den til disse knyttede særlige sagkundskab og erfaring ikke afskæres fra deltagelse i kommunalt arbejde.

Ad 1. Såvel de generelle som de specielle habilitetskrav har karakter af garantiforskrifter. Heri ligger, at de har til funktion at sikre lovligheden og rigtigheden af de afgørelser, der træffes af eller under medvirken af de kompetenceindehavere, som er habilitetskravenes genstand.

Garantihensynet har traditionelt betinget en afgrænsning af de generelle habilitetskrav, som stærkt har været orienteret mod forebyggelse af speciel

*) Reguleringen af økonomiske interesser ved regler om generel inhabilitet som medlem af parlamentet blev ophævet i 1957. Parlamentsmedlemmer har herefter deligenspligt, men det er uklart, i hvilket omfang de er omfattet af de specielle habilitetskrav, jfr. herom ovenfor kapitel II (*R.M. Jackson: The Machinery of Local Government* 1965 s. 370f).

inhabilitet. Dette forhold træder klart frem i de almindelige formuleringer, hvorefter »der ikke til offentligt hverv kan udpeges personer, der ofte på grund af interessekonflikt i enkeltsager *vil være udelukket fra at deltage i enkeltsagernes behandling*« (FOB 1975 s. 161. *Nørgaard*: Sagsbehandling 2. udg. ved *Jens Garde* s. 52). En tilsvarende retssætning er formuleret vedrørende kommunalbestyrelsesmedlemmers generelle habilitet som medlemmer af de stående udvalg og økonomiudvalget: »En kommunalbestyrelse er afskåret fra til udvalget at vælge personer, *der ofte på grund af inhabilitet, jfr. styrelseslovens § 14, stk. 1, vil være udelukket fra at deltage i enkelte sagers behandling*« (FOB op.cit.).

Det er imidlertid ikke nødvendigt - og ud fra en retssikkerhedssynsvinkel heller ikke ønskeligt - at begrænse formålet med de generelle habilitetskrav til alene at skulle forebygge tilfælde af speciel inhabilitet. Inden for rammerne af garantihensynet kan de specielle habilitetskrav betragtes som en nødløsning i forhold til den overordnede målsætning om forvaltning fri for uvedkommende hensyn. Medens de specielle habilitetskrav har til formål at afsvække virkningen af en konkret opstået interessekonflikt, kan der i de generelle habilitetskrav i højere grad indbygges en ideel fordring om også at undgå de potentielle muligheder for interessekonflikter, *der uden at konstituere speciel inhabilitet* repræsenterer en risiko for usaglig påvirkning eller udnyttelse af den offentligretlige kompetence. Udover at sigte mod *manifeste* interessekonflikter, d.v.s. sådanne som begrunder speciel inhabilitet, må de generelle habilitetskrav således også omfatte *latente* interessekonflikter, d.v.s. interessekonflikter som ikke eller i hvert tilfælde ikke på det pågældende tidspunkt kommer til udtryk i en (specielt inhabilitetsbegrundende) interesse, men som uden at begrunde speciel inhabilitet indebærer risiko for spekulation i kommunale interesser eller oplysninger.

Medlemskab af udvalg giver i vidt omfang adgang til informationer på et tidspunkt, hvor disse ikke er offentligt tilgængelige. Det er klart, at sådanne informationer kan rumme store spekulationsmuligheder for især personer, der agerer privatøkonomisk på de områder oplysningerne vedrører. Forhåndskendskab til interne informationer kan således danne grundlag for spekulation i kommunale såvel som ikke-kommunale interesser.

Især privatøkonomiske interesser forekommer i et utal af varianter, der ofte vanskeligt lader sig erkende endsige forudsige af andre end interessens bærere. Denne ringe grad af synbarhed og dermed forudseelighed giver

Tredje del. Indledning

mulighed for usaglig påvirkning uafhængigt af og løsrevet fra den formelle sagsbehandling/beslutningsproces, der er genstand for retsvirkningen af speciel inhabilitet, ligesom risikoen for at inhabilitetsbegrundende interesser slet ikke kommer for dagen naturligvis øges (om kommunalbestyrelsesmedlemmers oplysningspligt og om oplysningspligtens tilsidesættelse som en integreret del af habilitetsafgørelsens bedømmelsesgrundlag, se kap. VI).

Hertil kommer at afgrænsningen af de specielle habilitetskrav, især i relation til en så sammensat interessetype, kan give anledning til stor usikkerhed. Og selv i de tilfælde, hvor speciel inhabilitet statueres, og *retsvirkningen heraf respekteres*, vil den heri liggende garanti kunne være tvivlsom. Det er formentlig en udbredt fornemmelse, at den inhabiles »forladne mødet« ofte er af større demonstrativ end reel betydning, helt bortset fra at det kan volde vanskeligheder at få respekteret denne (rets)virkning af inhabilitet (*Kurt Nielsen: UfR 1972 s. 51. FOB 1972 s. 28, jfr. 1973 s. 24*).

Udvalgene består af få medlemmer. En så begrænset personkreds vil typisk blive stærkt samarbejdet med heraf følgende nære personlige og faglige relationer. På baggrund heraf kan det forekomme usikkert, hvilken garanti der faktisk er forbundet med, at et medlem forlader mødet på grund af speciel inhabilitet.

Endelig skal anføres, at betingelserne for at statuere speciel inhabilitet ofte slet ikke er tilstede, selv om vedkommende faktisk har en væsentlig interesse i den sag, der er til behandling. Dette kan f.eks. bero på, at der ikke foreligger en inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning mellem vedkommende og sagen, og/eller at en sådan grad af tilknytning først foreligger på et tidspunkt, hvor den usaglige interessepåvirkning har haft mulighed for at slå igennem. Således vil det typisk ikke være muligt at statuere speciel inhabilitet i forhold til sager vedrørende kommunens overordnede planlægning og budgettering, fordi interesser knyttet hertil enten er for indirekte eller ikke i tid lader sig objektivere før efter planlægnings/budgetsagens behandling eller afgørelse (jfr. om graden af tilknytning og interessens placering i tid ovenfor kap. VI).

En vægtforskydning mod de aspekter af garantihensynet, der betinger generel inhabilitet, udover hvad forebyggelse af speciel inhabilitet kan begrunde, repræsenterer en intensivering af reguleringen. Dette forhold kan måske udlæses af tesen om, at man ved besættelsen af en stilling eller

et hverv kan stille »*langt strengere*« krav til vedkommendes habilitet end når spørgsmålet er, om en person, som allerede beklæder en stilling eller et hverv, skal betragtes som inhabil (*Poul Andersen: Dansk forvaltningsret* s. 44).

Ad 2. I samme retning trækker også tillidshensynet, hvis indhold i øvrigt må ses i snæver sammenhæng med det om garantihensynet netop anførte. Hvor garantihensynets maksimale inhabilitetsbegrundende rækkevidde kan sættes ved forhold, som principielt kan være af betydning for afgørelsens saglige rigtighed, åbner tillidshensynet som anført mulighed for en yderligere intensivering af reguleringen til også at omfatte forhold, som blot synes at være af en sådan betydning (Jfr. ovenfor kap. V).

Ad 3. Hensynet til udvalgenes fuldtallighed sigter mod at sikre udvalgets optimale funktionsevne via forebyggelse af de forstyrrelser, der er forbundet med retsvirkningen af speciel inhabilitet samt forekomsten af og behandlingen af habilitetssager overhovedet.

Ligesom der eksisterer en snæver indre sammenhæng mellem garanti- og tillidshensynet, eksisterer der også en snæver forbindelse mellem disse to hensyn og hensynet til udvalgets effektivitet. Målsætningen om fuldtallighed er således uløseligt knyttet til bestræbelsen på at undgå speciel inhabilitet og dermed risikoen for usaglig interessepåvirkning. Men herudover er ønsket om at undgå habilitetssager overhovedet nødvendigvis knyttet til den videregående målsætning om også at afskære latente interessekonflikter. Og endelig kan peges på at det uheldige i, at et udvalgs medlemmer skal føre tilsyn med et andet medlems mulige interesser i sager under behandling jo ikke blot beror på risikoen for identifikation med vedkommende og dennes interesser, men også på at en sådan kontrolfunktion i sig selv betinger en svækkelse af udvalgets arbejdssevne.

Ad 4. Hensynet til ikke at afskære bestemte befolknings- og erhvervsgrupper fra deltagelse i kommunalt arbejde er udtryk for en dæmpning af reguleringsintensiteten med sigte på, at habilitetskravene ikke bliver af et indhold, som i for vidt omfang begrænser idéen med den kommunale kompetences konstitution på folkeligt mandat (FOB 1972 s. 77). Den i dette hensyn udtrykte respekt for repræsentationstanken er som anført ovenfor grundlaget for en retstilstand, hvorefter der ikke opereres med generelle habilitetskrav i forhold til medlemskab af kommunalbestyrelsen (*Espersen/Harder: Kommenteret styrelseslov* 6. udg. s. 138). At der på trods heraf gælder specielle habilitetskrav for kommunalbestyrelsen og

Tredje del. Indledning

yderligere generelle habilitetskrav for udvalgene, må betragtes som udtryk for de forskellige grader af administrativt islæt som karakteriserer kommunalbestyrelsen og dens udvalg.

Forholdet mellem disse hensyn kan karakteriseres således, at det under 4 angivne forhold sig som et modhensyn til de tre øvrige. Disse tre hensyn sigter alle mod foregribelse af usaglig interessepåvirkning. Enten direkte jfr. 1 eller indirekte, idet dette mål er indbygget som en følge af de pågældende hensyns andre primære målsætninger, jfr. 2 og 3.

Hensynene er således nok indbyrdes forbundne men ikke sammenfaldende. Som følge af den forskellighed der kommer til udtryk i de enkelte hensyns sammensatte karakter, vil habilitetsafgørelsens udfald i vidt omfang afhænge af, hvilke af hensynene og/eller hvilke aspekter af disse, der indgår i bedømmelsesgrundlaget, og i det omfang flere indgår, vægtfordelingen mellem disse og deres indbyrdes samspil.

I det omfang de enkelte hensyns målsætning er sammenfaldende, kan kravene til denne målsætnings realisation variere i forhold til de enkelte hensyn. Selv om forebyggelse af speciel inhabilitet således indgår i hvert af de anførte hensyn, vil den i det enkelte af disse hensyn liggende målsætning kunne realiseres på grundlag af forskellige grænsedragninger/tolerance-tærskler over for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet. Ved en sammenligning mellem det teknisk/administrative hensyn, der som anført primært sigter mod forebyggelse af speciel inhabilitet, og den del af garantihensynet, hvis sigte også er forebyggelse af speciel inhabilitet, må besvarelsen af spørgsmålet om sammenfald bero på, om disse hensyn hver for sig kun lader sig realisere via optimal foregribelse af speciel inhabilitet, og i benægtende fald om grænsedragningen er identisk. Hvor dette ikke er tilfældet, f.eks. fordi det teknisk/administrative hensyn lader sig realisere på grundlag af en større tolerance over for forekomsten af speciel inhabilitet, vil en prioritering af det teknisk/administrative hensyn ikke blot være ensbetydende med en afskæring eller nedprioritering af den del af garantihensynet, der rækker ud over foregribelse af speciel inhabilitet, men også betyde en forskydning i forhold til den del af garantihensynet, der sigter mod foregribelse af speciel inhabilitet. Den valgte prioritering kan således resultere i et bedømmelsesgrundlag, der i forhold til garantihensynet er om ikke inadækvat, så i hvert tilfælde udtryk for en afgrænsning, som er lidet intensiv sammenlignet med, hvad garanti-

hensynet isoleret eller i forbindelse med tillidshensynet ville kunne resultere i.

Disse mulige spændinger bliver naturligvis større, jo mere markante forskelle der eksisterer mellem de enkelte hensyns indbyrdes rækkevidde. Anerkendes den ovenfor omtalte udvidelse af garantihensynet til også at omfatte latente interessekonflikter, vil dette hensyn kunne række videre end det teknisk/administrative hensyn, i det omfang dette er begrænset til foregribelse af speciel inhabilitet. Og hvor garantihensynets maksimale inhabilitetsbegrundende rækkevidde sættes ved forhold, som principielt kan være af betydning for den primære afgørelses saglige rigtighed, åbner tillidshensynet mulighed for en yderligere intensivering af reguleringen til også at omfatte forhold, som blot synes at være af en sådan betydning.

Kapitel VIII

Kommunal ansættelse som årsag til generel inhabilitet i kommunalbestyrelsens udvalg

Såvel i perioden før som efter den kommunale styrelseslovs ikrafttræden har kommunale ansættelsesforhold i vidt omfang begrundet generel inhabilitet i de stående udvalg og økonomiudvalget. *)

I det omfang retstilstanden ikke afspejler en regel, hvorefter kommunal ansættelse er den nødvendige og tilstrækkelige retsstiftende kendsgerning, som ubetinget udløser retsfølgen generel inhabilitet, må den i ansættelsesforholdet funderede tilknytning kvalificeres for at begrunde generel inhabilitet. Hvor denne nærmere bestemmelse af habilitetskravenes indhold ikke har været etableret ved autoritativ retsfastsættelse på skrevent grundlag, har retsudviklingen været båret af en udfyldningsproces på uskrevent grundlag.

1. Hensynene, der ligger til grund for de generelle habilitetskrav vedrørende kommunale ansættelsesforhold.

Som hensyn af betydning for disse habilitetskrav kan anføres:

1. Forebyggelse af usaglig interessepåvirkning.
2. Sikring/udbygning af befolkningens tillid til forvaltningen.

*) *Harder*: Forening af kommunale stillinger og hverv, Sognerådstidende 1956 s. 212ff og Dansk kommunalforvaltning I 3. udg 1978 s. 285ff. Jfr. indenrigsministeriets skrivelse af 14. februar 1973 (IM 1972/1201/0408-1).

3. Sikring af udvalgets teknisk/administrative funktionsevne.
4. Sikring af, at bestemte befolknings/erhvervsgrupper og den til disse knyttede særlige sagkundskab og erfaring ikke afskæres fra deltagelse i kommunalt arbejde.
5. Sikring af, at udvalgshverv ikke forårsager forstyrrelser i ansættelsesstedets funktionelle struktur og arbejdsgang.

Bortset fra det under pkt. 5 anførte, fremtræder disse hensyn som identiske med de, der antages at ligge til grund for samtlige habilitetskrav, jfr. ovenfor. Imidlertid må hensynenes præcise indhold og deres indbyrdes vægt i bedømmelsesgrundlaget som anført i vidt omfang afhænge af karakteren og indholdet af den interesselype, som er det pågældende habilitetskravs specifikke genstand.

1.1. Garantihensynet

Som anført i indledningen vil en for stor og énsidig vægt på foregribelse af speciel inhabilitet kunne eliminere eller afsvække den del af garantihensynet, hvis genstand er latente interessekonflikter, som uden at begrunde speciel inhabilitet repræsenterer en almindelig risiko for spekulation i kommunale interesser og oplysninger. Selvom enhver manifest interessekonflikt - uanset interessens materielle karakter - naturligvis også kan tænkes at forekomme som latent, betinger interessens materielle karakter dog væsentlige faktiske forskelle i muligheden herfor og især den hermed forbundne risiko for usaglig indflydelse. Hvor genstanden for de generelle habilitetskrav således er interesser, der udspringer af kommunal ansættelse, vil latente interessekonflikter enten ikke forekomme eller i hvert tilfælde være af en art, som sammenlignet med interessekonflikter på privatøkonomisk grundlag synes mindre betydningsfuld.

Hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter af privatøkonomisk karakter skal som anført såvel hindre privat berigelse på kommunens bekostning som spekulation rettet mod eller foretaget på bekostning af andre (lignende) private interesser. For så vidt angår kommunale ansættelsesforhold kan denne interessevariant begrænses til hovedsageligt at omfatte spørgsmålet om vedkommende kommunalt ansattes løn- og ansættelsesforhold i konkurrence med andre kommunalt ansatte eller ansøgere til kommunale stillinger. Habilitetskravene vedrørende kommunale ansættelsesforhold sigter som udgangspunkt ikke fortrinsvis mod at

Tredje del. Kap.VIII.1.1.

afskære berigelse på kommunens bekostning eller privat interessevaretagelse iøvrigt, idet de primært er funderet i forfatningsmæssige magtadskillelsesprincipper. *)

Hertil kommer det mere retstekniske forhold, at tilknytning ved kommunal ansættelse altid vil være de øvrige kommunalbestyrelsesmedlemmer bekendt, hvorfor risikoen for svigt i tilvejebringelsen af oplysninger, som er relevante for vurderingen af vedkommendes specielle habilitet, nærmest er betydningsløs i forhold til den usikkerhed, der er i denne henseende eksisterer i forbindelse med oplysningen af privatøkonomiske interesser (jfr. kap. VI, afsnit 7). Ligesom ansættelsesforholdet som sådant er de øvrige kommunalbestyrelsesmedlemmer bekendt, vil disse sædvanligvis også let kunne erkende den konkret foreliggende art og grad af forbindelse mellem det pågældende ansættelsesforhold og den primære sag. Interesser, der udspringer af kommunale ansættelsesforhold, er, hvordan de end afgrænses, karakteriseret ved en høj grad af synbarhed.

I forhold til den her omhandlede interesselype kan de generelle og specielle habilitetskav således i højere grad betragtes som adækvate midler til foregribelse af interessekonflikter, end hvor spørgsmålet gælder privatøkonomiske interesser. Dette forhold kan danne grundlag for opfattelser i retning af det hensigtsmæssige i at afskaffe eller indskrænke rækkevidden af generelle habilitetskrav for i stedet at støtte en habilitetsmæssig regulering på de specielle habilitetskrav.**)

*) Jfr. *Harder*: Dansk kommunalforvaltning I s. 213. Indenrigsministeriet har udtrykt den opfattelse, at »den indflydelse på løsningen af spørgsmålet vedrørende administrationen af arbejdsforhold, som naturligt bør tillægges tjenestemænd og andre ansatte, næppe bør udøves af de pågældende i en dobbeltrolle som ansatte og folkevalgte« (Indenrigsministeriet 1971/1209/1514-1, skrivelse af 5. maj 1971). Og i betænkning af 17. februar 1983 afgivet af folketingets kommunaludvalg til forslaget om § 29, stk. 4 (ægtefællehabilitet, jfr. nedenfor afs. 4.5.) går mindretallet - med henvisning til udenlandsk ret - ind for helt af afskære kommunalt ansatte for medlemskab af kommunalbestyrelse og udvalg med henvisning til behovet for *»en klar adskillelse mellem forvaltningen og de beslutningstagende råd«*.

**) Således når mindretallet i bestyrelsen for Kommunernes Landsforening som argument for at indskrænke rækkevidden af § 29, stk. 2 udtaler, at »for de grupper, der her er tale om, vil interessekonflikter sjældent kunne opstå, og

1.2. Tillidshensynet

Om tillidshensynet skal på dette sted blot peges på, at netop i forhold til bestemmelsen af habilitetskravene vedrørende kommunale ansættelsesforhold, er spørgsmålet om dette hensyns relative indhold af central betydning. Bygger vurderingsgrundlaget således reelt på overvejelser over befolkningens/opinionens almindelige retsopfattelse, eller er grundlaget nærmere de retsanvendende myndigheders egen opfattelse. Spørgsmålet herom bliver naturligvis af særlig betydning i forhold til en interesselype, som ikke kan forventes at have samme tag i sindene som privatøkonomiske interesser. For mange vil tanken om habilitetskravene som værn mod uautoriseret kommunaladministrativ indflydelse på den kommunale beslutningsproces nok forekomme noget abstrakt og sofistikeret. I særdeleshed når spørgsmålet relateres til hensynet ikke i for vidt omfang at afskære bestemte befolknings- og erhvervsgrupper fra deltagelse i kommunalt arbejde. Meget kunne da også tyde på, at grundlaget for disse habilitetskrav i højere grad skal søges i en teknokratisk/administrativ forestillingsverden end i en almindeligt udbredt retsfølelse, jfr. nedenfor i afsnit 1.4. om modhensynet og argumentationen for lempelse af habilitetskravene på dette område.

1.3. Det teknisk administrative hensyn

I det omfang der i forhold til garantihensynet kan siges at være kongruens mellem de generelle og de specielle habilitetskrav, kan det teknisk/administrative hensyn udskilles i sin rene form, hvorefter spørgsmålet om generel inhabilitet alene afgøres på grundlag af overvejelser over den forstyrrende effekt, fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet kan antages at have på udvalgets funktioner. Dette hensyn afgrænses således som prognoser over fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet. Spørgsmålet om, hvilken reguleringsintensitet dette hensyn i sig selv betinger, må derfor afhænge af arten og omfanget af de fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet, der udgør grundlaget for den generelle habilitetsvurdering.

Om der også faktisk er sammenfald med hensyn til afgrænsningen af de generelle habilitetskrav, der udspringer af henholdsvis garantihensynet og

sådanne situationer kan afværges ved anvendelse af den almindelige habilitetsregel i § 14«. (skrivelse af 19. september 1973. Se også FT 1976/77, 2. samling sp. 1636 og sp. 1339-40).

Tredje del. Kap.VIII.1.3.

det teknisk/administrative hensyn, vil herefter bero på disse hensyns respektive indhold i henseende til den margin, der udgør hensynenes tolerancetærskel over for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet. Hvor det generelle habilitetskrav afgrænses med en intensitet svarende til ordlyden af § 29, stk. 2, bliver spørgsmålet herom uden praktisk relevans. Hvor afgrænsningen derimod er karakteriseret ved tilbageholdenhed og eventuelt også usikkerhed, bliver indholdet af og den indbyrdes vægtfordeling mellem disse hensyn af afgørende betydning.

At det teknisk/administrative hensyn har været af central betydning, er hævet over enhver tvivl. Således anføres, at »det er interessen i, at hvert medlem er i stand til at have andel i udvalgets pligter, der har betinget reglen i cirkulæret af 23. januar 1956«.*)

Dette stemmer da også overens med, at der i den del af praksis, hvor afgørelsen ikke på forhånd er bundet af en regel, i meget vidt omfang henvises til dette hensyn. I en sag, om ægtefællen til en skoleinspektør kan være medlem af kulturelt udvalg, fremhæver indenrigsministeriet således hensynet til »*udvalgets uhindrede arbejde*«. Heri ligger bl.a., at et udvalg normalt skal være fuldtalligt ved sagernes behandling og afgørelse, og at en kommunalbestyrelse derfor må være afskåret fra at udpege et medlem til et udvalg, såfremt det på forhånd må være åbenbart, at vedkommende vil være inhabil ved behandlingen af og afstemningen i så stor en del af de sager, der verserer for det pågældende udvalg, *at det må give anledning til væsentlige betænkeligheder med hensyn til effektiviteten i udvalgets sagsbehandling* (Indenrigsministeriet 1974/12012/1403-1 skrivelse af 10. marts 1975).**)

*) Foreningen af kommunale stillinger og hverv s. 221. Cirkulære af 23. januar 1956 bestemmer, at »ingen der er beskæftiget i kommunens tjeneste, kan have sæde i udvalg, som han er direkte undergivet i tjenstlig henseende ...« (*Harder: Dansk kommunalforvaltning I* s. 313f).

**) I forarbejderne til § 29, stk. 4 anføres dette hensyn som det ene af »to organisatoriske hensyn«. Dette hensyn »vedrører effektiviteten i udvalgenes tilsyn med forvaltningen, idet det findes uacceptabelt, at den ansatte som medlem af et udvalg kan komme til at føre tilsyn med sig selv ...«. (FT 1982/83 A sp. 1443).

1.4. Modhensynet

Hensynet til at det ved habilitetskravenes afgrænsning tilstræbes, at bestemte befolknings- og erhvervsgrupper samt den til disse knyttede sagkundskab ikke afskæres fra kommunalt arbejde, er af ganske særlig betydning i forhold til det her omhandlede habilitetskrav. Kommunalt ansatte udgør såvel absolut som forholdsmæssigt en stor og stadigt stigende gruppe af den erhvervsaktive befolkning. *)

De kommunalt ansattes forhold til kommunalt politisk arbejde har i habilitetsmæssig henseende været genstand for ganske særlig opmærksomhed, som har givet sig udtryk i intens regulering. Dette er da også blevet anført som argument mod praktisering af § 29, stk. 2 i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd og i grundlaget for tilføjelsen af stk. 3 og 4.**)

*) Antallet af kommunalt ansatte er betydeligt større end antallet af statsligt ansatte. Af et samlet antal offentligt ansatte på 811.000 (ult. 1983) er de 586.000 således kommunalt ansatte (Statistiske efterretninger 1985 s. 82). Dette forhold skal ses i sammenhæng med den til grund for kommunalreformen liggende målsætning om kommunalisering af den offentlige forvaltning. Denne (del)målsætning må - ud fra en formel betragtning - siges at være opfyldt for så vidt som den kommunale sektor i 1980 varetog ca. 70% af samtlige offentlige opgaver (*Bent Rold Andersen m.fl.*: Kommunerne, det offentlige og samfundsudviklingen 1980).

På grundlag af *Karl-Henrik Bentzons* undersøgelse, jfr. kommunalpolitikkerne s. 119, drager indenrigsministeriet - i et svar til folketinget - den slutning, at det samlede antal kommunalbestyrelsesmedlemmer i 1980, 5.139 kunne fordeles efter følgende størrelsesorden: Privat erhverv 2.929, offentligt ansatte 1.747, ude af erhverv 463. Andelen af kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer fremgår imidlertid ikke heraf.

**) Således udtaler mindretallet af bestyrelsen i Kommunernes Landsforening, at § 29, stk. 2 indebærer en indskrænkning »af de pågældendes almindelige demokratiske rettigheder ...«, og videre, at der »efterhånden er et så stort antal kommunalt ansatte, at det vil være en betragtelig del af befolkningen, der ved en streng fortolkning af bestemmelsen i § 29, stk. 2, ville blive hindret i at få sæde i de stående udvalg og økonomiudvalget. Betydningsfulde grupper i befolkningen vil således blive udelukket fra repræsentation i kommunernes ledelse« (Skrivelse af 19. september 1973).

Ligeledes protesterer Fællesrådet for Tjenestemands- og Funktionærorganisationerne mod de i 1977 af indenrigsministeriet foreslåede ændringer af § 29

Tredje del. Kap.VIII.1.4.

Hensynet indgår nu som en grundlæggende og fast bestanddel i samtlige retsanvendende myndigheders bedømmelsesgrundlag.

Udelukkelse af bestemte erhvervsgrupper har som sin konsekvens naturligvis også udelukkelse af den sagkundskab disse grupper repræsenterer. Hvad man end måtte mene om de ideologisk/retlige forudsætninger for udvalgspladsers fordeling, er det en kendsgerning, at en meget stor del af aktørerne i det politiske liv (såvel det kommunale som det statslig-parlamentariske) præges af offentligt ansatte. Og det vil vel være naturligt for en politisk gruppering at ønske de medlemmer placeret i udvalgene, som har de størst mulige forudsætninger for at bestride de enkelte udvalgsposter. *)

(indsigelseerne var rettet mod indenrigsministeriets forslag til ændringer, som disse fremstår i ministeriets forslag af 8. marts 1977). FTF opfatter ændringen som en skærpelse og dermed som »et angreb på offentligt ansattes ret til at deltage i kommunernes politiske arbejde« (FTF skrivelse af 17. marts 1977).

Se også FT 1976/77, 2. samling sp. 1335, hvor der tales om »tydelig diskriminering af enkelte stande og de offentligt ansatte i særdeleshed ...« og sp. 1339 hvor det udtales, at »vi må stille os tvivlende overfor, at man generelt udelukker en hel stand fra at udøve det arbejde, som et borgerligt ombud pålægger dem«. Se i denne sammenhæng også sp. 1337 og sp. 1340.

Det anførte hensyn føres også stærkt frem som grundlag for ændringen af § 29 ved tilføjelsen af stk. 4 (ægtefællehabilitet m.v.). FT 1982-83 (sp. 7454). Samt indenrigsministeren under forhandlingerne FT 1982-83 sp. 2779.

- *) *Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 309 udtaler, at der ingen forventning er i retning af, at udvalgspladser skal fordeles mellem kommunalbestyrelsens medlemmer under hensyntagen til ekspertise eller faktisk forhåndsviden, som de henter fra uddannelse eller hverv. Over for en opfattelse, hvorefter kommunalt ansatte indvælges i kommunalbestyrelsen, fordi de på særlige områder har speciel ekspertise, som bør kunne nyttiggøres i udvalgsarbejdet, anfører Harder, at en sådan opfattelse af kommunalbestyrelsens og udvalgenes funktioner burde være forladt. Jfr. Dansk kommunalforvaltning I s. 318.

Generelt betragtet har udviklingen i sammensætningen af kommunalbestyrelsesmedlemmer betinget en professionalisering af de folkevalgte forsamlinger. Undersøgelser af udviklingen for perioden 1970-78 viser så store ændringer, at disse ikke kan forklares med almindelige ændringer i befolkningens uddannelsesniveau og erhvervsmønstre. Især er andelen af selvstændige landbrug og i noget mindre grad selvstændige i byerhverv samt ufaglærte arbejdere faldende. I

Udover at et sådant handlingsmønster er uundgåeligt, må det vel også i vidt omfang betragtes som ønskeligt. Det ofte rejste spørgsmål om forskydningen af den reelle (politiske) magt fra de folkevalgte til den professionelle administration, har jo som sin forudsætning, at den stadige udvidelse i omfanget og kompleksiteten af den kommunale kompetence i vidt omfang udvisker grænserne mellem de politiske og faglige administrative elementer i beslutningsprocessen.*)

På den baggrund kan det virke noget formalistisk at afvise det synspunkt (eller måske nærmere den konstatering), at kommunalt ansatte bliver indvalgt i kommunalbestyrelsen, fordi de på særlige områder har stor ekspertise, med det argument, »at udvalgsmedlemmer principielt vælges, fordi de er eksperter i at opretholde den politiske kontakt med borgerne,

modsat hertil er andelen af direktører, ledende administrativt personale, funktionærer, tjenestemænd og herunder især *folkeskolelærere* steget (*Karl-Henrik Bentzon*: Kommunalpolitikere s. 117ff.

Et ønske om social repræsentativitet i landets styrende organer kom til udtryk i nedsættelsen af lavindkomstkommissionen i 1976 og ligestillingsrådet i 1975. Om de faktiske forhold, se lavindkomstkommissionens betænkning (946/1982). Om kønsfordelingen, se Ligestillingsrådets Årsberetning 1981 s. 95ff og *Kirsten Ketscher*: Årbog for kvinderet 1979 s. 89ff.

- *) Om betydningen heraf i forhold til spørgsmålet om delegation af kommunalbestyrelsens kompetence til såvel udvalg som administration, se *Preben Espersen*: Delegation i kommunestyret, 1985 s. 74. Kommunalt selvstyre myte eller virkelighed, KL 1979. *Bent Rold Andersen m. fl.*: Kommunerne, det offentlige og samfundsudviklingen 1980. *Carsten M. Henriksen*: Kommunestyrets krise, Retfærd nr. 18, 1981.

Om denne udvikling kan tages som udtryk for en *sektorisering*, se *Peter Bogason*: Sektorisering - et får i ulveklæder? Samfundsøkonomen nr. 7, 1983 s. 28ff.

Om de heraf affødte øgede krav til kommunalbestyrelsesmedlemmernes arbejdsindsats, se *Karl-Henrik Bentzon*: Kommunalpolitikere s. 278 og 389.

Udviklingen har givet anledning til overvejelser om ændringer af kommunalbestyrelsesmedlemmernes individuelle arbejdsvilkår og ændringer af selve styrelsesstrukturen i retning af mellemformer mellem udvalgsstyre og magistratsstyre med fuldtidsansatte udvalgsformænd, jfr. betænkning nr. 894/1980 om kommunale styrelsesformer og kommunalpolitikeres arbejdsvilkår m.v. samt forudsætningsvis betænkning nr. 798/1977 om kommunalt nærdemokrati.

Tredje del. Kap.VIII.1.4.

og ikke fordi de besidder ekspertise i kommunalforvaltningen« (Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 318*)

Der er næppe tvivl om, at der især i mindre lokale samfund kan være en snæver forbindelse mellem valget af en person og dennes profession, som denne eventuelt er kommet til udtryk i politisk agitation med stærkt fagligt islæt, eksempelvis skole- og undervisningsspørgsmål.

Hensynet til udvalgenes sagkundskab indgår da også rent faktisk som en del af grundlaget for afgrænsningen af de her behandlede habilitetskrav. Således anfører mindretallet i bestyrelsen for Kommunernes Landsforening, at det »for det kommunale styre vil være uheldigt, om en række kvalificerede personer på forhånd afskæres fra at deltage i det arbejde, der udøves af de stående udvalg og økonomiudvalget. Især i mindre kommuner vil det kunne betyde en beklagelig svækkelse af de stående udvalg og økonomiudvalget, dersom den indsigt og viden, de kommunalt ansatte repræsenterer, må savnes i disse udvalg« (Skrivelse af 19. september 1973).

At også indenrigsministeriet, på trods af ministeriets ovenfor anførte principielle udgangspunkt, ikke er helt utilbøjeligt til at lade hensynet indgå i bedømmelsesgrundlaget, fremgår af en sag om en overlærers medlemskab af det kulturelle udvalg. Ministeriet er (på det tidspunkt) af den opfattelse, at en overlærer ikke kan være medlem af kulturelt udvalg men det udtales samtidig, at ministeriet ikke direkte vil modsætte sig valget. Indenrigsministeriet udtaler bl.a. i den forbindelse, at »fra ministeriet må man medgive, at det er af værdi for kommunen, at man kan benytte den værdi en overlærers ekspertise på området reelt er med hensyn til indsigt i skoleforhold« (IM 1976/101-59, af 6. april 1977).

*) Jfr. det af kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer ideligt påberåbte forhold mellem politisk mandat og fagligt engagement. Således anfører et kommunalbestyrelsesmedlem, at hans indstilling vedrørende spørgsmålet om skoledistriktsændring helt klart er »af ideelt betonet karakter, der er i overensstemmelse med den konservative byrådsgruppes valgprogram (omdelt til samtlige husstande i Åbenrå) ...«. (TR Sønderjylland 089-23-99-5-79 af 19. november og 14. december 1979). Og det af tilsynsmyndighederne i nyere praksis stærkt opprioriterede kriterium: interessens faglige/fagpolitiske/ideelle karakter, som et element der trækker afgørelsen i retning af habilitet, jfr. kapitel VII.

1.5. Hensynet til ansættelsesstedets forhold

Hensynenes indholdsmæssige relativitet, der som anført er resultat af forskelle de enkelte interesselyster imellem, kommer særlig klart til udtryk i det under pkt. 5 anførte hensyn, som ikke vedrører et eventuelt medlemskabs indflydelse på det pågældende udvalgs funktionsmuligheder og/eller afgørelser, men derimod de følgevirkninger et sådant medlemskab kan have for den kommunalt ansattes forhold til sit ansættelsessted og dets funktionsmuligheder. Spørgsmålet om det offentlige hvervs eventuelle indvirkning på de forhold og interesser, som er habilitetsspørgsmålets årsag, er normalt uden betydning for habilitetsvurderingen. Når spørgsmålet herom alligevel indgår i bedømmelsesgrundlaget, beror det på, at tilknytningsforholdet, er ansættelsesmæssigt tilhører til det myndighedssystem, hvoraf udvalgene er en integreret del.

Selvom det i teorien understreges, at det er udvalgets funktionelle interesser disse habilitetskrav sigter mod, og ikke ansættelsesstedets tjenstlige funktioner, *) er det dog åbenbart, at hensynet til ansættelsesstedet faktisk indgår i bedømmelsesgrundlaget.

Hensynet formuleres således klart i en udtalelse fra Kommunernes Landsforening (af 19. september 1973) som en del af de almindelige overvejelser over den nærmere afgrænsning af styrelseslovens § 29, stk. 2. Som argument for fortolkning og retsanvendelse i overensstemmelse med denne bestemmelses ordlyd anfører et flertal af foreningens bestyrelse bl.a., »at en underordnet gennem medlemskab af det udvalg, der har det umiddelbare ansvar for vedkommende forvaltningsområde, derved kan blive sin overordnede overordnet«. Og i konsekvent overensstemmelse hermed udtales som begrundelse for en lignende retsstilling i forhold til økonomiudvalget, at »økonomiudvalget har som en vigtig funktion at tage stilling

*) *Harder*: Forening af kommunale stillinger og hverv, Sognerådstidende 1956 s. 212, jfr. s. 215, peger på de tjenstlige vanskeligheder af arbejdsmæssig og disciplinær karakter, der kan opstå, men udtaler samtidig, at de eksisterende forskrifter fra perioden før styrelsesloven »stedse har været begrundet i hensynet til, hvorledes de pågældende *hverv* ville kunne blive varetaget af en kommunal funktionær«. Ligeledes udtaler samme forfatter i Dansk kommunalforvaltning I, 3. udg. 1978 s. 289, at indenrigsministeriets udtalelser viser, »at det er hensyn til udvalghvervets tilfredsstillende varetagelse, man har haft for øje og ikke hensynet til vanskeligheder i de tjenstlige funktioner«.

Tredje del. Kap.VIII.1.5.

til løn- og normeringsforhold. Det er uheldigt, at en ansat i denne henseende kommer til at indtage en særlig stilling i forhold til kolleger og overordnede«. Og videre, »at det vil kunne skabe vanskeligheder for lederne i forvaltningen, dersom deres ansatte er placeret i økonomiudvalget med de muligheder, dette giver for gennem budgetlægningen og den administrative tilrettelæggelse at påvirke ledernes arbejdsforhold«.*)

At hensynet til ansættelsesstedets forhold også indgår i de retsanvendende myndigheders bedømmelsesgrundlag, og at dette hensyn ikke behøver at være af et indhold, som bevirker intensivering af reguleringen, fremgår af et tilfælde vedrørende bl.a., om hvervet som borgmester kan forenes med, at vedkommende er tjenestemand i folkeskolen (Indenrigsministeriet 1978/1131 /1000-2 skrivelse af 26. juni 1978). Et sådant tilfælde er ikke direkte omfattet af styrelseslovens § 29, men afgrænsningen foretages på grundlag af tilsvarende hensyn. Ministeriet statuerer da også inhabilitet, idet det efter ministeriets opfattelse »principielt også må gælde, at den pågældende varetager en stilling som lærer i folkeskolen«. Imidlertid modificeres dette udgangspunkt med henvisning til hensyn, som vedrører inhabilitetens konsekvenser for vedkommendes ansættelsessted. Det anføres således, at ministeriet »er opmærksom på, at der kan være væsentlige pædagogiske hensyn til en skoles elever samt et hensyn til en lærers ønske om at bevare en tilknytning til sig fag, som taler for, at en lærer i særlige situationer bevarer forbindelsen til sin skole sideløbende med hvervet som borgmester. Indenrigsministeriet skulle for den betragtning ikke udtale sig imod, at en tjenestemand i folkeskolen, der vælges til borgmester, bevarer en vis begrænset tilknytning til undervisningen ved kommunens skolevæsen«. I en anden sammenhæng udtaler indenrigsministeriet derimod, »at en kommu-

*) I forarbejderne til styrelseslovens § 29, stk. 4 er dette hensyn nu eksplicit udsondret som en del af det teknisk/administrative hensyn, jfr. nedenfor. Der tales således om »to organisatoriske hensyn«. »Det andet hensyn vedrører forvaltningens effektivitet, idet det findes uacceptabelt, at en ansat som udvalgsmedlem kan komme til at blive overordnet i forhold til den person, der er overordnet i forhold til medlemmets virksomhed som kommunalt ansat. Man kan således frygte for, at den tjenstlige foresatte vil være utilbøjelig til at skride ind over for det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem f.eks. i anledning af mangler ved den pågældendes arbejde, idet den tjenstligt foresatte kunne frygte for reaktioner fra vedkommende udvalgt« (FT 1982/83 A sp. 1444).

nalt ansats forhold til hans foresatte gør det særlig uheldigt, at han som udvalgsledlem skal føre et overordnet tilsyn med den pågældende forvaltningsgren ...» (Indenrigsministeriet 1971/1209/1514-1, skrivelse af 5. maj 1971). Og i en sag vedrørende spørgsmålet om en overlærer kan være medlem af kulturelt udvalg, understreger indenrigsministeriet stærkt det forhold, at »en overlærer dermed får en vis overordnet funktion i forhold til skoleinspektørerne«.

2. Kriterier af central betydning for interessevurderingen

En regel, hvorefter kommunal ansættelse som sådan begrunder generel inhabilitet, repræsenterer den mest intense afgrænsning. Tilknytningsforholdets *art* er i medfør af en sådan regel det kriterium, der betinger retsfølgen inhabilitet. I det omfang en så vidtgående afgrænsning ikke praktiseres, må det inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold specificeres. Som kriterier af betydning i denne henseende kan anføres:

- Stillingens karakter i henseende til dens placering i det administrative hierarki.
- Stillingens karakter i henseende til om de med denne forbundne funktioner er af administrativ eller manuel art.
- Ansættelsesforholdets karakter af heltidsbeskæftigelse /deltidsbeskæftigelse.
- Ansættelsesforholdets løsere/faste karakter.
- Placering i det kommunale beslutningssystem som borgmester, udvalgsformand, menigt udvalgsmedlem.

Disse kriterier repræsenterer som mulige retsfakta forskellige grader af intensitet i afgrænsningen.

Spørgsmålet er herefter, hvilken grad af tilknytning der konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse. Fordres en direkte forbindelse eller anerkendes også mere indirekte grader af forbindelse mellem vedkommende og udvalget/dettes funktioner, eventuelt således at der i habilitetsmæssig henseende opereres med identifikationsformodninger mellem mere eller mindre vidt afgrænsede grupper af kommunalt ansatte, og er stillingens

Tredje del. Kap.VIII.2.

funktionelle karakter (manuelt/administrativt arbejde) eventuelt af betydning for denne afgrænsning?

Besvarelsen af disse spørgsmål må naturligvis foretages på grundlag af det funktionelle samspil mellem udvalgene og de respektive dele af den kommunale forvaltning, i forhold til hvilke de anførte hensyn er af relevans.

Medens udvalgenes virksomhed eller beslutninger af initierende og udførende karakter alt efter de konkrete forhold kan være af direkte betydning for alle kommunalt ansatte, uafhængigt af disses placering i det administrative hierarki eller ansættelsesforholdets indhold, vil udvalgets kontrolfunktion altid være direkte rettet mod den formelt ansvarlige. Spørgsmålet om, hvilke ansatte der umiddelbart er genstand for udvalgets kontrolvirksomhed, lader sig således principielt besvare på abstrakt grundlag via en analyse af ansvarsplaceringen i det kommunalt administrative system.*)

I forhold til udvalgets øvrige funktioner er det derimod ikke på tilsvarende måde muligt abstrakt at udskille de ansatte, der umiddelbart er genstand for udvalgenes virksomhed og beslutninger. Spørgsmålet herom lader sig typisk kun besvare konkret på grundlag af udvalgsvirksomhedens og afgørelsens indhold.

I det omfang udvalgenes samlede virksomhed ønskes tillagt betydning ved afgrænsningen af de generelle habilitetskrav, kan dette således i sig selv nødvendiggøre, at også fjernere/mere indirekte tilknytningsgrader anses for inhabilitetsbegrundende. Da de generelle habilitetskrav sigter mod at afskære fremtidige interessekonflikter, må reguleringen som en retsteknisk nødvendighed bero på en høj grad af formalisering. En afgrænsning, der sigter mod samtlige udvalgets funktioner, vil således være karakteriseret ved kriterier, som indebærer en vid afgrænsning af de inhabilitetsbegrundende ansættelsesforhold.

*) Det beror på de konkrete forhold, om den enkelte forvaltningsgren er organiseret med en ansvarlig leder, som umiddelbart er ansvarssubjekt over for udvalget. Den kommunale forvaltningsstruktur er således i denne henseende af relevans, i det omfang afgrænsningen beror på kriteriet, om vedkommende ansatte *direkte* er underlagt udvalget, jfr. nedenfor afs. 4.4 og *Harder*: Forening af kommunale stillinger og hverv, Sognerådstidende 1956 s. 222 samt styrelseslovens § 29, stk. 3 ltr. b og c.

De ovenfor anførte hensyn omfatter principielt samtlige udvalgenes funktioner og de med disse forbundne afgørelser og beslutninger. Imidlertid har der i praksis været en tendens til at fokusere på udvalgenes *kontrollfunktion* (Harder: Forening af kommunale stillinger og hverv s. 214). Dette forhold afspejler sig klart i de kriterier der, såvel før som i en stor del af perioden efter styrelseslovens ikrafttræden, har været anvendt ved kvalificeringen af de inhabilitetsbegrundende ansættelsesforhold. At sikring af udvalgenes tilsynsfunktion er og har været i fokus udtrykkes eksplicit af indenrigsministeriets beskrivelse af praksis før styrelseslovens ikrafttræden, hvorefter et kommunalbestyrelsesmedlem ikke på samme tid kan have plads i et udvalg »eller anden tilsynsførende myndighed«, som vedkommende selv »direkte er undergivet«, således at vedkommende arbejder »under ansvar umiddelbart over for den pågældende tilsynsførende« (Cirkulære nr. 10 af 23. januar 1956). Og i en senere skrivelse udtaler indenrigsministeriet samstemmende hermed, »at bestemmende for denne praksis var hensynet til at sikre effektiviteten i udvalgenes tilsynsvirksomhed« (IM 1973/101-3, notat af 23. februar 1976).

At denne retsopfattelse ikke er ændret efter styrelseslovens ikrafttræden fremgår af indenrigsministeriets udtalelse om, at »baggrunden for bestemmelsen i § 29, stk. 2 er navnlig ønsket om at sikre effektiviteten i udvalgenes tilsyn med den kommunale forvaltning ...« (IM 1978/123/1609-1, skrivelse af 21. marts 1978 samt IM 1978/101-59 skrivelse af 6. april 1977).

Denne orientering mod kontrollfunktionen har formentlig været en stærkt medvirkende årsag til, at praksis har været så domineret af kriterier, hvorefter den direkte/umiddelbare forbindelse i modsætning til middelbare/indirekte forbindelser fortrinsvis har været inhabilitetsbegrundende.

3. Reguleringens forhistorie

Før styrelsesloven var kommunalt ansattes generelle habilitet alene reguleret af uskrevne retsgrundsætninger med spredt støtte i de kommunale vedtægter (Harder: Dansk kommunalforvaltning 3. udg. 1978 s. 288ff). Afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende ansættelsesforhold var langt fra klar, ligesom grundsætningernes karakter af gældende ret var tvivlsom. Retstilstanden var karakteriseret ved en høj grad af autonomi for kommunerne. Retsstillingen vekslede således med indholdet af de enkelt kommu-

Tredje del. Kap.VIII.3.

ners styrelsesvedtægter. Hvor der i disse vedtægter var indføjet bestemmelser herom, kunne disse være udtryk for en høj grad af materiel regulering. Således var nogle bestemmelser udtryk for en afgrænsning identisk med den, der kommer til udtryk i ordlyden af styrelseslovens § 29, stk. 2. En så intens regulering, hvorefter ethvert ansættelsesforhold under det pågældende udvalg begrundes generel inhabilitet, var i overensstemmelse med indenrigsministeriets tilkendegivne retsopfattelse (*Harder*: Forening af kommunale stillinger og hverv s. 215). Denne retsopfattelse havde imidlertid ikke status af almindelig retsgrundsætning gældende for samtlige kommuner, uanset det respektive indhold af disses styrelsesvedtægter*). Og en så intensiv regulering kunne ikke opnå almindelig accept.

Med normaltjenestemandsvedtægten af 1948 påbegyndtes en central regulering med autoritativt fastsatte forskrifter (Cirkulære nr. 111/1948). Denne bestemmelse opnåede efterhånden status af almindeligt gældende retsgrundsætning, hvilket formelt blev tilkendegivet i cirkulærereform (Forening af kommunale stillinger og hverv s. 216. Cirkulære af 23. januar 1956, jfr. Sognerådstidende 1955/56 s. 490).

Afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende ansættelsesforhold var i denne vedtægtsbestemmelse ret snæver, idet der fordres en direkte forbindelse mellem vedkommende ansatte og det pågældende udvalg. I § 24 udtales det således, at »ingen tjenestemand kan på samme tid gøre tjeneste i byrådsudvalg eller anden tilsynsførende myndighed, som han selv er undergivet i tjenstlig henseende«. Og selv inden for denne snævre ramme gav bestemmelsens afgrænsning anledning til tvivl. Det var således ikke angivet, hvordan udtrykket »direkte undergivet i tjenstlig henseende« skulle forstås (jfr. *Harder*: Dansk Kommunalforvaltning 3. udg. s. 289 og Forening af kommunale stillinger og hverv s. 221). Til afklaring af dette spørgsmål foretog indenrigsministeriet følgende tilføjelse: »Således at han arbejder under ansvar *umiddelbart* over for den pågældende tilsynsmyndighed« (cirkulære nr. 10 af 23. januar 1956). I øvrigt tilkendegav indenrigsmini-

*) Jfr. *Harder*: Forening af kommunale stillinger og hverv, Sognerådstidende 1956 s. 215. Dette kommer klart til udtryk i indenrigsministeriets afgørelser vedrørende tilfælde, som repræsenterede klare tilsidesættelser af ministeriets retsopfattelse. På trods heraf indskrænkede ministeriet sig til tilkendegivelser om, at forholdet var »uheldigt men ikke ulovligt«.

nisteriet, at bestemmelsen havde status af almindelig retsgrundsætning, som også omfattede andre ansatte end tjenestemænd.

Dette andet led i indenrigsministeriets regulering ved autoritativ regelsættelse fungerede som det retlige grundlag, indtil ombudsmanden i forbindelse med en konkret afgørelse henstillede til indenrigsministeriet at overveje, om der i forbindelse med den kommunale styrelseslov kunne udarbejdes bestemmelser om forening af kommunale tjenester og hverv (FOB 1966 s. 68).

Ombudsmandens afgørelse vedrørte spørgsmålet, om en ansat under kommunens socialforvaltning som social undersøger og familievejleder kunne være medlem af magistraten.

Indenrigsministeriet henviste til tidligere udtalelser om, at i tilfælde, hvor kasse- og regnskabsudvalget (som er at sidestille med økonomiudvalg eller magistrat) »som en del af sin virksomhed udøver indseende med forvaltningsmæssige forhold inden for alle kommunale funktionsområder« kan en person, »der er ansat i den kommunale administration ikke være medlem af udvalget«.*)

Som påpeget af ombudsmanden synes denne indenrigsministerielle afgørelse at indeholde en stramning i forhold til den tidligere retstilstand, idet der i den indenrigsministerielle skrivelse var givet udtryk for, at normalvedtægtens bestemmelser »*alene skulle finde anvendelse for tjenestemænd, der er tjenestechefer eller lignende*« (skrivelse af 26. januar 1956, jfr. *Harder*: Sognerådstidende 1956 s. 223).

Denne tilkendegivelse blev naturligt forstået således, at når der findes en tjenestechef kan de underordnede tjenestemænd være medlem af det pågældende udvalg. En sådan afgrænsning synes også at stemme godt overens med udtrykket i det ovenfor angivne cirkulære, hvor den inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning er afgrænset til tilfælde, hvor vedkommende »*selv direkte* er undergivet i tjenstlig henseende under ansvar *umiddelbart* over for den pågældende tilsynsførende myndighed«.

Imidlertid anfører indenrigsministeriet over for ombudsmanden, at ministeriet »ikke i noget tilfælde har tilkendegivet, at alene tjenestechefer skulle være afskåret«.

*) Om den administrative udvikling i kommuner, der har betinget omfordeling af kompetencen til at fastlægge de administrative forhold fra de enkelte udvalg til økonomiudvalget, se *Harder*: Dansk kommunalforvaltning 3. udg. s. 291.

Tredje del. Kap.VIII.3.

Selv om indenrigsministeriet aldrig eksplicit havde fastslået en sådan afgrænsning, har den formentlig haft godt tag i praksis (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 3. udg. s. 291).

Spørgsmålet om, hvorvidt tilsynsmyndighedernes afgørelser er udtryk for gældende ret og i bekræftende fald det nærmere indhold heraf, kompliceres som anført af de særlige forudsætninger, der gør sig gældende i forholdet mellem kommunalbestyrelserne og tilsynsmyndighederne, som dette forhold kommer til udtryk i reglerne om det almindelige tilsyns formelle og materielle kompetence, jfr. nedenfor kap. XV. Anvendelsen af *uforbindende* tilkendegivelser kan i sig selv give indtryk af den tilkendegivne retsopfattelses deklaratoriske karakter. Og dette indtryk af materiel autonomi for kommunalbestyrelserne bliver i vidt omfang bestyrket i de af tilsynsmyndighederne afgivne udtalelser.

På dette sted skal problemstillingen kort illustreres ved et par sager af betydning for forståelsen af retstilstanden i perioden efter, at indenrigsministeriet havde påbegyndt en egentlig autoritativ regulering.*) I en sag om en overenskomstlønnet teknikumingeniør og en tilsynsførende med kommunens husmoderafløsning kunne være medlem af magistraten, havde indenrigsministeriet udtalt, at de pågældende i henhold til kommunens styrelsesvedtægt var afskåret fra et sådant medlemskab (IM 779²/1967 af 18. oktober 1967).

På en efterfølgende forespørgsel foranlediget af, at den pågældende gruppe ikke vil respektere indenrigsministeriets retsopfattelse, henviser indenrigsministeriet til kommunalbestyrelsens afgørelseskompetence på en måde, der kan give grundlag for den opfattelse, at kommunalbestyrelsen ikke blot har den formelle ret og pligt til at træffe afgørelse i sådanne sager, men også med forbehold af eventuel domstolsprøvelse har den endelige materielle kompetence (IM 779²/1967 af 8. december 1967. Jfr. udførligt herom kap. XI).

Hovedlinjen i medfør af de almindeligt gældende grundsætninger før styrelsesloven kan sammenfattende beskrives således, at det afgørende kriterium har været, om den kommunalt ansatte faktisk var undergivet en

*) Før dette tidspunkt, d.v.s. i perioden inden normaltjenestemandsvedtægten ved cirkulære nr. 111 af 15. maj 1948, var den kommunalbestyrelsen tilkommende udfyldningsfrihed som anført ovenfor eksplicit fastslået af indenrigsministeriet.

ansvarlig leder. Når dette var tilfældet, var det denne kontaktflade til udvalget, der begrundede inhabilitet. Denne afgrænsning har ikke automatisk været sammenfaldende med spørgsmålet om over/underordnet placering i det administrative hierarki. I det omfang ikke-overordnet personale umiddelbart har været undergivet udvalgskontrol, har deres kommunale ansættelse været inhabilitetsbegrundende (Forening af kommunale stillinger og hverv s. 222). Rent faktisk har den generelle inhabilitet formentlig været knyttet til overordnede stillinger i den kommunale forvaltning. Dette må være forklaringen på, at indenrigsministeriet, som omtalt ovenfor, i en enkelt afgørelse har givet udtryk for, at normalvedtægten alene skulle finde anvendelse på tjenestemænd, der er tjenestegrenschefer eller lignende. Hvordan end grænsedragningen har været foretaget i opadgående retning, må retsstillingen have været, at store grupper af kommunalt ansatte ikke har været inhabile i forhold til det udvalg, under hvilket deres ansættelsesforhold henhører.

4. Styrelseslovens § 29

Som anført havde retsgrundlaget før styrelsesloven karakter af uskrevne grundsætninger understøttet af adskillige kodifikationer på skrevet grundlag. Styrelseslovens § 29 repræsenterer i henseende til formen afslutningen på denne udvikling (lov nr. 223 af 31. maj 1968). Denne bestemmelses stk. 2 og det senere ved lovrevisionen tilføjede stk.3 (lov nr. 277 af 8. juni 1977) er de eneste ved lov fastsatte habilitetsforskrifter af materielt indhold.

§ 29, stk. 2 har efter den seneste ændring følgende ordlyd:

»Ingen, der er ansat af kommunalbestyrelsen kan være medlem af det stående udvalg, hvis forvaltningsområde omfatter hans tjenstlige virksomhed.«.)*

*) Bestemmelsen omfattede indtil ændringen i 1977 også økonomiudvalget, som nu er særskilt behandlet i § 29, stk. 3. Om denne bestemmelse og den ved stk. 4 tilføjede, jfr. afsnittene 4.4 og 4.5. Hvad angår ordlyden af stk. 2 er der sket en ændring fra »ansat i kommunens tjeneste« til »ansat af kommunalbestyrelsen«. Heri ligger blot en formel afklaring af bestemmelsens anvendelsesområde, og ændringen er altså ikke udtryk for nogen materiel fravigelse i forhold til den oprindelige version, jfr. afsnit 4.4.

Tredje del. Kap.VIII.4.

Af bestemmelsens formulering fremgår, at den i modsætning til styrelseslovens § 14 er af egentligt materielt indhold. Bedømmelsesgrundlaget fremtræder som totalt formaliseret, idet tilstedeværelsen af et klart afgrænset retsfaktum, kommunal ansættelse, undtagelsesfrit udløser retsfølgen: generel inhabilitet. Intensiteten i reguleringen af den omhandlede interessestype er optimal. Der levnes ikke mulighed for, via konkret interessevurdering, at indskrænke bestemmelsens rækkevidde. Graden af formalisering konstituerer en regel. Denne regel repræsenterer såvel i henseende til formen som indholdet en klar ændring i forhold til den tidligere retstilstand, der byggede på et ulovreguleret grundlag og en væsentlig mindre intens regulering.

De anførte karakteristika afspejler ganske intentionerne, der lå til grund for § 29, stk. 2's tilblivelse, Indenrigsministeriet ønskede således dels en afklaring, dels en skærpelse af retstilstanden på området.*) Disse to målsætninger kan også glimrende bringes i harmoni, idet en intensivering af afgrænsningen kan foretages på et formaliseret grundlag, der overflødiggør anvendelse af kriterier, hvis udformning i forskelligt omfang betinger inddragelse af konkrete interessevurderinger i bedømmelsesgrundlaget.

Denne sammenhæng formuleres meget klart af indenrigsministeriet efter styrelseslovens ikrafttræden, idet ministeriet i forbindelse med sit ønske om en skærpelse af praksis, således at denne i højere grad bringes i overensstemmelse med § 29, stk. 2's ordlyd, anfører, at det »må anses for rigtigst ud fra rets- og administrationssikkerhedshensyn, at reglerne gøres så *generelle* som muligt, således at *konkrete forelæggelser og vurderinger* i videst muligt omfang undgås« (Skrivelse af 5. april 1973).

At reguleringen ved § 29, stk. 2 er blevet oplevet som fremmed, fremgår af det forhold, at bestemmelsen i en udstrakt periode efter sin ikrafttræden ikke blev gennemført i overensstemmelse med dens ordlyd og indenrigsministeriets erklærede intentioner. Dette forhold bevirkede, at indenrigsministeriet tog initiativ til at udarbejde et vejledende cirkulære**). Forsøget

*) Jfr. IM 1971/1209/1514-1 skrivelse af 5. maj 1971, hvor det anføres, at § 29, stk. 2 blev indføjet »med henblik på at tilvejebringe større klarhed ...« og »at det samtidig har været anset for meget ønskeligt, at der skete en skærpelse i forhold til den tidligere fulgte praksis«.

**) *Harder*: Dansk kommunalforvaltning 3. udg. 1978 s. 318f, jfr. indenrigsministeriets skrivelse af 25. marts 1974, (IM 1973/101-3) og ministeriets notat af 4. januar 1973 vedrørende de af ministeriet foreslåede retningslinjer.

blev imidlertid opgivet som følge af uenighed mellem de involverede organisationer og myndigheder (Dansk kommunalforvaltning 3. udg. s. 294).

Dette initiativ må imidlertid i sig selv være udtryk for en indenrigsministeriel forudsætning om, at reguleringens rækkevidde til trods for bestemmelsens ordlyd, afhænger af en nærmere *udfyldning* på uskrevet grundlag.

Denne forudsætning havde til følge og var vel tildels resultat af, at ingen af de oprindelige intentioner bag styrelseslovens § 29, stk. 2 blev realiseret i perioden op til lovens revision.

Praksis kan således ikke siges at være udtryk for en almindelig intensivisering i forhold til, hvad der var gældende før lovens ikrafttræden. Og det system af konkrete interessevurderinger, der i hvert tilfælde principielt havde karakteriseret retstilstanden før styrelsesloven, blev ikke afløst af den høje grad af formalisering, som § 29, stk. 2 efter sin ordlyd er udtryk for.

At situationen blev helt uholdbar, beroede imidlertid næppe så meget på eksistensen af dette misforhold mellem lovens indhold og dens praktiske anvendelse som på det forhold at retstilstanden flød. Usikkerheden gav sig udtryk i skift mellem restriktiv retsopfattelse og stor tilbageholdenhed, der samlet bevirkede inkonsistens i henseende til såvel reguleringens intensitet i almindelighed som inadækvate forskelle i reguleringsintensiteten de enkelte tilfældegrupper imellem.

Det er således ikke let at finde en adækvat begrundelse for at anse en overlærer for habil med hensyn til medlemskab af kulturelt udvalg, hvorunder skolevæsenet hører (IM 1970/1201/1508-1, skrivelse af 15. april 1970), medens en ved skolevæsenet ansat pedel er udelukket fra medlemskab af økonomiudvalget (IM 1970 /1201/1602-1, skrivelse af 17. februar 1971), hvorimod lederen af en af kommunens børnehaver ikke er udelukket fra medlemskab af økonomiudvalget*). Ligeledes er det heller ikke indlysende, at en hjemmesygeplejerske er udelukket fra medlemskab af det sociale udvalg (IM 1970/1201/1014-1, skrivelse af 19. maj 1970),

*) IM 1970/1201/0505-1, skrivelse af 17. april 1970. Den omstændighed, at kommunens lønnings- og pensionsvæsen henhører under det som stående udvalg nedsatte lønudvalg, afskærer vel ikke økonomiudvalgets overordnede beføjelser i medfør af styrelseslovens § 18, stk. 2.

Tredje del. Kap.VIII.4.

medens en overassistent ansat ved kommunens sociale forvaltning kan være medlem af selvsamme udvalg (IM 1970/1201 /1424-1, skrivelse af 18. september 1970). En skolebibliotekskonsulent anses for udelukket fra medlemskab af kulturelt udvalg (IM 1972/1201 /1618-2, skrivelse af 29. maj 1972), medens der er stor usikkerhed med hensyn til, om en overlærer kan være medlem af og formand for kulturelt udvalg (IM 1973/12012 /0408-1, skrivelse af 14. februar 1973), en usikkerhed der også gør sig gældende året efter (skrivelse fra indenrigsministeriets kommunekontor af 15. marts 1974).

Det samme billede af usikkerhed har præget retsstillingen for så vidt angår medlemskab af økonomiudvalget. I hele perioden har det ligget rimeligt fast, at indehavere af ledende stillinger med administrative beføjelser ikke kan være medlem af økonomiudvalget. At stillingens ledende karakter ikke i sig selv ubetinget har udløst inhabilitet fremgår af det ovenfor anførte tilfælde, hvor lederen af en børnehave erklæres generelt habil som medlem af økonomiudvalget (IM 1970/1201/0305-1 af 17. april 1970, jfr. ovenfor). Og når en viceskoleinspektør ved en kommuneskole udelukkes fra medlemskab af økonomiudvalget, sker det med henvisning til, at viceskoleinspektøren må indtræde i skoleinspektørens sted, når denne har forfald (IM 1974/12012/1412-1, skrivelse af 29. marts 1974). I forhold til spørgsmålet om en fritidskonsulents mulighed for at være medlem af økonomiudvalget er usikkerheden så stor, at ministeriet ikke mener at burde tage stilling til spørgsmålet (IM 1972/1201/0306-2, skrivelse af 7. marts 1973). Og medens en pedel ansat ved skolevæsenet anses for inhabil, jfr. ovenfor, udtrykkes der stor tvivl med hensyn til, om en opsynsmand ved kommunens forbrændingsanstalt er afskåret fra at være medlem af økonomiudvalget (IM 1971/12012 /1514-1, skrivelse af 5. maj 1971).

I det følgende vil bedømmelsesgrundlagets karakter og indhold i henseende til de i praksis forekommende grænsedragninger blive opdelt i tre afsnit. Processen lader sig nogenlunde klart udskille i to hovedperioder efter styrelseslovens ikrafttræden. Disse perioder er hver især kendetegnet ved forskellige grader af intensitet i reguleringen, således at perioden nærmest lovens ikrafttrædelsestidspunktet (4.1.) repræsenterer den mest tilbageholdende regulering, medens den i tid mest aktuelle periode (4.2.) repræsenterer den højeste grad af intensitet.

4.1. Første periode efter styrelsesloven

At retsopfattelsen i den første periode efter styrelseslovens ikrafttræden har svært ved at slippe de fra praksis før styrelsesloven hidrørende afgrænsningskriterier, fremgår klart af tilkendegivelserne fra de kommunale organisationer i disses svar på indenrigsministeriets ovenfor omtalte initiativ i retning af at søge intentionerne bag styrelseslovens § 29, stk. 2 realiseret. Medens amtsrådsforeningen (FT 76/77 A s. 888) og flertallet i bestyrelsen for Kommunernes Landsforening (skrivelse af 10. september 1973) kan tilslutte sig indenrigsministeriets forslag, hvorefter *alle* kommunalt ansatte, der ikke blot har løst og lejlighedsvis tjeneste i kommunen, udelukkes fra medlemskab af de stående udvalg og økonomiudvalget (jfr. indenrigsministeriets notat af 4. januar 1973) kan der i Kommunernes Landsforening kun opnås enighed om en betydeligt mindre intensiv afgrænsning. Herefter skal kun ansatte med *»ledende administrative funktioner* og ansatte med *økonomiske beføjelser*» være afskåret fra medlemskab af det stående udvalg, hvorunder vedkommendes forretningsområde henhører. I forhold til økonomiudvalget skal ansatte *»med ledende og administrative funktioner»* *), ligesom alle ansatte *i den centrale kommunale forvaltning, der er direkte underlagt økonomiudvalget****) være afskåret fra medlemskab.

Medens der således formelt har været politisk grundlag for at praktisere § 29, stk. 2 i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd, har der kun været bred enighed om en afgrænsning, hvorefter der i overensstemmelse med praksis før styrelsesloven stilles ret vidtgående krav til graden og karakteren af en inhabilitetsbegrundende forbindelse mellem vedkommende ansatte og det pågældende udvalg. Selv om en sådan afgrænsning savner hjemmel i styrelseslovens § 29, stk. 2 (Dansk kommunalforvaltning s. 296), er der i praksis blevet lagt afgørende vægt på forskellige kriterier for, at forbindelsen/ansættelsesforholdet må kvalificeres for at begrunde generel inhabilitet. Som sådanne kriterier kan nævnes: ansættelsesforholdets indhold i henseende til, om der til stillingen er knyttet administrative

*) Som eksempler nævnes socialinspektøren og dennes stedfortræder, skoleinspektører, viceskoleinspektører, stadsingeniører og disses stedfortrædere.

**) Eksempelvis byrådssekretariat, borgmesterkontor, bogholderi, skattevæsen.

Tredje del. Kap. VIII.4.

funktioner (4.1.1.), vedkommendes placering i det administrative hierarki (4.1.2.), ansættelsesforholdets løsere /fastere karakter, og/eller ansættelsesforholdets karakter af heltids/deltidsbeskæftigelse (4.1.3.).

Betydningen af disse kriterier som udtryk for graden af forbindelse mellem vedkommende ansatte og det pågældende udvalg vil som anført ovenfor i vidt omfang være afhængig af den enkelte kommunes forvaltningsstruktur (Forening af kommunale stillinger og hverv s. 222). Men gennemsnitligt vil der dog være megen vejledning i en formodning om, at den administrative kontaktflade til udvalgene udgøres af overordnede stillinger af administrativ karakter i modsætning til underordnede stillinger af ikke-administrativ karakter.

4.1.1. Administrative funktioner som kriterium for inhabilitet

Spørgsmålet om der til stillingen er knyttet administrative funktioner, har spillet en afgørende rolle i bedømmelsesgrundlaget. En række indenrigsministerielle afgørelser illustrerer betydningen af dette kriterium. Således udtales det, at en skoleinspektør hverken kan indvælges i økonomiudvalget eller det kulturelle udvalg, hvorunder skolevæsenet hører. *) Dette skal ses i sammenhæng med, at indenrigsministeriet i samme periode udtaler, at »der intet er til hinder for, at en overlærer vælges til medlem af det kulturelle udvalg (IM 1970/1201/1508-1, skrivelse af 15. april 1970). Det afgørende kriterium for denne afgørelse har været, at en stilling, hvortil der ikke er knyttet administrative funktioner, ikke udelukker fra medlemskab af udvalgene (Preben Espersen: De kommunale beslutninger I, 1970 s. 90f).

Særlig tydeligt udtales betydningen af dette kriterium i en sag, om en viceskoleinspektør kan vælges som medlem af kulturelt udvalg. Det oplyses, at viceskoleinspektøren under skoleinspektørens forfald fungerer som dennes stedfortræder, »og at der i øvrigt til viceskoleinspektørens stilling er henlagt visse administrative funktioner«. På grundlag heraf udtaler indenrigsministeriet, at en viceskoleinspektør ved en af kommu-

*) IM 1970/1-2149, skrivelse af 23. marts 1970. IM 1970/1201/0907-1, skrivelse af 20. april 1970. IM 1971/1209/0929-1, skrivelse af 29. juli 1971. IM 1970/1201/1508-1, skrivelse af 15. april 1970.

nens skoler, »til hvis stilling der er knyttet administrative funktioner ...« ikke kan være medlem af kulturelt udvalg (IM 1970/1201/0921-1, skrivelse af 30. april 1970).

I overensstemmelse hermed træffer tilsynsrådet afgørelse om en viceskoleinspektørs generelle inhabilitet i forhold til kulturelt udvalg med henvisning til, at viceinspektøren under inspektørens forfald fungerer som skolens leder, og »at der således må være tillagt ham visse beføjelser i administrativ henseende«. (TR Viborg amt 089-99-13-71 af 17. august 1971) Indenrigsministeriet erklærer sig enig i, »at en viceskoleinspektør ... til hvis stilling, der er knyttet administrative funktioner ikke kan være medlem ...«. Tilsvarende statuerer indenrigsministeriet generel inhabilitet i forhold til økonomiudvalget med henvisning til, at en viceinspektør ved inspektørens forfald må indtræde i dennes sted (IM 1974/12012/1412-1, skrivelse af 29. marts 1974).

I en sag om en skolebibliotekskonsulent ansat ved det kommunale skolevæsen kan vælges som medlem af kulturelt udvalg, anfører ministeriet som begrundelse for at betragte vedkommende som inhabil, »at en skolebibliotekskonsulent bl.a. deltager i udarbejdelsen af det årlige budgetforslag for skolebiblioteker og fører kontrol med, at dette budget overholdes, samt at han tillige varetager en stilling som skolebibliotekar ved en af kommunens skoler, og som sådan varetager den daglige ledelse af et skolebibliotek ...« (IM 1972/1201/1618-1, skrivelse af 29. maj 1972).

Endelig skal anføres, at indenrigsministeriet i et tilfælde vedrørende en overlærers medlemskab af og formandskab for kulturelt udvalg, med henvisning til usikkerhed vedrørende rækkevidden af § 29, stk. 2, ikke vil udtale sig imod vedkommendes medlemskab i den resterende del af valgperioden. Det oplyses, at der ikke til stillingen er knyttet administrative funktioner« (IM 1973/12012/0408-1, skrivelse af 14. februar 1973).

At det er stillingens administrative karakter, der er det afgørende kriterium, således at der også statueres inhabilitet, hvor vedkommende ansatte ikke er ansættelsesstedets overordnede, og heller ikke i øvrigt udgør den umiddelbare kontaktflade til udvalget, fremgår af en sag, om en ved kommunens social- og sundhedsforvaltning ansat fuldmægtig kan være medlem af økonomiudvalget. Det oplyses, at denne forvaltning ledes af en socialinspektør, men at vedkommende fuldmægtig »selvstændigt« varetager den daglige administration af lovgivningen om sygesikring og dagpenge.

Tredje del. Kap.VIII.4.1.1.

Indenrigsministeriet betragter vedkommende som generelt inhabil med henvisning til, at § 29, stk. 2 på grund af økonomiudvalgets tværgående tilsyn med samtlige kommunens administrationsområder, også omfatter ansatte, som ikke *direkte* gør tjeneste under økonomiudvalget. Indenrigsministeriet opstiller den vejledende retningslinje, »at udelukkelsen må omfatte ansatte, *som har selvstændigt ansvar for nogen del af kommunens budget, kasseforretninger, personaleforvaltning eller regnskaber*« (IM 1974/12012/0619-1 skrivelse af 25. marts 1974).

På grundlag af den her behandlede praksis kan man således konkludere, at hvor der ikke er knyttet administrative funktioner til en stilling, medfører selv en overordnet placering i det administrative hierarki ikke generel inhabilitet. Og at ansættelsesforhold til hvilke der er knyttet et vist omfang af selvstændigt ansvar for udførelsen af administrative funktioner begrunder generel inhabilitet, selv om stillingen ikke kan karakteriseres som overordnet.

4.1.2. Placering i det administrative hierarki

Spørgsmålet om stillingens placering i ansættelseshierarkiet hænger naturligvis faktisk - om ikke nødvendigvis snævert - sammen med spørgsmålet om stillingsindholdets administrative karakter. Selv om indenrigsministeriet ikke efter den kommunale styrelseslovs ikrafttræden har givet udtryk for, at hovedsagelig stillinger som tjenestegrenschef begrunder inhabilitet (jfr. ovenfor), er der næppe tvivl om, at netop denne ansættelsesstatus indtager en central placering i bedømmelsesgrundlaget. Der statueres således umiddelbart inhabilitet med henvisning til vedkommendes lederstatus.*). I forhold til dette kriterium synes bedømmelsesgrundlaget helt formaliseret. Dette ekspliceres af indenrigsministeriet i en sag, om en under kommunen ansat skoleinspektør kan være medlem af økonomiudvalg og kulturelt udvalg. Ministeriet udtaler, at i medfør af styrelseslovens § 29, stk. 2 sammenholdt med § 18, stk. 2 må skoleinspektører og skoledirektører »generelt« anses for udelukket fra medlemskab af økonomiudvalget, og at vedkommende heller ikke kan være medlem af kulturelt udvalg (IM 1970/1201/1508-1, skrivelse af 14. maj 1970).

*) IM 1970/1201/1010-1, skrivelse af 20. april 1970, i hvilken det statueres, at en leder af socialkontoret ikke kan indvælges som medlem af økonomiudvalget.

Den snævre sammenhæng mellem kriterier, der vedrører stillingens funktionelle indhold og dens placering i det administrative hierarki, udtrykkes klart i en sag, om kommunens stadsgartner kan være medlem af økonomiudvalget (IM 1970/1201 /0608-1, skrivelse af 25. april 1971).

Indenrigsministeriet udtaler til tilsynsrådet, at ministeriet i en tidligere skrivelse (af 9. april 1969) har udtrykt den opfattelse, »at de funktioner, der sædvanligvis vil være henlagt til en stadsgartner som tjenestegrenschef ...«, må betyde, at denne stilling er uforenelig med medlemskab af kasse- og regnskabsudvalget.

På baggrund af det her og ovenfor i afsnit 4.1.1. anførte, må det forekomme utvivlsomt, at indehavere af mere underordnede stillinger, til hvilke der ikke er knyttet administrative beføjelser, ikke er generelt inhabile i medfør af § 29, stk. 2.

Et sådant resultat stemmer imidlertid ikke overens med indenrigsministeriets erklærede forståelse af bestemmelsen og er heller ikke konsekvent fulgt i praksis. I forbindelse med en afgørelse om, at en hjemmesygeplejerske ikke kan være medlem af det sociale udvalg, udtaler indenrigsministeriet, at »såvel ansatte, der deltager i sagernes intellektuelle forberedelse, som ansatte, der udelukkende har manuelle funktioner, er udelukket fra valg« (IM 1970/1201/0622-1, skrivelse af 2. oktober 1970). Denne indenrigsministerielle udtalelse, der afgives som svar på en tilkendegivelse fra Dansk Sygeplejeråd (skrivelse af 17. november 1970) er udformet som en henvisning til folketingsudvalgets betænkning.

Dansk Sygeplejeråd havde under sagen tilkendegivet en retsopfattelse, der i højere grad synes at være i harmoni med indenrigsministeriets ovenfor i afsnit 4.1.1. anførte praksis. Det fremførtes således som rådets opfattelse, »at hjemmesygeplejersker, som ikke er ledende, og som ikke forestår tilrettelæggelsen af hjemmehjælp eller andre sociale foranstaltninger, ikke er omfattet af nævnte bestemmelse ...«. Denne afgrænsning synes i konsekvent overensstemmelse med, hvad der kan udledes af den ovenfor anførte indenrigsministerielle tilkendegivelse. Men den af indenrigsministeriet udtrykte opfattelse er heller ikke uden støtte i ministeriets praksis. Indenrigsministeriet har således udtalt, at styrelseslovens § 29, stk. 2 er til hinder for, at en pedel vælges til medlem af økonomiudvalg (IM 1971/1201/1602-1, skrivelse af 17. februar 1971). Og ministeriet har ligeledes, omend med noget større usikkerhed, ment, at en kommunalt ansat opsynsmand ved renovationsvæsenet er generelt inhabil i forhold til økonomiudvalget

Tredje del. Kap.VIII.4.1.1.

(IM 1971/1209 /1514-1, skrivelse af 5. maj 1971). Og endelig har ministeriet udtalt, at en kommunalt ansat distriktsvejmand, hvis arbejdsområde henhører under teknisk udvalg, er udelukket fra medlemskab af dette udvalg.

4.1.3. Ansættelsesforholdets løsere/fastere karakter

For så vidt angår kriterier, der vedrører ansættelsesforholdets omfang samt dets løsere/fastere karakter, har det, såvel i tiden før som efter styrelseslovens ikrafttræden, været antaget, at ansættelsesforhold, som alene har karakter af »løst og lejlighedsvist arbejde« ikke har bevirket generel inhabilitet (Dansk kommunalforvaltning I s. 297. Forening af kommunale stillinger og hverv s. 222).

Da overordnede stillinger og/eller stillinger med selvstændigt administrativt indhold ikke praktisk kan tænkes besat på grundlag af løs og lejlighedsvis ansættelse, bliver dette kriterium kun af relevans, i det omfang afgrænsningen ikke foretages i overensstemmelse med det ovenfor i afsnit 4.1.2. anførte. Men når, som påvist, denne afgrænsning ikke følges konsekvent, bliver kriteriets nærmere indhold og afgrænsning af relevans.

Også i forhold til dette kriterium synes indenrigsministeriet oprindelig at have været indstillet på en afgrænsning, der meget snævert afgrænser de inhabilitetsbegrundende ansættelsesforhold.

I den ovenfor anførte sag om ansatte ved kommunens hjemmesygeplejeordning kan være medlem af det sociale udvalg, tager indenrigsministeriet både stilling til en løst som en fast ansats habilitet. Om den løst ansatte hjemmesygeplejerskes ansættelsesforhold oplyses, at hun er ansat som »timelønnet afløser for en anden af kommunens hjemmesygeplejersker med et timetal svarende til ca. 100 arbejdsdage om året«. Indenrigsministeriet udtaler, at § 29, stk. 2 »er til hinder for den fastansatte sygeplejerskes medlemskab af det sociale udvalg, mens den nævnte bestemmelse i styrelsesloven ... ikke udelukker, at den hjemmesygeplejerske, der kun fungerer som afløser, er medlem af udvalget« (IM 1970 /1201/0622-1, skrivelse af 2. oktober 1970).

Og når en anden deltidsansat afløser ved en kommunes hjemmesygeplejeordning af indenrigsministeriet betragtes som generelt habil i forhold til medlemskab af økonomiudvalget og socialudvalget, selv om hun over en længere periode må forventes at få halvdelen af timetallet for en fastansat

hjemmesygeplejerske, må kriteriet »løst og lejlighedsvist arbejde« vist siges at være strakt vidt (IM 1970/1201/1501-1, skrivelse af 25. september 1970).

4.2. Anden periode efter styrelsesloven

Imidlertid udvikler praksis sig i retning af indenrigsministeriets erklærede intentioner, således at de af § 29 omfattede tilfælde i stadigt større omfang afgøres på et formaliseret grundlag, som med hensyn til indholdet ligger meget nær ordlyden af § 29, stk. 2. Tendensen til at lægge vægt på ansættelsesforholdets karakter i henseende til, om der til stillingen er knyttet administrative funktioner, synes nu helt opgivet i forhold til de stående udvalg. Der statueres undtagelsesfrit generel inhabilitet, selv om der ikke til den pågældende stilling er knyttet administrative funktioner, og der synes i det store og hele ikke at være uenighed mellem de retsanvendende myndigheder om denne retsstilling. I en sag om en hjemmesygeplejerskes medlemskab af det sociale udvalg, erkender kommunalbestyrelsen forholdets retsstridighed, og tilsynsrådet bekræfter dette med henvisning til § 29, stk. 2 (TR Vejle amt 1976-089-625-9-98a-3, skrivelse af 16. november 1976). Der er på den anden side næppe tvivl om, at denne retsstilling i vidt omfang er blevet opfattet som en nydannelse. I en sag om en heltidsansat timelønnet hjælpepedel kan være medlem af kulturelt udvalg, er forespørgslen herom til tilsynsrådet »foranlediget af ændringen af § 29«. Tilsynsrådet udtaler, at den pågældende ikke vil kunne vælges ved fremtidige valg og heller ikke er berettiget til aktuelt at bevare sit medlemskab af kulturelt udvalg. (TR Århus 0883-743-3-1977 af 28. november 1977).

Hvad angår ansættelsesforholdets løsere/fastere karakter, bekender tilsynsmyndighederne sig i fortsættelse af tidligere praksis til en forståelse, hvorefter bestemmelsen har status af retningslinje, hvis nærmere indhold og bestemmende styrke må afhænge af en konkret vurdering. Således udtaler ministeriet i en sag om en vikar, der står til rådighed for skolevæsenet om bestemmelsens fortolkning, at »denne formulering forudsætter, at ikke ethvert nok så kortvarigt eller løst tilknytningsforhold skal kunne føre til, at et kommunalbestyrelsesmedlem er udelukket fra at være medlem af det pågældende stående udvalg. En nærmere stillingtagen til problemet må forudsætte yderligere oplysninger *om situationens konkrete omstændigheder*« (TR Nordjyllands amt 089-25-99-1-1978 af ... juni 1978).

Tredje del. Kap.VIII.4.1.3.

Hvor bedømmelsesgrundlagets form således er uforandret, repræsenterer afgrænsningen af kriteriet løserer/fastere ansættelsesforhold en intensivring af reguleringen i forhold til den ovenfor i afsnit 4.1.3. behandlede praksis. På grundlag af oplysningerne om arten og omfanget af det udførte arbejde udtaler tilsynsrådet, »at den pågældende, uagtet der ikke er indgået en aftale om varig ansættelse ved kommunens skolevæsen, dog i praksis må anses for at have en så varig og fast tilknytning til kommunen, at interessekollisioner mellem hvervet som medlem af kulturudvalget og aktuell udøvelse af virksomhed som vikar ved kommunens skolevæsen må antages at ville kunne opstå så hyppigt, at den almindelige grundsætning om inhabilitet ikke kan anses for at udgøre et tilstrækkeligt værn mod sådanne konflikter i beslutningsprocessen«. Det fremgår af det i sagen opgjorte timetal for perioden 1. april 1977-31. marts 1978, at vedkommede med store forskelle fra måned til måned har været benyttet som vikar ca. 10 timer ugentlig. På baggrund heraf statuerer tilsynsrådet, at den pågældende i medfør af styrelseslovens § 29, stk. 2 er udelukket fra medlemskab af udvalget.

Selv om denne afgørelse således repræsenterer en intensivring i den forstand, at muligheden indskrænkes for på grundlag af et skøn over ansættelsesforholdets omfang samt dets løserer/fastere karakter at statuere habilitet, så er tilsynsrådets udtalelse dog stadig udtryk for en forudsætning om, at habilitetsafgørelser vedrørende ikke-faste ansættelsesforhold bygger på en konkret interessevurdering. Denne opfattelse udtales også eksplicit af tilsynsrådet i dets afvisning af at give kommunalbestyrelsen et svar på dets spørgsmål om, i hvilket omfang vikararbejde vil kunne forenes med medlemskab af undervisningsudvalget. Tilsynsrådet udtaler herom, at en sådan afgørelse i første instans skal træffes af kommunalbestyrelsen. Om karakteren af denne kommunalbestyrelsesafgørelse udtaler rådet, at »spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende vil kunne fortsætte som vikar med et lavere timetal og i kortere, afbrudte perioder samtidig med medlemskab af kulturudvalget, må efter tilsynsrådets opfattelse i første række *afgøres konkret af byrådet*«.*)

*) Skrivelse af juni 1978. Selv om den understregede passus i tilsynsrådets udtalelse nok så meget vedrører spørgsmålet om det formelle: At der skal foreligge en egentlig kommunalbestyrelsesafgørelse som genstand for tilsynsrådets prøvelse, må udtalelsen nødvendigvis også indeholde en forudsætning om karakteren af

Kap. VIII.4.2.

Spørgsmålet er imidlertid, om ikke intensiveringen er af et sådant omfang, at den konkrete interessevurdering som grundlag for habilitetsafgørelser i medfør af § 29, stk. 2 er mere tilsyneladende end reel. Således går udviklingen også i forhold til kriteriet løsere/fastere ansættelsesforhold i retning af stærkt at indskrænke muligheden for at undtage ikke faste/deltidsansættelser fra den i § 29, stk. 2 angivne hovedregel.

Dette forhold illustreres særlig tydeligt i en sag, om en kvinde kan være medlem af det sociale udvalg, samtidig med at hun er ansat som sekretær for kommunens sundhedsplejerske (IM 1974/12012/1403-1, skrivelse af 10. marts 1975).

Tilsynsrådet finder, at hun som følge af sit ansættelsesforhold ikke kan være medlem af det sociale udvalg (TR Århus amt, skrivelse af 28. juni 1974).

Kommunalbestyrelsen anfører heroverfor, at sekretærarbejdet, der er på deltid, kun udgør 16 timer ugentlig, og at forbindelsen mellem hendes arbejde for det sociale udvalg »går gennem flere led«. Af disse grunde finder kommunalbestyrelsen ikke, at medlemskabet af det sociale udvalg er udelukket i medfør af styrelseslovens § 29, stk. 2. Kommunalbestyrelsen vedtager derfor med 10 stemmer mod 3, at hun kan vedblive at være medlem af dette udvalg.

I forhold til denne kommunalbestyrelsesafgørelse, der klart bygger på en konkret vurdering af ansættelsesforholdets omfang samt dets forbindelse med det sociale udvalg, udtaler tilsynsrådet, at kommunalbestyrelsens kompetence »til endeligt at afgøre sådanne spørgsmål har til forudsætning, at der handles inden for lovens rammer ...« (TR Århus amt 0881-705-3-1974, skrivelse af 17. december 1974. (Kursiveringen er foretaget af tilsynsrådet).

Selv om denne tilsynsrådsudtalelse efter sin formulering kan dække den opfattelse, at styrelseslovens § 29, stk. 2 giver mulighed for en nærmere afgrænsning på grundlag af en konkret vurdering af ansættelsesforholdets art og omfang, er dette næppe det reelle grundlag for rådets afgørelser, og i

denne kommunalbestyrelses afgørelse, jfr. herom nedenfor kap. XI. Hvis § 29, stk. 2 af tilsynsrådet blev forstået i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd, ville habilitetsafgørelsen have karakter af simpel subsumption, og tilsynsrådet ville i så fald næppe have afvist at yde en responderende indsats.

Tredje del. Kap.VIII.4.2.

hvert tilfælde er den accepterede margin for en sådan konkret vurdering meget snæver.

At tilsynsrådets afgørelse reelt bygger på en retsopfattelse, hvorefter § 29, stk. 2's ordlyd er afgørende for afgrænsningen, bestyrkes af tilsynsrådets efterfølgende sanktionering af sin retsopfattelse. Tilsynsrådet annullerer således kommunalbestyrelsens afgørelse med følgende udtalelse: »Da kommunalbestyrelsens vedtagelse ... således efter tilsynsrådets opfattelse er *i strid med lovgivningen*, har man vedtaget at sætte den ud af kraft i medfør af styrelseslovens § 61, stk. 1«.

På baggrund af tilsynsmyndighedernes almindelige tilbageholdenhed med at anvende annulation i medfør af styrelseslovens § 61, stk. 1, en tilbageholdenhed, der hovedsagelig hviler på en forudsætning om, at retsstridigheden skal være *klar*, *) tjener tilsynsrådets beslutning om annulation som et yderligere indicium for, at rådet opfatter § 29, stk. 2 som en regel, hvis indhold, i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd, også omfatter ansættelsesforhold af denne type.

Denne tilsynsrådsafgørelse påklages til indenrigsministeriet. Kommunalbestyrelsen forsøger over for indenrigsministeriet yderligere at underbygge den ringe grad af funktionel forbindelse mellem ansættelsesforholdet og det pågældende udvalg. Således anføres det, at der i perioden 1/8 1972 - 1/4 1974 »kun havde været behandlet 5 sager om den kommunale sundhedsplejeordning, som alle har været af sekundær betydning. Udvalget har i samme periode behandlet i alt 700 sager«.

Over for kommunalbestyrelsens konkrete vurdering af den beskedne funktionelle forbindelse mellem ansættelsesforholdet og udvalget fastslår indenrigsministeriet kort, at styrelseslovens § 29, stk. 2 udelukker hende fra at være medlem af det sociale udvalg.

Selv om også indenrigsministeriet således betjener sig af en formulering, der muliggør en forståelse af udtalelsen som en blot konstatering af, at *dette* tilfælde er omfattet af § 29, stk. 2, er udtalelsen, i betragtning af ansættelsesforholdets karakter og omfang samt den kortfattede henvisning

*) Forholdet mellem denne forudsætning om den retlige mangels kvalificering som betingelse for annulation og placeringen/fordelingen af den faktiske udfyldningskompetence vil blive behandlet nedenfor i kapitel XI og XII.

til § 29, stk. 2, faktisk, i lighed med tilsynsrådets afgørelse, meget nært udtryk for, at der ikke eller i hvert fald kun i meget snævert omfang er mulighed for at foretage en indskrænkende fortolkning af § 29, stk. 2, og dermed give plads for konkret vurdering af interessekonflikten.

Til yderligere illustration af denne retsstilling, hvorefter styrelseslovens § 29, stk. 2 principielt rummer mulighed for afgrænsning på grundlag af konkrete interessevurderinger, samtidig med at rammerne herfor afgrænses så snævert, at bestemmelsens indhold faktisk konstituerer en regel meget lig § 29, stk. 2's ordlyd, skal anføres en sag, om en deltidssekretær ved kommunens skolevæsen kan være formand for kulturudvalget og skolebiblioteksudvalget (TR Ribe amt 089-551-1-1-75 af 23. december 1975).

I sin første skrivelse herom udtaler tilsynsrådet, at rådet er »mest tilbøjeligt til at mene, at vedkommende ikke samtidig med at beklæde sekretærstillingen kan være medlem af kulturudvalget ...« (skrivelse af 23. december 1975).

Herefter anmoder kommunalbestyrelsen om at få en mundtlig forhandling om spørgsmålet med tilsynsrådet, hvilket imødekommes. Kommunalbestyrelsen gør herunder rede for de nærmere omstændigheder i forbindelse med arbejdets udførelse, herunder »at sekretærarbejdet beslaglægger ca. 4 timer pr. uge og nærmest har karakter af kontorarbejde, samt at der i kommunalbestyrelsen er enighed om at ønske, at der gives den pågældende mulighed for fortsat at kombinere de omspurgte hverv, dog længst valgperioden ud«.

På baggrund af denne redegørelse udtales, »at tilsynsrådet efter det således oplyste, efter omstændighederne indtil videre vil undlade at benytte sin beføjelse til at sætte beslutningen om valg af den pågældende til kulturudvalget og biblioteksudvalget ud af kraft« (skrivelse af 15. marts 1976).

Man kan på grundlag af denne formulering diskutere, om tilsynsrådets afgørelse er udtryk for, at der foreligger en retlig mangel, men at rådet på grund af de konkrete omstændigheder ikke finder det opportunt at benytte sine sanktionsmuligheder (om grænserne herfor, jfr. kap. XI), eller om afgørelsen er udtryk for, at rådet tilslutter sig kommunalbestyrelsens vurdering af forholdet som et tilfælde, der på grundlag af en konkret interessevurdering ikke begrundet generel inhabilitet.

Det fremgår imidlertid af forhandlingerne mellem kommunalbestyrelsen

Tredje del. Kap.VIII.4.2.

og tilsynsrådet, at tilsynsrådet er i tvivl om det præcise indhold af gældende ret og dermed afgrænsningen af § 29, stk. 2. I et referat fra mødet udtales det:

»Jeg redegjorde for baggrunden for tilsynsrådets skrivelse, herunder for den usikkerhed, der gør sig gældende i indenrigsministeriet og dets utilbøjelighed til at udtale sig, før man har tilendebragt drøftelserne med Kommunernes Landsforening angående nye retningslinjer, mundende ud i formentlig et lovforslag« (af 2. februar 1976).

At tilsynsrådet på den anden side langt fra bygger sin afgørelse på den opfattelse, at den foreliggende meget spinkle ansættelsesmæssige tilknytning til udvalget ikke er omfattet af § 29, stk. 2, fremgår af udtalelsen om, at rådet »*indtil videre*« vil undlade at skride ind over for vedkommendes medlemskab. Denne formulering korresponderer med det af kommunalbestyrelsen fremsatte ønske, idet borgmesteren og formanden for kulturelt udvalg på mødet med tilsynsrådet havde udtalt, at man »kunne ønske, at tilsynsrådet tog stilling til, om det i betragtning af den herskende tvivl ville undlade at skride ind mod, at ordningen kørte videre valgperioden ud«.

4.3. Sammenfatning

Man kan herefter konkludere, at tilsynspraksis i den først behandlede periode efter styrelseslovens ikrafttræden er meget langt fra at statuere generel inhabilitet i et omfang, der er i overensstemmelse med ordlyden af § 29, stk. 2. Denne bestemmelse er ikke blevet praktiseret som en regel, der i overensstemmelse med sin ordlyd determinerer afgørelsen. Når det ved ændringen af § 29 i 1977 som begrundelse for at udskille spørgsmålet om kommunalt ansattes medlemskab af økonomiudvalget i et selvstændigt stykke, fremføres den formodning, at man hermed »nok ville opgive en formulering, der førte til den hidtidige fortolkning af loven, hvorefter ingen, der var ansat i kommunen, kunne være medlem af økonomiudvalget« (*Erik Harder: Dansk kommunalforvaltning I*, 3. udg. 1978 s. 298), kan man hertil føje, at en sådan fortolkning og den dermed forbundne retsvirkning til dels kun har været en realitet i teoriens verden. § 29 er blevet praktiseret som en retningslinje for habilitetsafgørelsen. Dennes udfald har således i vidt omfang beroet på et skøn over ansættelsesforholdets karakter, som dette kommer til udtryk i de anførte kriterier. Det må derfor i forhold til denne periode nærmest betragtes som et administrativt/pædagogisk kneb de cententia ferenda, når indenrigsministeriet udtaler,

»at bestemmelsen i styrelseslovens § 29, stk. 2 efter indenrigsministeriets *hidtidige praksis* har omfattet alle, der som tjenestemænd eller ved arbejdsaftaler varigt eller på åremål er ansat i kommunens tjeneste, og at der ikke er sket nogen ændring ved den seneste lovændring« (TR nordjylland 089-25-99-1-1978 af ... juni 1978). En sådan forståelse af § 29, stk. 2, som en regel af dette indhold, har i en lang periode ikke haft almindelig dækning i indenrigsministeriets egen praksis.

Men på den anden side har praksis som påvist været præget af så modsigelsesfulde grænsedragninger, at hele spektret af muligheder for så vidt kan siges at være repræsenteret. At en sådan retstilstand imidlertid ikke udgør det mest ideelle grundlag for kommunikation med omverdenen, illustreres udmærket af nogle tilkendegivne meningsforskelle med hensyn til karakteren af lovændringen i 1977. Fællesrådet for danske tjenestemand- og funktionærorganisationer protesterer således mod ændringen af § 29 med henvisning til, at en skærpelse af de gældende regler vil være et angreb på offentligt ansattes ret til at deltage i kommunalt arbejde. Indenrigsministeriet svarer hertil, at det »ikke er korrekt at ændringen repræsenterer en skærpelse«. Tværtimod udtaler indenrigsministeriet, lempere forslaget de kommunalt ansattes adgang til at være medlem af økonomiudvalget. »Medens forslaget intet ændrer i kommunalt ansattes adgang til medlemskab af kommunalbestyrelsens stående udvalg, idet det blot nu foreslås præciseret i loven, at reglerne (*som hidtil*) også gælder for ledere og lærere ved kommunens skole- og undervisningsvæsen«. Denne opfattelse understreges afslutningsvis af indenrigsministeriet med udtalelsen, »at det fremsatte forslag ikke indebærer en skærpelse, men *alene* ... en lempelse ... og tydeliggørelse ... af den gældende bestemmelse i styrelseslovens § 29, stk. 2«. *) Denne diskussion tages atter op i forbindelse med tilføjelsen af stk. 4 til § 29. KL udtaler således, at det i sig selv er udtryk for en skærpelse at anvende skreven ret, hvor et tilsvarende resultat på uskrevent grundlag kunne være opnået via praksis. Tankegangen er den, at det ikke er sikkert, at domstolene ville have accepteret en tilsvarende afgrænsning på uskrevent grundlag (KL skrivelse af 15. februar 1982).

*) Indenrigsministeren til Fællesrådet for danske Tjenestemand- og Funktionærorganisationer (FTF) 1976-101-59, skrivelse af 16. april 1977. Jfr. indenrigsministeriet til Dansk Lærerforening 1973/101-3, skrivelse af 4. maj 1977.

Tredje del. Kap.VIII.4.2.

Det fremgår heraf klart, at de indtagne standpunkter bygger på forskelligt grundlag. Indenrigsministeriets opfattelse bygger således på en sammenligning af de respektive bestemmelsers ordlyd, medens tjenestemand- og funktionærorganisationerne i højere grad argumenterer på grundlag af praksis. På deres respektive (forskellige) grundlag er begge standpunkter korrekte. § 29, stk. 3 i lov nr.277 af 8. juli 1977 repræsenterer således i forhold til ordlyden af § 29, stk. 2 i lov nr. 223 af 31. maj 1968 en klar lempelse af de for økonomiudvalget gældende habilitetskrav. Men denne lempelse er blot udtryk for, at bestemmelsens ordlyd bringes i harmoni med praksis. Og for så vidt angår de stående udvalg er ændringen af § 29, stk. 2, hvorefter lærere og skoleledere omfattes af bestemmelsen, ligeledes blot en konfirmation af praksis/den herskende retsopfattelse, jfr. nedenfor. Derimod repræsenterer en afgrænsning, hvorefter der statueres generel inhabilitet i overensstemmelse med § 29, stk. 2's ordlyd, en klar stramning i forhold til den i dette afsnit behandlede praksis.

For så vidt angår den anden periode kan det konstateres, at praksis har udviklet sig i retning af stadigt større overensstemmelse med § 29, stk. 2's rigoristiske ordlyd. Det eneste kriterium, der synes at stå åbent for inddragelse af en konkret interessevurdering, er ansættelsesforholdets omfang samt dets løsere/fastere karakter. Og også med hensyn til disse kriterier er grænserne for bedømmelsens frihed meget snævre.

Fra kun at indeholde en sikker løsning for relativt få ansættelsestilfælde omfatter bestemmelsen nu praktisk taget alle ansættelsesforhold. Disses inhabilitetsbegrundende karakter afhænger ikke længere af konkrete vurderinger af ansættelsens karakter men af et formaliseret bedømmelsesgrundlag, der nærmest undtagelsesfrit bevirker inhabilitet. Habilitetsafgørelsen har fået karakter af simpel subsumption.

§ 29, stk. 2 fuldbyrder således en udvikling, der i henseende til retsdannelsens form har bevæget sig fra uskrevne retsgrundsætninger understøttet af spredte vedtægtsbestemmelser over begyndende central regulering i form af normalvedtægter og vejledende cirkulærer mod regulering ved lov. Denne bevægelse i formen mod stadigt højere grad af formalisering på autoritativt grundlag korresponderer nøje med en udvikling i reguleringens indhold, der i henseende til afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende ansættelsesforhold har bevæget sig mod stadigt større intensitet.

4.4. Særligt om generel habilitet som medlem af økonomiudvalget

Den store usikkerhed, der har præget praksis på dette retsområde, var den afgørende årsag til ændringen af § 29 ved revisionen af styrelsesloven i 1977 (jfr. lovbekendtgørelse nr. 399 af 19. juli 1977 og normalstyrelsesvedtægten § 17, stk. 1). Ved denne ændring blev spørgsmålet om medlemskab af økonomiudvalget udskilt i et nyt stk. 3. Denne bestemmelse er blevet af et materielt indhold, der afviger væsentligt fra stk. 2, som jo før ændringen også omfattede økonomiudvalget. Hvad derimod angår de stående udvalg, som fortsat er reguleret af stk. 2, er ændringen udelukkende af formel karakter. Som følge af stk. 2's oprindelige formulering: »Ansatte i kommunens tjeneste« blev der rejst tvivl om, hvorvidt folkeskolens ledere og lærere var omfattet. Tankegangen var den, at disse som tjenestemænd i folkeskolen ikke kunne være omfattet af dette udtryk (*Preben Espersen og Erik Harder*: Kommenteret styrelseslov, 4. udg. 1981 s. 109). Denne tvivl har imidlertid aldrig været delt af indenrigsministeriet eller af den kommunalretlige teori (Dansk kommunalforvaltning I s. 297), hvilket vel også er forklaringen på, at sager vedrørende sådanne ansættelsesforhold er blevet anvendt som almindelig illustration af § 29, stk. 2's rækkevidde (jfr. *Espersen*: De kommunale beslutninger 1970 s. 90f). Enhver tvivl med hensyn til dette spørgsmål er nu også formelt blevet fjernet ved præciseringen af bestemmelsen, hvorefter kommunalbestyrelsens stilling som ansættende myndighed er det afgørende kriterium for, om ansættelsesforholdet er omfattet, jfr. udtrykket »ansat af kommunalbestyrelsen«.

Hvad angår spørgsmålet om bedømmelsesgrundlagets karakter af konkret interessevurdering og reguleringens intensitet kan det således for så vidt angår de stående udvalg konkluderes, at den stedfundne lovændring ikke betyder nogen forandring i retstilstanden i forhold til den i afsnit 4.1.-4.3. beskrevne praksis.

Hvad angår økonomiudvalget er retsstillingen derimod tilsigtet ændret ved den foretagne lovrevision. Styrelseslovens § 29, stk. 3 er af følgende indhold:

»Medlemskab af økonomiudvalget er udelukket for:

a) ansatte i den del af den kommunale forvaltning, som varetager administrationen af de sagsområder, der i medfør af § 18, stk. 2 og kap. V er henlagt under økonomiudvalget,

Tredje del. Kap.VIII.4.3.

b) ansatte, der er umiddelbart ansvarlige for eller i øvrigt har ledende administrativ funktion inden for andre forvaltningsområder, som forestås af økonomiudvalget, og

c) ansatte, der er umiddelbart ansvarlige for ledelsen af et under et stående udvalg hørende forvaltningsområde.

Bestemmelsen er således af et andet materielt indhold end det af indenrigsministeriet oprindeligt ønskede (Jfr. indenrigsministeriets notat af 23. februar 1976, IM 1973/101-3), idet der er tale om en begrænsning af de inhabilitetsbegrundende ansættelsesforhold i forhold til indholdet af § 29, stk. 2.

Udviklingen kan beskrives således, at den for de stående udvalg gældende afgrænsning er blevet ændret fra oprindeligt at svare til den nu i stk. 3 litra b) og c) for økonomiudvalget eksplicit udtalte afgrænsning, jfr. afsnit 4.-4.1., til nærmest at være i overensstemmelse med § 29, stk. 2's ordlyd.

Og for så vidt angår økonomiudvalget er § 29, stk. 3 tildels udtryk for en tilnærmelse til den tidligere for samtlige udvalg gældende afgrænsning, jfr. afsnit 4.4.1.

Om § 29, stk. 3 kan indfri det indenrigsministerielle ønske om en retsanvendelse, præget af en høj grad af formalisering, må forekomme yderst usikkert*). I forhold til § 29, stk. 2, indebærer stk. 3 en forøgelse i antallet og kompleksiteten af afgrænsningsspørgsmål.

Stk. 3, litra a) sigter til de forvaltningsområder og ansættelsesforhold, i forhold til hvilke økonomiudvalget fungerer som stående udvalg. Afgrænsningen af denne bestemmelse er da også ganske identisk med § 29, stk. 2. Vedkommendes ansættelse i denne del af den kommunale forvaltning er det eneste og afgørende retsfaktum. Tilknytningen fordres ikke herudover yderligere kvalificeret (Dansk kommunalforvaltning I s. 323). Denne brede afgrænsning er udtryk for, at økonomiudvalget i forhold til disse dele af den kommunale forvaltning er indehaver af den samlede udvalgskompetence. I overensstemmelse hermed er afgrænsningen derfor også udtryk

*) I skrivelse af 5. april 1973 udtaler indenrigsministeriet, at det ud fra rets- og administrationssikkerhedshensyn må anses for rigtigst, »at reglerne gøres så *generelle* som muligt, således at konkrete forelæggelser og vurderinger i videst muligt omfang undgås«

for, at habilitetskravet sigter mod samtlige udvalgsfunktioner og/eller at praktisk taget samtlige kommunalt ansatte identificeres med den i forhold til udvalgets kontrolfunktion umiddelbart ansvarlige.

I modsætning hertil vedrører litra b) og c) den øvrige del af den kommunale forvaltning, i forhold til hvilken økonomiudvalget alene har partiel udvalgskompetence, som især giver sig udtryk i udøvelse af kontrolfunktioner. Den foretagne afgrænsning er udtryk for en udelukkende fokusering på disse kontrolfunktioner, og i forhold hertil er formodningen for identifikation de ansatte imellem opgivet. Afgrænsningen er af samme karakter som den, der i en periode blev praktiseret i forhold til samtlige udvalg, jfr. afsnit 4.1. Konsekvensen heraf er en tilbagevenden til de mange afgrænsningsproblemer, der var kendetegnende for praksis i denne periode. De anvendte kriterier sigter mod den faktisk eksisterende forvaltningsstruktur i kommunerne. Denne kan imidlertid veksle fra kommune til kommune, og som det anføres i Dansk kommunalforvaltning (I 3. udg. 1978 s. 298-299), må der ved afgørelsen af konkrete tilfælde ikke tages udgangspunkt i »det formelle stillingsforhold, men i de reelle arbejdsopgaver inden for den kommunale struktur ...«. Om det i litra b) anvendte kriterium »umiddelbart ansvarlige for eller i øvrigt har en ledende stilling ...« hedder det samme sted, at den praktiske anvendelse vil give anledning til et »utal af afgrænsningsvanskeligheder«.*)

Som et enkelt eksempel på sådanne problemer knyttet til afgrænsningen af retsfaktum og ikke mindst subsummeringen af faktum herunder skal anføres en sag, om en ansat »som leder af kommunens ejendomsskattekontor« kan være medlem af økonomiudvalget (TR Århus 881-723-4-1978 af 5. april 1979). Opfattelsen af dette spørgsmål er i kommunalbestyrelsen delt. Flertallet mener, at han »som daglig leder af ejendomsskattekontoret har ledende administrative funktioner og samtidig forestår forvaltningsområder, der forestås af økonomiudvalget«.

*) Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 325. I en sag om en overassistent ansat ved, men som ikke er leder af, arbejdsgiverkontrollen i kommunens skattevæsen, udtaler indenrigsministeriet bl.a., at afgrænsningen af, hvilke ansatte i skattevæsenet m.v., der er udelukket fra medlemskab af udvalget, må bero på *en konkret vurdering* af indholdet af de funktioner, der er henlagt til de pågældende« IM 1978/123/0607-1, skrivelse af 17. marts 1978.

Tredje del. Kap.VIII.4.4.

Det bestrides af mindretallet, at han har en sådan ledende funktion, at han i henhold til styrelseslovens § 29, stk. 3, b, må anses for at være udelukket fra at være medlem af økonomiudvalget. Det anføres således, at den pågældende er overassistent på slutløn. Det anføres videre, at »lederen af skatteforvaltningen er kommunens skatteinspektør. Ifølge den indsendte funktionsplan for ansatte i skatteforvaltningen tilkommer der ingen af de i ejendomsbeskatningen ansatte personer nogen selvstændig besluttende myndighed bortset fra, at de kan attestere skøder«.

Foruden vedkommende overassistent er der ansat yderligere en overassistent og en kontorassistent. Den anden overassistent er imidlertid senere fratrådt, således at der i afdelingen kun er beskæftiget to personer.

Tilsynsrådet udtaler, »at da et flertal i byrådet mener, at den pågældende indtager en sådan administrativ stilling, at han falder ind under § 29, stk. 3, b, finder tilsynsrådet ikke at kunne tilsidesætte det af kommunalbestyrelsen vedtagne standpunkt«.*)

Sagen genoptages (1. juni 1979), idet det på et senere kommunalbestyrelsesmøde besluttet med 7 stemmer for og 6 imod påny at forelægge sagen for tilsynsrådet med forespørgsel om, hvorvidt vedkommende kan forblive som medlem af økonomiudvalget »indtil domstolene har taget stilling til spørgsmålet om hans habilitet ...«.

Tilsynsrådets sekretariat tilkendegiver over for kommunen, at han kan fortsætte sin virksomhed i økonomiudvalget indtil tilsynsrådet har taget stilling til spørgsmålet.

Tilsynsrådet udtrykker eksplicit det i den tidligere afgørelse indtagne standpunkt, hvorefter rådets habilitetsafgørelse alene er baseret på respekt for kommunalbestyrelsens flertalsbeslutning. Rådet udtaler således, at »tilsynsrådets afgørelse af 5. april 1979 er baseret på flertallets beslutning om, at den pågældende indtager en sådan stilling, at han er udelukket fra medlemskab af økonomiudvalget. Som sagen nu foreligger oplyst, synes der af byrådet at være tvivl om, hvorvidt dette flertal fortsat er til stede«.

*) I forarbejderne til § 29, stk. 4, FT 1982/83, sp. 2780/81 udtaler indenrigsministeren, »at *det i meget høj grad vil være op til den enkelte kommunalbestyrelse at vurdere i det konkrete tilfælde, om der kan være tale om inhabilitet for ægtefællers vedkommende*«.

Under forudsætning af, at kommunalbestyrelsesflertallet skifter i sagen, er tilsynsrådet villigt til at tage sin habilitetsafgørelse op til fornyet overvejelse og er formentlig også indstillet på i vidt omfang at respektere en kommunalbestyrelsesafgørelse af et andet materielt indhold. Tilsynsrådet udtaler således, at »såfremt byrådet ønsker at tilsynsrådet påny skal tage egentlig stilling til den pågældendes medlemskab af økonomiudvalget, skal man udbede sig en fornyet vurdering af spørgsmålet for byrådet med nærmere begrundelse for, om pågældende ... er en stilling som beskrevet i styrelseslovens § 29, stk. 3, b eller ej«.

Tydeligere kan det vist ikke anskueliggøres, at de til § 29, stk. 3, litra b og c knyttede afgrænsningsspørgsmål er forlenet med så udpræget skønsmæssige elementer, at disse bestemmelser med de eksisterende grænser for tilsynsmyndighedernes prøvelse vil danne grundlag for en høj grad af kommunal autonomi.*)

4.5. Særligt om tilknytning ved ægteskab o.lign som generel inhabilitetsgrund

Ved lov nr. 124 af 25. marts 1983 er der til styrelseslovens § 29, stk. 2 og 3 yderligere føjet et stk. 4, som særligt regulerer tilknytning ved ægteskab eller samliv iøvrigt.

Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»Stk. 4. Ingen, hvis ægtefælle eller samlever er ansat af kommunalbestyrelsen, kan være medlem af

a. det stående udvalg, hvis forvaltningsområde omfatter ægtefællens eller samleverens tjenstlige virksomhed, hvis ægtefællen eller samleveren er umiddelbart ansvarlig for ledelsen af udvalgets forvaltningsområde eller i øvrigt har ledende administrative funktioner inden for forvaltningsområdet,

*) (SOU 1974:99 Kommunallagsutredningen s. 177ff gives der udtryk for de store vanskeligheder, der er forbundet med »att ange vilken tjänstman som skall anses som den ledande«. I udredningen foreslås derfor, at bestemmelsen om afskæring af valgbarhed for kommunens og landstingskommunens ledende tjenestemænd ikke optages i den nye kommunallov. En anbefaling, der som anført ovenfor i indledningen ikke blev fulgt. Tilsvarende finsk ret, *Arno Hannus*: Den nya kommunallagen, hvori det påpeges, at kriterierne »ledande tjänstinnehavare inom kommunens centralförvaltning« har givet anledning til store besværligheder.

Tredje del. Kap.VIII.4.4.

b. økonomiudvalget, hvis ægtefællen eller samleveren er umiddelbart ansvarlig for eller i øvrigt har ledende administrative funktioner inden for økonomiudvalgets forvaltningsområder eller er umiddelbart ansvarlig for ledelsen af et under det stående udvalg hørende forvaltningsområde.

I forhold til de stående udvalg er der således med reglen under a. gennemført en afgrænsning for ægteskabelig tilknytning o.lign., som er identisk med reglen i § 29 stk. 3, b og c gældende for kommunalt ansattes generelle habilitet i økonomiudvalget.

For så vidt angår ægteskabelig tilknytning o.lign. som inhabilitetsgrund i forhold til økonomiudvalget, er reglen i stk. 4, b meget lig reglen i stk. 3 gældende for den kommunalt ansatte selv. Forskellen er således begrænset til en lempelse i forhold til stk. 3 litra a, idet ægteskab eller samliv i øvrigt med en »menig« kommunalt ansat ikke forhindrer medlemskab af økonomiudvalget, selv om vedkommende er ansat inden for økonomiudvalgets »lovbestemte sagsområde« (stk. 3, litra a). Derimod vil ægteskab eller samliv med de af bestemmelsen omfattede højere placerede kommunalt ansatte være omfattet af en regel identisk med stk. 3, litra b og c.

I bemærkningerne til lovforslaget anføres det til stk. 4, a som en regel, at »ansættelse som menig medarbejder på en institution eller assistentarbejde i forvaltningen ... *aldrig* vil bevirke ...« generel inhabilitet. Og som eksempler på stillinger, der »kan« bevirke inhabilitet nævnes »sekretariatsleder, kontorchef, institutionsleder (f.eks. skoleinspektør og børnehaverleder)«.

Også for så vidt angår stk. 4, b fastslås som almindelig ydre grænse den kommunalt ansattes placering som »menig« medarbejder i modsætning til eksempelvis »kommunaldirektør, økonomichef, m.v. eller andre med ledelsesfunktioner inden for den økonomiske forvaltning f.eks. en leder af kommunens edb-sekretariat eller kommunens løn- og personalekontor«. Og det er som svar på et spørgsmål til ministeren i folketinget blevet anført, at det som afgørende for afgrænsningen har været, at den pågældende »dagligt har ansvaret for ledelsen«, hvorfor f.eks. tilknytning til en souschef i socialforvaltningen, en viceskoleinspektør eller stedfortræder i en børnehave ikke begrunder inhabilitet (spørgsmål 6-7, bilag 6).*)

*) For så vidt angår de i praksis så betydningsfulde *lærere*, må spørgsmålet vel være afgjort med den ovenfor anførte regel, hvorefter en »menig medarbejder ... *aldrig*« vil kunne være årsag til generel inhabilitet. Hermed skulle man tro, at der

var sket en afklaring i forhold til også læreransættelse som inhabilitetsårsag. Imidlertid har Kommunernes Landsforening i almindelighed kritiseret, at der ikke i højere grad i bemærkningerne er givet en »mere uddybende beskrivelse af stillinger, der aldrig vil kunne bevirke udelukkelse fra vedkommende udvalg«. Det anføres således bl.a., at man udtrykkelig kunne have anført lærere, »hvorom en række sager i praksis har drejet sig« (skrivelse af 15. december 1982). I øvrigt er Kommunernes Landsforening af den opfattelse, at eksemplifikationen af tilfælde som ifølge bemærkningerne *kan være* inhabilitetsårsag i realiteten er/bør være udtryk for en meget høj grad af regeldannelse, det bør således »formentlig være den helt overvejende - måske næsten undtagelsesfri regel - ...«. Dels er Kommunernes Landsforening også af den opfattelse, at eksemplifikationen af stillinger, som aldrig kan bevirke inhabilitet, burde specificeres yderligere ved bl.a. også at anføre lærere.

Heroverfor anfører indenrigsministeren det umulige i at opstille et udtømmende katalog over inhabilitetsbegrundende tilfælde, idet afgørelsen må bero på »de beføjelser, der i henhold til vedkommende kommunes organisations- og kompetencefordelingsplaner er tillagt den enkelte medarbejder«. Afgørende må i denne henseende være, »i hvilket omfang en ansat har dagligt ledelsesansvar ...«. Indenrigsministeren er imidlertid enig med landsforeningen i, at tilknytning til lærere »*som hovedregel*« ikke begrunder generel inhabilitet, og at tilknytning til *institutionsledere* omvendt »*som udgangspunkt*« vil begrunde inhabilitet. (Ministerens svar til kommunaludvalgets spørgsmål 7).

Medens ægteskab som retsstiftende kendsgerning er et let afgrænseligt retsfaktum, er afgrænsningen af ægteskabslignende relationer, samlivsforhold etc. som retsstiftende kendsgerning ofte resultat af konkrete vurderinger.

For så vidt angår ægteskabslignende relationer, er genstanden for habilitetsbedømmelsen naturligvis, om tilknytningsforholdet mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem og den kommunalt ansatte faktisk er af en karakter, som normalt forbindes med ægteskab. Dette forhold kommer klart til udtryk, når spørgsmålet er, om separation eliminerer retsvirkningen af ægteskab. »I det omfang separationen medfører en faktisk ophævelse af samlivet uden nogen væsentlig forbindelse mellem de tidligere ægtefæller, vil det dog formentlig næppe være udelukket, at det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem kan være medlem af det stående udvalg« (IM 1982/1090 -101 af 10. marts 1983, svar på spørgsmålet i folketinget). Den i sprogbrugen udtrykte usikkerhed »næppe være udelukket« må vel udspringe af de formelle retlige bånd, der stadig eksisterer mellem fraseparerede ægtefæller, indtil den endelige skilsmisse.

Tilsvarende må den habilitetsmæssige betydning af samboen i kollektiv o.lign. afhænge af »en konkret vurdering af de foreliggende omstændigheder, herunder de personlige relationer ...«. Og sikkerheden for at der må statueres inhabilitet er størst, »hvor forholdet mellem de to personer i kollektivet er af en karakter, der meget ligner et ægteskabs- eller ægteskabslignende forhold« (op.cit.).

Tredje del. Kap.VIII.4.5.

På baggrund af tilsynsmyndighedernes i øvrigt meget frie forhold til almindeligt antagne retskildeopfattelser - herunder betydningen af regulering ved formel lov - kan man spørge, hvad der egentlig har betinget at netop ægteskabelig tilknytning etc. er blevet gjort til genstand for lovregulering.

4.5.1. Retsgrundlagets karakter og indhold i tiden før § 29, stk.4

Det har i teori og praksis traditionelt været antaget, at ægtefæller i

Det er omvendt ikke en nødvendig betingelse, at de pågældende bor sammen, eller at forholdet har eksisteret længe, eller de pågældende er af forskelligt køn. Afgørende er alene, om der foreligger en relation, der giver anledning til at antage, »at samleveren *på tilsvarende vis som en ægtefælle* vil identificere sig med den kommunalt ansattes interesser«. (Jfr. indenrigsministerens svar på spørgsmål stillet af folketingets kommunaludvalg den 2. februar, 9. februar og 15. februar 1983, j. nr. 1982/1010-16 af 11. januar 1983).

Hvor habilitetssagen vedrører spørgsmålet om betydningen af *børn* ansat i den kommunale forvaltning, udvides området for de konkrete interessevurderinger til også at omfatte vedkommende barns placering i det kommunalt administrative hierarki. Udover »styrken af de personlige relationer ...«, afhænger resultatet således også af, om den ansatte er »forvaltningschef eller yngste kontorelev under udvalget ... altså hvilke funktioner den ansatte udfører over for udvalget« (TR Århus 089-713-90-25-1982 af 15. september 1983). I forbindelse med en konkret afgørelse udtaler tilsynsrådet den retningslinje, at »et familieforhold, hvor der ikke er tale om samboen, kan normalt næppe heller indicere generel inhabilitet« (op.cit.).

Det er vanskeligt heraf at se, om der hermed åbnes op for at inddrage disse forhold vedrørende ansættelsens hierarkiske placering udover hvad der gælder for bedømmelsen af kommunalt ansattes egen habilitet. Svaret herpå er imidlertid også mindre interessant efter lovfæstelsen af et sådant bedømmelsesgrundlag i § 29, stk. 4.

At der imidlertid i denne henseende har været opereret med andre - videre grænser kommer til udtryk i en tilsynsrådsafgørelse, hvor spørgsmålet er, om et kommunalbestyrelsesmedlem kan være medlem af socialudvalget og kulturelt udvalg, når sønnen er ansat som pædagogisk medhjælper i en kommunal børnehave (Århus 089-713-90-25-1982 af 15. september 1983). Tilsynsrådet udtaler herom, at vedkommende »*allerede under hensyntagen til karakteren af sønnens stilling*« ikke er inhabil. Dette resultat skal sammenholdes med, at det samme tilsynsråd statuerer inhabilitet som følge af ægteskab med børnehavemedhjælper med 22 timers ugentligt arbejde.

habilitetsmæssig henseende identificeres med hinanden (jfr. ovenfor kap. VII med henvisninger).

Og indenrigsministeriet har om forholdet mellem tilknytning ved ægteskab etc. og de til grund for § 29 liggende hensyn anført, at det i praksis »i lang tid har været antaget, at de nævnte hensyn gør sig gældende i *fuld udstrækning*, når et medlems ægtefælle er ansat i den kommunale forvaltning under udvalget« (IM 1982/1090 -101 af 10. marts 1982).

Dette i forbindelse med at indenrigsministeriet betragtede det som en retlig nødvendighed, at ændringen i retstilstanden blev gennemført *ved lov*, giver anledning til spørgsmålet om retsgrundlagets nærmere retskildemæssige status i tiden før stk. 4 (Op.cit. samt forarbejderne til § 29, stk. 4).

Indenrigsministeriet giver ikke direkte udtryk for, at ægteskabelig tilknytning etc. før tilføjes af stk. 4 har været omfattet af en analogi af § 29, stk. 2 og 3. Indenrigsministeriet giver derimod udtryk for, at § 29 som sådan må betragtes som *en del af en almindelig retsgrundsætning*, hvorfor det afgørende naturligvis må blive, om ægteskabelig tilknytning etc. er omfattet af den del af grundsætningen, som ikke direkte kommer til udtryk i § 29.*)

*) Medens indenrigsministeriet i forarbejderne til stk. 4 klart giver udtryk for § 29 som en del af en almindelig grundsætning, jfr. FT 1982/83 A sp. 1443, har ministeriets udtalelser i andre sammenhænge været mindre klare i denne henseende. På et spørgsmål fra et folketingsmedlem til indenrigsministeren vedrørende samlivsforhold, slægtskab, bofællesskab m.v. som årsag til generel inhabilitet udtaler indenrigsministeriet om de rejste spørgsmåls forhold til styrelseslovens § 29, stk. 2, at »ved *en fortolkning* er reglen i § 29, stk. 2 givet en almindelig holdt redegørelse for ...«. Og videre, at »imidlertid er det almindeligt anerkendt i teori og praksis, at udtrykkelige inhabilitetsregler er udtryk for almindelig retsgrundsætninger, og at sådanne udtrykkelige regler nødvendigvis ikke udtømmende gør op med retsstillingen på et givet område. Det kan i mangfoldige tilfælde være påkrævet *at undergive en regel en udvidende fortolkning af hensyn til retssikkerheden*«. Af indenrigsministeriets videre udtalelse fremgår, at ministeriet betragter § 29 som en *del af en almindelig gældende retsgrundsætning*: »Som anført er de skrevne regler om inhabilitet udtryk for generelle retsgrundsætninger, hvorfor det dog også stedse har været antaget, at bestemmelsen i § 29, stk. 2 ikke anses for udtømmende at gøre op med, hvilken personkreds der er afskåret fra at være medlem af et givet udvalg« (IM 1982/1090-101 af 10. marts 1982). På den ene side forudsætter ministeriet således eksistensen af en grundsætning af det fornødne indhold, på den anden side synes indenrigsministeriet at operere med denne grundsætning som grundlag for fortolkningen af § 29.

Tredje del. Kap.VIII.4.5.1.

I forbindelse med forberedelsen af forslaget til styrelseslovens § 29, stk. 4 gav Kommunernes Landsforening udtryk for, at styrelseslovens § 29, stk. 2 og 3 ikke - som indenrigsministeriet havde forudsat - kunne opfattes som præcisering af en almindelig grundsætning om kommunalbestyrelsesmedlemmers generelle habilitet. KL finder det således ikke »givet, at kommunalt personale ville være afskåret fra udvalgshverv i samme omfang allerede i medfør af en retsgrundsætning. Det er tværtimod temmelig oplagt, at reglerne går videre end retsgrundsætningen« (skrivelse af 15. december 1982).

KL finder videre, at afgørelsen af habilitetsspørgsmål som falder uden for bestemmelserne i § 29 - herunder interesser funderet i ægteskabelig tilknytning - bør afgøres på grundlag af konkrete interessevurderinger. Dette giver efter KL's opfattelse større sikkerhed for, at habilitetskravene ikke udstrækkes udover, hvad der må anses som klart påkrævet »af retlige grunde«, således at »eventuelle habilitetsproblemer i stedet løses »hen ad vejen« i medfør af retsgrundsætningerne om speciel inhabilitet« (op.cit.).

KL finder således, at indenrigsministeriets »nyere praksis vedrørende generel inhabilitet i ulovbestemte tilfælde, *herunder ikke mindst vedrørende ægtefælleinhabilitet*« fører til generel inhabilitet »i videre omfang end *nødvendigt*«, og videre »at det langt fra er sikkert, at domstolene ville være nået til tilsvarende resultater, hvis sagerne var indbragt for retten« (op.cit.). Og endelig at den retstilstand, som lovforslaget er udtryk for »kunne være opnået gennem administrativ praksis på det hidtidige (uskrevne) retsgrundlag« (op.cit.).

Som et svar herpå udtaler indenrigsministeriet, at det er »uenigt i, at de nævnte regler skulle gå videre end den nævnte retsgrundsætning. Tværtimod er forholdet det, at der ved ændringen i 1977 af den hidtidige opfattelse af § 29, stk. 2, og indføjjelsen af bestemmelsen i § 29, stk. 3 er sket en lempelse i forhold til den hidtidige retstilstand på området, idet der ved bestemmelsen i § 29, stk. 3 blev indført et »afstandskriterium«.

Indenrigsministeriet begrænser således sit svar til den del af KL's udtalelse, som vedrører bestemmelserne i § 29, stk. 2 og 3, og tager dermed ikke stilling til spørgsmålet, om de tilsvarende resultater - herunder indholdet af stk. 4 - kunne være opnået på det indtil da gældende retsgrundlag.

Det er således ikke klart, hvad der præcist ligger til grund for indenrigsministeriets opfattelse af den formelle lov som nødvendigt middel til

ændring af retstilstanden. Udover at valget heraf kan være rent politisk motiveret, kan årsagen også være, at tilknytning ved ægteskab o.lign. formelt og/eller faktisk anses for omfattet af § 29's analogi.

4.5.2. Praksis i perioden før § 29, stk. 4

Spørgsmålet bliver herefter, om de for ægteskabelig tilknytning gældende habilitetskrav formelt var funderet i analogislutning fra § 29 og i benægtende fald i hvilket omfang og på hvilket grundlag retstilstanden afveg herfra.

Fra praksis i den første periode efter styrelsesloven fremtræder problemstillingen klart i en sag vedrørende bl.a., om et kommunalbestyrelsesmedlem kan være medlem af teknisk udvalg, når vedkommende er gift med stadsingeniøren i kommunen (FOB 1979 s. 412).

Ombudsmanden udtaler, at bedømmelsen beror på en fortolkning af styrelseslovens § 29, stk. 2 og 3. Men såvel ombudsmanden som indenrigsministeriet antager dog, at denne bestemmelse *ikke* omfatter ægtefæller til personer ansat i kommunens tjeneste.

Indenrigsministeriet antager derimod eksistensen af en »*almindelig retsgrundsætning*«, som dækker tilfælde af ægteskabelig tilknytning til kommunalt ansatte (IM 1978/123/0502-1, skrivelse af 29. marts 1978).

Denne grundsætning afgrænses af indenrigsministeriet på et grundlag, som er identisk med det, der antages at ligge til grund for § 29, stk. 2. Som overordnet hensyn anføres således ønsket om at sikre effektiviteten i udvalgets tilsyn med den kommunale forvaltning. Dette hensyn bestemmes nærmere med henvisning til garanti- og tillidshensynet, som sikres varetaget ved en »*almindelig retsgrundsætning*«, hvorefter der ikke til udvalgsmedlemmer kan udpeges personer, *der på grund af inhabilitet i de foreliggende enkeltsager i vidt omfang vil være udelukket fra at deltage i udvalgets arbejde*«.

På grundlag heraf træffer indenrigsministeriet afgørelse om, »*at et kommunalbestyrelsesmedlem, der er gift med kommunens stadsingeniør, er afskåret fra medlemskab af kommunens tekniske udvalg*«.

Indenrigsministeriets udtalelse fremtræder således som en regel identisk med den, som i medfør af styrelseslovens § 29, stk. 2, gælder for kommuneingeniøren selv. Men hvor retsfølgen i medfør af § 29, stk. 2 automatisk udløses, når kriterierne ansættelsesforhold og kompetenceområde er bragt på det rene, bygger ministeriets udtalelse principielt på en konkret vurdering af risikoen for fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet.

Tredje del. Kap.VIII.4.5.1.

Ministeriet udtaler således, at dets opfattelse af hendes generelle inhabilitet »er begrundet med, at hun ville være udelukket fra at deltage i behandlingen af praktisk taget alle sager i udvalget på grund af inhabilitet som følge af den interesse, hendes ægtefælle har i sagernes udfald, som følge af, at hendes ægtefælle enten har afgivet indstilling eller har ansvaret for indstillingen i sagerne, ligesom hans forvaltningsområde er undergivet teknisk udvalgs tilsyn«.

Indenrigsministeriet forudsætter at bedømmelsesgrundlagets konkrete karakter udelukker analogislutninger fra § 29, men en sådan negativ afgrænsning er jo ikke ensbetydende med, at der ikke på andet grundlag sker regeldannelse. Ministeriets udtalelse synes således i hvert tilfælde at give udtryk for en regel om, at ægtefæller til stadsingeniører og dermed sammenlignelige stillinger er generelt inhabile i forhold til teknisk udvalg. For en sådan forståelse taler ikke blot det forhold, at indenrigsministeriets udtalelse i formen fremtræder som en regel, men også at indholdet af indenrigsministeriets konkrete vurdering er af almen relevans for alle tilknytningsforhold af dette indhold. Den af indenrigsministeriet opstillede regel er, såvidt den rækker, identisk med hvad der for stadsingeniøren selv ville være gældende i medfør af styrelseslovens § 29.

Skal spørgsmålet om retsgrundlagets forhold til styrelseslovens § 29 således have mere end teoretisk interesse, må bedømmelsesgrundlagets principielt konkrete karakter kunne bevirke afgrænsninger af de for ægtefæller gældende habilitetskrav, som afviger fra den i § 29 fastslåede retsstilling for kommunalt ansatte.

Spørgsmålet er herefter om, og i bekræftende fald på hvilket grundlag konkrete interessevurderinger har kunnet medføre en anden afgrænsning af ægtefællers generelle habilitet end den, der er fastlagt for den kommunalt ansatte selv i medfør af styrelseslovens § 29.

Til illustration heraf skal anføres en sag, om en kvinde gift med en skoleinspektør ved en af kommunens skoler kan være medlem af og formand for kulturelt udvalg (IM 1974/12012/1403-1, skrivelse af 10. marts 1975).

Såvel tilsynsmyndighederne som kommunalbestyrelsen forudsætter i deres argumentation, at afgørelsen beror på en konkret interessevurdering, og at ægteskab således ikke i sig selv udgør et retsfaktum, der uden videre betinger retsfølgen generel inhabilitet. Samtlige involverede myn-

digheder lægger i deres bedømmelsesgrundlag afgørende vægt på spørgsmålet om omfanget af speciel inhabilitet.

Kommunalbestyrelsen anfører til støtte for sin opfattelse af, at hun er habil, »at hun er vejet sit sæde, hvor sager vedrørende *den pågældende skole* har været til behandling, *hvilket har drejet sig om få sager*, da der er tale om en mindre 7. klasse skole«. Heri ligger tilsyneladende en retsopfattelse, hvorefter de specielle habilitetskrav afgrænses til sager vedrørende *den pågældende skole* til hvilken ægtefællen er knyttet som inspektør (d.v.s. vedkommendes ansættelsessted).

I forhold hertil bygger tilsynsrådet på en videre afgrænsning og som følge heraf et større omfang af speciel inhabilitet. Tilsynsrådet udtaler således (TR Århus), at hun vil være inhabil »i så forholdsvis mange væsentlige sager *vedrørende kommunens skolevæsen*, at hendes medlemskab måtte give anledning til betænkeligheder med hensyn til udvalgets sagsbehandling«. Og, udtaler tilsynsrådet videre, »... som gift med skoleinspektøren ved ... skole må fru ... *anses for personligt interesseret i kommunens skoleproblemer* ... Når hertil kommer den standende debat om kommunens fremtidige *skolestruktur* ..., når tilsynsrådet til det resultat, at fru ... af kommunens befolkning vil kunne anses for *mindst lige så inhabil som medlem af undervisningsudvalget som af det sociale udvalg*«. (Med dette sidste sigter tilsynsrådet til, at hun i medfør af § 29, stk. 2 var blevet anset for inhabil til at sidde i det sociale udvalg som følge af sit ansættelsesforhold som sekretær for kommunens sundhedsplejerske).

Det fremgår imidlertid ikke klart, om tilsynsrådet opererer med habilitetsmæssig identitet mellem ægtefællen og den kommunalt ansatte, og i forbindelse hermed tilslutter sig en afgrænsning af de specielle habilitetskrav, hvorefter kommunalt ansatte betragtes som inhabile i forhold til struktursager, der vedrører den forvaltningsgren til hvilken de er knyttet, eller om tilsynsrådets afgørelse bygger på en konkret vurdering af strukturspørgsmålets betydning for *vedkommende ansættelsessted*. Der var nemlig af klagerne blevet peget på en mulig konkret foreliggende interessekonflikt i forbindelse med strukturspørgsmålet, idet det oplyses, at en klassedeling ved den skole, ved hvilken hendes mand gjorde tjeneste »havde haft til følge, at hendes mand var blevet forfremmet fra førstelærer til skoleinspektør«.

Kommunalbestyrelsen afviser imidlertid, at der foreligger en sådan

Tredje del. Kap.VIII.4.5.2.

inhabilitetsbegrundende konflikt, og så meget desto mere at en sådan som anført af klagerne konkret skulle have indvirket på trufne beslutningers saglige rigtighed.

Dette forsøg fra kommunalbestyrelsen på via en konkret interessevurdering at dokumentere den manglende eksistens af et inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold, ændrer ikke tilsynsrådets opfattelse. Det er imidlertid vanskeligt af sagen at se, om tilsynsrådet for så vidt deler kommunalbestyrelsens opfattelse, at der ikke foreligger en konkret interessekonflikt, og blot fastholder en mere intens afgrænsning på formaliseret grundlag. Med sin fastholden af hendes inhabilitet via henvisning til tillidshensynet foretager tilsynsrådet en kobling til styrelseslovens § 29, stk. 2, jfr. rådets passus om, »at det for tilsynsrådet var afgørende, om et kommunalbestyrelsesmedlems interesse i en sags udfald kan give borgerne anledning til tvivl om, hvorvidt vedkommende står fuldstændig upartisk, når sagen skal afgøres«, og at »fru ... af kommunens befolkning vil kunne anses for mindst lige så inhabil som medlem af undervisningsudvalget som af det sociale udvalg«.

At tilsynsrådet således, også bortset fra de i sagen liggende indicier for en konkret interessekonflikt har anset hende for specielt inhabil, synes udover at grundlaget for befolkningens tillid bl.a. antages at være hendes generelle inhabilitet i det sociale udvalg som følge af § 29, stk. 2 også at fremgå af rådets efterfølgende passus om, at »som gift med skoleinspektøren ved X skole, måtte ... anses for personligt interesseret i kommunens skoleproblemer, og når hertil kom den standende debat om kommunens fremtidige skolestruktur ...«.

Kommunalbestyrelsen påklager tilsynsrådets afgørelse til indenrigsministeriet. Også over for indenrigsministeriet lægger kommunalbestyrelsen vægt på en konkret vurdering af de involverede interessers art og omfang i henseende til spørgsmålet om fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet. Og grundlaget herfor er en retsopfattelse, hvorefter de ydre grænser for speciel inhabilitet drages ved spørgsmål af betydning for den kommunalt ansattes *ansættelsessted*. Det anføres således, »at fru ... vil være inhabil i enkelte sager vedrørende hendes mands skole men næppe i større omfang end hvad de øvrige kommunalbestyrelsesmedlemmer vil være udsat for i kraft af deres erhverv«.

Efter at have understreget at det påhviler kommunalbestyrelsen efter en »konkret bedømmelse at træffe beslutning om, hvorvidt det pågældende

kommunalbestyrelsesmedlem må anses for udelukket fra medlemskab af vedkommende udvalg», sanktionerer indenrigsministeriet tilsynsrådets afgørelse. Om indenrigsministeriet som grundlag herfor reelt har afprøvet forholdet mellem tilsynsrådets og kommunalbestyrelsens retsopfattelse og de hertil knyttede konkrete interessevurderinger, er ikke klart, idet ministeriet blot gentager den af tilsynsrådet anførte argumentation: »Den af kommunalbestyrelsen truffne afgørelse kan sættes ud af kraft af tilsynsmyndigheden i medfør af styrelseslovens § 61, stk. 1, såfremt beslutningen findes stridende mod loven. Tilsynsrådet har ved afgørelsen lagt vægt på, at ... ofte vil befinde sig i en konkret interessekonflikt ..., og indenrigsministeriet har herefter ikke fundet grundlag for at tilsidesætte tilsynsrådets udøvede skøn over betænkelighederne ved ...'s fortsatte medlemskab«.

Som grundlag for afgørelsen henviser indenrigsministeriet alene til de almindeligt anvendte standardformler for bedømmelsesgrundlagets karakter og indhold, *) og der gives ikke herudover noget selvstændigt bidrag til den habilitetsmæssige afgrænsning af den ægteskabelige tilknytning til kommunalt ansatte.

Det gør derimod ombudsmanden, som klart drager grænserne for de inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning videre end til sager af betydning for vedkommendes ansættelsessted, og lader denne afgrænsning være af betydning også ved bedømmelsen af ægtefællers habilitet. Ombudsmanden udtaler således (FOB 1975 s. 158), at »med hensyn til den foreliggende sags omstændigheder skal jeg udover at henvise til sagsfremstillingen ovenfor særligt bemærke, at det efter min mening må lægges til grund, at ... *på grund af sit ægteskab med ... ved X skole, ville være inhabil ikke alene ved behandlingen af udvalgets sager, der specielt vedrørte X*

*) Indenrigsministeriet lægger afgørende vægt på »hensynet til udvalgets uhindrede arbejde ... Heri ligger bl.a., at et udvalg normalt skal være fuldtalligt ved sagens behandling og afgørelse, og at en kommunalbestyrelse derfor må være afskåret fra at udpege et medlem ... såfremt det på forhånd må være åbenbart, at vedkommende vil være inhabil ved behandlingen og afstemningen af en så stor del af de sager, der verserer for det pågældende udvalg, at det må give anledning til væsentlige betænkeligheder med hensyn til effektiviteten i udvalgets sagsbehandling. Der må derfor lægges vægt ikke blot på antallet af sager men også på betydningen af de sager, hvori den pågældende må anses for inhabil«

Tredje del. Kap.VIII.4.5.2.

skole, men i betydeligt omfang også ville være det ved behandlingen af generelle skolespørgsmål ...«.

Ombudsmanden synes således, som grundlag for sin antagelse af generel inhabilitet, at drage grænserne for ægtefællens specielle habilitet i udvalget i overensstemmelse med afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for den ansatte selv i *kommunalbestyrelsen*. Det synes ikke som om ombudsmanden opererer med en mindre intens afgrænsning af de for ægtefæller gældende habilitetskrav. *)

At bedømmelsesgrundlagets principielle fundering i konkrete interessevurderinger i modsætning til analog anvendelse af § 29 også faktisk kan resultere i habilitetsafgørelser, der afviger fra det resultat § 29 betinger, fremgår af et tilfælde vedrørende spørgsmålet, om et kommunalbestyrelsesmedlem på grund af sit ægteskab med en lærer, der er ansat ved en af kommunens skoler, må anses for inhabil ved behandlingen af sager vedrørende kommunens skolevæsen. Det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem er formand for kulturelt udvalg. **)

Udover at tilsynsrådet tilslutter sig denne retsopfattelse, synes der også i rådets udtalelse at ligge en forudsætning om en endog meget snæver afgrænsning af de inhabilitetsbegrundende forhold. Rådet udtaler således, at man kan »tilslutte sig den af kommunalbestyrelsens flertal tilkendegivne opfattelse, at det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem ikke kan anses for inhabil ved behandlingen af sager om kommunens skolevæsen«.

Tilsynsrådet udelukker ikke, at den ægteskabelige tilknytning kan bevirke speciel inhabilitet, men rådet synes i denne henseende enten at tilslutte sig en afgrænsning, hvorefter kun meget direkte grader af forbin-

*) Jfr. kap. VII og *Rønsholdt*: Juristen 1980 afsn. 3.1.3. s. 406ff. Det fremgår heraf, at ombudsmanden i hvert tilfælde på dette tidspunkt antager en mere intens afgrænsning end den af indenrigsministeriet senest tilkendegivne, jfr. kap. VII afs. 4.

**) TR Roskilde amt 1977-089-6-99-11 af 22/4 1977. Det fremgår ikke klart, om habilitetsspørgsmålet både vedrører vedkommendes medlemskab af udvalget og vedkommendes specielle habilitet i kommunalbestyrelsen, idet spørgsmålets genstand fremtræder som sager om »kommunens skolevæsen« i det hele taget. I det følgende antages begge disse habilitetsspørgsmål at være omfattet af tilsynsrådets behandling.

delse mellem vedkommende ansatte og den primære sag anerkendes som inhabilitetsgrund, og/eller at en sådan snæver forbindelse i hvert tilfælde er forudsætningen for en habilitetsmæssig identifikation mellem ægtefællen og den ansatte. Tilsynsrådet formulerer således sit forbehold over for fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet med en udtalelse om, at »dette udelukker ikke, at der i en konkret situation *kan foreligge sådanne særlige omstændigheder*, der bevirker, at den pågældende bør undlade at deltage i sagens behandling«.

Også den anvendte sprogbrug giver således udtryk for antagelsen af en forudsætning om, at inhabilitet i forhold til spørgsmål om det kommunale skolevæsen er en relativ sjælden foreteelse. Denne retsopfattelse er helt i harmoni med den, der kommer til udtryk i en fra det samme tilsynsråd hidrørende udtalelse i den ovenfor omtalte sag, hvorefter ægtefællen gift med stadsingeniøren »kun i meget begrænset omfang må anses for specielt inhabil« i forhold til kommunalbestyrelsens behandling af sager, der hidrører fra teknisk forvaltnings område.

Det fremgår således heraf, at såvel ombudsmanden som tilsynsmyndighederne bygger deres afgørelser på et bedømmelsesgrundlag, der principielt har karakter af konkrete interessevurderinger. Som afgørende kriterium sættes omfanget af speciel inhabilitet. Udover de direkte tilkendegivelser i denne henseende bestyrkes indtrykket af divergenser i henseende til de specielle habilitetskravs afgrænsning, jfr. kap. VII.

Det er herudover klart, at der på det anførte grundlag kan udledes til regler grænsende retningslinjer om generel inhabilitet for ægtefæller til kommunalt ansatte, når disse er placeret i ledende stillinger. Således udtaler ombudsmanden i sagen om ægtefællen til kommunens stadsingeniør bl.a., at han støtter indenrigsministeriets afgørelse/grundsætning, hvorefter »et kommunalbestyrelsesmedlem, der er gift med kommunens stadsingeniør, er afskåret fra medlemskab af kommunens tekniske udvalg«. Dette sker med en henvisning til, at dette resultat *er i overensstemmelse med ombudsmandens og indenrigsministeriets afgørelse i sagen, om en ægtefælle kan være medlem af kulturelt udvalg* (FOB 1975 s. 158 og IM 1974/12012/1403-1 af 10. marts 1975).

De tre omhandlede sager repræsenterer hver især tilfælde af ægteskabelig tilknytning til ansættelsesforhold, som er forskelligt placeret i det kommunalt administrative hierarki. At denne hierarkiske placering indgår i bedømmelsesgrundlaget udtrykkes af ombudsmanden i forbindelse med

Tredje del. Kap.VIII.4.5.2.

sanktioneringen af indenrigsministeriets afgørelse, hvorefter ægtefællen til stadsingeniøren er generelt inhabil i forhold til teknisk udvalg. Ombudsmanden udtaler i sin argumentation for dette resultat, at »denne opfattelse må da også forekomme konsekvent i forhold til det standpunkt, som indenrigsministeriet og jeg indtog ... vedrørende spørgsmålet, om en ægtefælle til en skoleinspektør kunne være medlem af vedkommende kommunes undervisnings- og kulturudvalg ...«. Hertil følger ombudsmanden i en parentes, at »denne sidstnævnte kunne vel i øvrigt forekomme mere tvivlsom, idet den pågældende skoleinspektør ikke var ledende skoleinspektør men skoleinspektør ved en af kommunens flere skoler« (FOB 1979 s. 412).

I denne sammenhæng benyttes sammenligningen mellem de forskellige placeringer i hierarkiet som en afortiori slutning til generel inhabilitet på grund af ægteskab med stadsingeniøren. Om udtalelsen også kan danne grundlag for en nedre afgrænsning af de ansættelsesforhold, der betinger ægtefællers generelle inhabilitet, forekommer derimod tvivlsomt. I så fald skulle den nedre grænse i forhold til denne kategori af ansættelsesforhold udgøres af skolelærere. En sådan afgrænsning ville ganske vist svare til resultatet i den sidst anførte sag, men hverken ombudsmanden eller indenrigsministeriet ses direkte at have taget stilling til en sådan afgrænsning.

Derimod synes den af ombudsmanden udtalte passus, hvorefter det er mere oplagt at betragte ægtefællen til en stadsingeniør end ægtefællen til en skoleinspektør for generelt inhabil, at bygge på forskelle i *udstrækningen* af den til de respektive stillinger knyttede kompetence, jfr. udtalelsen om, »at skoleinspektøren ikke var ledende skoleinspektør *men skoleinspektør ved en af kommunens flere skoler*«. Underforstået at havde der været tale om en ledende skoleinspektør med kompetence i forhold til flere (alle) kommunale skoler, havde stillingen som skoleinspektør i habilitetsmæssig henseende været sammenlignelig med stillingen som stadsingeniør. Sondringen beror således på den grad af tilknytning vedkommende har til sager, der vedrører den respektive *forvaltningsgren*. En stadsingeniør har således principielt kompetence i forhold til samtlige de ansættelsessteder, der udgør forvaltningsgrenen teknisk forvaltning. I forhold hertil er en skoleinspektørs kompetence begrænset til en enkelt ansættelsessted (den pågældende skole) blandt de flere ansættelsessteder, der tilsammen udgør forvaltningsgrenen det kommunale skolevæsen.

Hvor stor en forskel kompetencens udstrækning i denne henseende betinger må naturligvis afhænge af, om og i bekræftende fald hvilken betydning sondringen *ansættelsessted/forvaltningsgren* spiller for afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning. Lægges en afgrænsning til grund, hvorefter ansatte med udelukkende kompetencemæssig tilknytning til det enkelte forvaltningssted i vidt omfang også er specielt inhabile i forhold til spørgsmål, som ikke direkte er af betydning for dette ansættelsessted, men derimod for den forvaltningsgren til hvilken ansættelsesstedet hører, har det i habilitetsmæssig henseende mindre betydning, om vedkommendes kompetence er afgrænset snævert til et enkelt ansættelsessted eller er afgrænset videre til den pågældende forvaltningsgren eller større dele af denne. Hvis derimod omvendt inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader i det væsentlige begrænses til at omfatte spørgsmål af betydning for vedkommendes ansættelsessted, bliver den kompetencemæssige afgrænsning i forhold til begrebet forvaltningsgren naturligvis af central betydning.

Som anført i kap VII om speciel habilitet i kommunalbestyrelsen synes ombudsmanden i et vist omfang at bygge på en afgrænsning, hvorefter også tilfælde af indirekte/afledt betydning for det pågældende ansættelsessted kan begrunde inhabilitet, omend forbindelsen til dette ansættelsessted fordres kvalificeret. Den af ombudsmanden anførte udtalelse synes da heller ikke at være udtryk for, at spørgsmålet om kompetencens afgrænsning i forhold til den pågældende forvaltningsgren er af nogen afgørende betydning, jfr. ombudsmandens formulering i udtalelsen om, at afgørelsen om skoleinspektørens hustru »*kunne vel i øvrigt forekomme mere tvivlsom*«, idet den pågældende skoleinspektør ikke var ledende skoleinspektør, men skoleinspektør ved en af kommunens flere skoler«, sammenholdt med at ombudsmanden statuerer generel inhabilitet for såvel ægtefællen til skoleinspektøren som ægtefællen til stadsingeniøren.

Nedprioriteringen af dette element i habilitetsvurderingen harmonerer udmærket med ombudsmandens bedømmelsesgrundlag vedrørende speciel inhabilitet i kommunalbestyrelsen. Formodningen for de ansattes identifikation med ansættelsesstedet og de øvrige personalemedlemmers/gruppers interesser har på tilsvarende vis i forhold til disse habilitetskrav til følge, at ansættelsesforholdets indhold og dets placering i hierarkiet kun spiller en marginal rolle i bedømmelsesgrundlaget. Jfr. således ombudsmandens udtalelser om, at han »ikke finder det *betydningsløst*, om vedkommende

Tredje del. Kap.VIII.4.5.2.

har en mere eller mindre overordnet/underordnet stilling«, og i forbindelse hermed ombudsmandens udtalelse om, at *»hovedsynspunktet må dog være, at de ovenfor omtalte retningslinjer finder anvendelse med hensyn til alle fastere ansættelsesforhold ved skolen«*. Hvor grundlaget for vurderingen derimod er tendensen til at afgrænse de specielt inhabilitetsbegrundende tilknytningsgrader i retning af, at vedkommende skal have en *egen interesse* i snæver forstand, således at det ikke i sig selv er inhabilitetsgrund, at spørgsmålet har betydning for vedkommendes ansættelsessted, når det ikke berører vedkommende personligt, må spørgsmålet om stillingens karakter og placering i ansættelseshierarkiet naturligvis også få en mere fremtrædende plads i habilitetsvurderingen.

Sammenfattende kan således anføres, at såvel tilsynsmyndighedernes som ombudsmandens habilitetsafgørelser i denne periode klart forudsættes funderet på konkrete interessevurderinger. Heraf følger muligheden for ikke at slutte fra den kommunalt ansattes inhabilitet i medfør af styrelseslovens § 29, stk. 2 og 3 klart holdes åben, en mulighed som også i en enkelt tilsynsrådsafgørelse faktisk udnyttes, uden at hverken indenrigsministeriet eller ombudsmanden ses at have reageret heroverfor.

At der ikke herudover ses afgørelser, som afviger fra den i § 29 tilkendegivne retsstilling, kan bero på, at bedømmelsesgrundlaget meget snævert er koblet til spørgsmålet om omfanget af speciel inhabilitet. I betragtning af, at de for kommunalt ansatte gældende specielle habilitetskrav i denne periode tendentielt afgrænses yderst intensivt, jfr. også de forudsætninger, der i denne henseende kommer til udtryk i de enkelte afgørelser, er det ikke overraskende, at blot delvis identifikation ægtefæller imellem resulterer i generel inhabilitet.

Også herudover vil retsanvendelsens større eller mindre sammenfald med de i § 29 formulerede regler være af begrænset betydning for besvarelsen af det her omhandlede spørgsmål, al den stund retsstillingen i medfør af § 29 for de kommunalt ansatte selv i denne periode var alt andet end afklaret. Hertil kommer at den behandlede praksis er centreret om højt placerede kommunalt ansatte i forhold til hvilke usikkerheden var mindst udtalt.

Man kan således - under hensyntagen til den almindelige usikkerhed med hensyn til § 29's afgrænsning - konstatere sammenfald i retsstillingen for kommunalt ansatte og disses ægtefæller.

I den anden periode op til vedtagelsen af § 29, stk. 4 synes en retsopfattelse, hvorefter bedømmelsesgrundlaget principielt bygger på konkrete interessevurderinger at blive fortrængt af en retsopfattelse, som - uden formelt at antage analogi fra - så dog forudsætter, at indholdet af de for ægteskabelig tilknytning gældende habilitetskrav er identisk med indholdet af § 29, stk. 2 og 3.

På skolevæsenets område giver dette sig udtryk i, at der uden videre statueres inhabilitet i forhold til kommunalbestyrelsesmedlemmer gift med lærere (IM 1981/123/0708-7 og 1982/123/1617-2. Jfr. FOB 1982 s. 111).

Denne retsstilling fastslås også af tilsynsrådet med henvisning til den praksis »indenrigsministeriet har fastlagt i tidligere sager« (TR Ringkøbing 089-0-99-26-82 af 18. november 1982). Jfr. ligeledes en anden tilsynsrådsafgørelse, hvor der med henvisning til »indenrigsministeriets almindelige udtalelser (skrivelse af 13. januar og 20. april 1982), hvorefter kommunalbestyrelsesmedlemmer gift med en lærer ved kommunens skolevæsen er generelt inhabil i kulturudvalget, statuerer at tre medlemmer af kulturelt udvalg i X kommune er generelt inhabile« (TR Århus 089-751-90-165-1982 af 27. maj 1982). Og med henvisning til at rådmandshvervet i en magistratsstyret kommune »må vurderes efter tilsvarende retningslinjer« som udvalgsmedlemmer i udvalgsstyrede kommuner, statueres at en rådmand er generelt inhabil i forhold til rådmandshvervet, når hans ægtefælle er ansat som lærer under rådmandens magistratsafdeling (TR Århus 089-751-90-165-1982 af 21. oktober 1982).

Også for så vidt angår lavere placerede stillinger/funktioner praktiseres en regel identisk med § 29, stk. 2 og 3. Et kommunalbestyrelsesmedlem, hvis ægtefælle er ansat som sekretær for en af den sociale forvaltnings behandlergrupper, kan således ikke indvælges i det sociale udvalg (IM 1981/123/0618-6, jfr. FOB 1982 s. 111). Og på linje hermed fastslår et tilsynsråd med henvisning til afgørelser, som indenrigsministeriet »som øverste tilsynsmyndighed har truffet«, at et kommunalbestyrelsesmedlem er generelt inhabil som medlem af det sociale udvalg, når ægtefællen er ansat som hjemmesygeplejerske under det sociale udvalg forvaltningsområde (TR Ringkøbing 089-0-99 -34-82, af 18. november 1982).

Heller ikke kriterier vedrørende ansættelsesforholdets omfang og karakter af heltids/deltidsbeskæftigelse bevirker en anden retsstilling, end den der følger af § 29, stk. 2 og 3. Således statueres generel inhabilitet i forhold

Tredje del. Kap.VIII.4.5.2.

til socialudvalget, når vedkommendes ægtefælle er ansat som assistent i en selvejende institution med et ugentligt timetal på 20. Og tilsvarende statueres generel inhabilitet i forhold til et kommunalbestyrelsesmedlem, hvis ægtefælle er ansat som hjemmehjælper i kommunen med et garanteret timetal på 17 (TR Ringkøbing 089 -0-99-25-82 af 18. november 1982). Og et kommunalbestyrelsesmedlem er generelt inhabil som medlem af socialudvalget, når ægtefællen er ansat som pædagogmedhjælper i en kommunal børnehave med 22 timers arbejde (TR Århus 089-713-90-25-1982 af 15. september 1983).

Tilsvarende gælder, at også den undergrænse, som sættes i henseende til stillingens hierarkiske placering i forbindelse med tilknytningens karakter af hel- eller deltidsbeskæftigelse synes identisk med de grænser, der sættes for den kommunalt ansatte selv. Således statueres ikke generel inhabilitet i forhold til kulturelt udvalg på grund af ægteskabelig tilknytning til en rengøringsassistent på en skole med 15 timer om ugen (TR Århus 089-713-90-25-1982 af 15. september 1983).

Om man på baggrund heraf vil tale om analogi fra § 29 eller om anvendelsen af de hensyn, der ligger til grund for § 29 »i fuld udstrækning« må være uden praktisk betydning.

Formel lov som reguleringsmiddel kan ses som en nødvendighed, fordi § 29, stk. 4 klart er udtryk for ønsket om fravigelse af grundsætningen om ægtefælleidentifikation. Denne identifikation synes i hele perioden - uanset bedømmelsesgrundlagets fremtrædelsesform - faktisk at have været en realitet. Og den usikkerhed, der i den først angivne periode præger retsanvendelsen, må nok i det væsentlige ses som en afspejling af den usikkerhed, som i almindelighed også gjorde sig gældende med hensyn til habilitetskravene gældende for de kommunalt ansatte selv.

På den anden side har de retsanvendende myndigheder i vidt omfang fastholdt eksistensen af et rets- og bedømmelsesgrundlag, som principielt åbner adgang for konkrete interessevurderinger med heraf følgende mulig afvigelse fra retsstillingen i medfør af § 29. Men også i forhold til et sådant - af § 29 »uafhængigt« - retsgrundlag kan valget af formel lov som reguleringsform ses som en nødvendighed. Nemlig i det omfang retsstillingen i medfør af § 29, stk. 4 efter sit indhold må betragtes som inadækvat i forhold til den samlede udvikling på området og/eller i forhold til hensynene, der ligger til grund for habilitetskravene, jfr. nedenfor afsnit 6 og 7.

5. Generelle habilitetskrav iøvrigt som disse afgrænses af kriterierne kommunale ansættelsesforhold og udvalgets kompetence

Som afgørende retsfaktum anfører styrelseslovens § 29 to forhold. Der skal foreligge et kommunalt ansættelsesforhold. Og dette ansættelsesforhold skal henhøre under det udvalg, i forhold til hvilket vedkommendes habilitet vurderes. Er en af disse betingelser ikke opfyldt, er forholdet ikke direkte omfattet af § 29. Dette er imidlertid som anført ovenfor ikke ensbetydende med, at retsvirkningen generel inhabilitet ikke på andet retsgrundlag kan indtræde.

I det følgende vil forskellige andre kategorier af tilfælde end de ovenfor behandlede blive søgt analyseret med henblik på spørgsmålet om retsgrundlagets og i snæver forbindelse hermed bedømmelsesgrundlagets karakter og indhold. Emnet er således fortsat, hvordan grænserne for anvendelse af § 29 drages samt disse grænsers betydning for afgrænsningen af grundsætninger, som i øvrigt måtte gælde for tilknytningsforhold omfattet af den her omhandlede interesselype.

5.1. Afgrænsning på grundlag af kriteriet ansættelsesforhold

Om et ansættelsesforhold er omfattet af § 29 afhænger som anført af stillingens faktiske karakter og placering i modsætning til dens benævnelse (*Harder*: I 4. udg. s. 320). I forlængelse heraf kan det spørgsmål rejses, om kun kommunale ansættelsesforhold i snæver forstand er omfattet uden mulighed for også at inddrage tilfælde, som uden at have karakter af sådanne ansættelsesforhold dog på grundlag af konkrete vurderinger af ansættelsens art og omfang sammenholdt med de til grund for § 29 liggende hensyn, reelt frembyder de samme habilitetsproblemer som de, der er direkte omfattet af § 29's ordlyd.

Til illustration af denne problemstilling kan anføres et tilfælde, hvor der på grundlag af en meget formel afgrænsning nærmest sluttes modsætningsvis fra § 29, stk. 2. Sagen vedrører spørgsmålet, om styrelseslovens § 29 er til hinder for, at lederen af idrætsparken i kommunen kan være medlem af økonomiudvalget (TR Frederiksborg 089-217-19-14-1977 af 4. november 1977).

Det oplyses, at idrætsparkens udgifter afholdes af kommunen. Idrætsparken er en selvejende institution, ifølge hvis vedtægter dens daglige leder

Tredje del. Kap.VIII.4.5.2.

ansættes og afskediges af bestyrelsen, der også fastsætter vilkårene for lederens virksomhed. Bestyrelsen består af ni medlemmer, som er det af kommunen nedsatte idrætsudvalg plus 4 medlemmer af kommunens sportsunions bestyrelse.

Tilsynsrådet udtaler, at »den daglige leder af idrætsparken kan *ikke betragtes som ansat i kommunens tjeneste* ... og der foreligger efter tilsynsrådets opfattelse ikke ved den pågældende ansættelse som daglig leder forhold, der udelukker ham fra at være medlem af økonomiudvalget«.

I betragtning af at den selvejende institution finansieres af kommunen, og at kommunalbestyrelsen med flertal i institutionens bestyrelse også administrativt har fuld kontrol med institutionens virksomhed og drift, og via et flertal i bestyrelsen har afgørende indflydelse på den daglige leders ansættelse, afskedigelse og arbejdsforhold, må afgrænsningen af kriteriet *kommunal ansættelse* i § 29 siges at være af meget formel karakter.

På grundlag af en real interessevurdering må man vel komme til det resultat, at ansættelseskompetence tillagt en bestyrelse, af hvis ni medlemmer de fem er det af kommunalbestyrelsen nedsatte idrætsudvalg, reelt svarer til en kommunal ansættelse ved kommunalbestyrelsen. Når hertil kommer, at alle udgifter til drift og anlæg af idrætsparken afholdes af kommunen, og at alle sager vedrørende kommunens forhold til idrætsparken skal forelægges økonomiudvalget, jfr. styrelseslovens § 18, stk. 3, må man vel nå til det resultat, at de hensyn, der ligger til grund for forskriften i § 29, stk. 2 i vidt omfang også reelt er tilstede i det foreliggende tilfælde.*)

Genstanden for et udvalgs funktioner vil være den samme, uanset hvilken formel status de personer har, som er beskæftiget inden for det pågældende udvalgs område. De hensyn, der ligger til grund for § 29, stk. 2, synes også i vidt omfang at gøre sig gældende uafhængigt af det angivne formelle ansættelseskriterium. Da de specielle habilitetskrav principielt er af samme indhold og gyldighed uanset om vedkommende medlems tilknytning til den primære sag udspringer af ansættelse eller et andet grundlag, vil garanti-hensynet samt det teknisk/administrative hensyn at undgå fremtidig

*) Afgørelsen er truffet før ændringen af § 29 med dens tilføjelse af stk. 3, der særlig vedrører medlemskab af økonomiudvalget. I forhold til denne bestemmelse ville spørgsmålet være, om tilfældet er omfattet af kriteriet »leder« af ...

funktionsforstyrrelser som følge af speciel inhabilitet også være af relevans, selvom der ikke formelt er tale om et kommunalt ansættelsesforhold. Hvad angår hensynet til at bevare og udbygge befolkningens tillid til den offentlige forvaltning, synes det indlysende, at en afskæring af bestemmelsens anvendelsesmuligheder på et så formelt grundlag må virke uforståeligt.

Konklusionen må således blive, at tilfælde, der reelt er dækket af eller svarer til kriteriet ansættelsesforhold i § 29, stk. 2, bør omfattes af denne bestemmelse eller uskrevne grundsætninger af tilsvarende indhold (Jfr. også indenrigsministeriets afgørelse i sagen om lederen af en selvejende institution kan være medlem af det sociale udvalg afsnit 5.2.). I det foreliggende tilfælde synes der imidlertid nærmest at blive sluttet modsætningsvis fra § 29, stk. 2. Den sproglige formulering af tilsynsrådets afgørelse tyder på, at rådet foruden anvendelsen af § 29, stk. 2 har overvejet og taget stilling til, om der kunne statueres inhabilitet på andet grundlag end denne bestemmelse. Efter således at have udtalt, at lederen af idrætsparken »ikke kan betragtes som ansat i kommunens tjeneste« udtaler tilsynsrådet endvidere, »at der ... ikke med den pågældendes ansættelse som daglig leder af idrætsparken foreligger forhold, der udelukker ham fra at være medlem af økonomiudvalget«.

Tilsvarende kan anføres en sag, om stillingen som løst ansat timelønnet kontormedhjælper ved fritids- og ungdomsklubberne i den kommunale institution ... og formandskab for børne- og ungdomsværnet er foreneligt med medlemskab af kommunens socialudvalg. Indenrigsministeriet udtaler, »at kontormedhjælpere ansættes af afskediges af forstanderen for klubberne, således at der *ikke er noget direkte ansættelsesforhold til kommunen ...*« (IM 1970/1201/0310-1 af 17. juli 1970).

Hvilken rolle dette forhold har spillet for afgørelsen, er vanskeligt at sige, idet allerede ansættelsesforholdets løsere karakter formentlig kan bære ministeriets afgørelse om, at vedkommende er habil, jfr. ovenfor afsnit 4.1.3.

At analogi- eller analogilignende slutninger fra § 29 ikke er noget ukendt fænomen fremgår allerede af det forhold, at der før præciseringen af kriteriet ansættelsesforhold ved lovændringen i 1977, efter hvilken der lægges afgørende vægt på kommunalbestyrelsens stilling som ansættelsesmyndighed, blev sluttet analogt i forhold til lærere ved det kommunale skolevæsen. Såvel tilsynsmyndighederne som den kommunalretlige teori

Tredje del. Kap. VIII.5.1.

(jfr. afsnit 4.2.) betragtede det således også før ændringen af § 29, stk. 2 som et sikkert resultat, at folkeskolens lærere var omfattet af bestemmelsen (jfr. *Harder*: Dansk kommunalforvaltning 4. udg. s. 321). Et modsat resultat ville også nærmest forekomme formalistisk. Selv om lærere i folkeskolen i medfør af lov nr. 291 af 18. juni 1969 ikke ansættes som kommunale tjenestemænd, er de dog ansat i folkeskolens tjeneste, og denne folkeskole er i medfør af samme lovbestemmelse den kommunale skole. I medfør af lov nr. 44 af 9. februar 1970 om styrelsen af kommunernes skolevæsen, jfr. § 7, ansætter kommunalbestyrelsen lærere ved kommunens skoler og undervisningsvæsen. Afskedigelse efter ansøgning eller ved opnået 70-års alder foretages ligeledes af kommunalbestyrelsen, hvorimod uansøgt afskedigelse af en fastansat lærer foretages af undervisningsministeren (se nu lovebekendtgørelse nr. 24. af 20. januar 1978 § 1, jfr. *Harder*: Dansk kommunalforvaltning I, 4. udg. s. 321).

I en sag udtaler tilsynsrådet da også, at »selvom lærere således ikke har status som egentlige kommunale tjenestemænd, synes deres ansættelsesmæssige tilknytning til kommunen efter den gældende lovgivning dog så snæver, at de i henseende til inhabilitet bør sidestilles med kommunalt ansatte. Tilsynsrådet er derfor af den opfattelse, at en analogislutning fra bestemmelsen i styrelseslovens § 29, stk. 2 må være berettiget, og »at den pågældende lærers medlemskab af økonomiudvalget herefter må være udelukket« (TR Nordjylland 089-5-90-1-1976 af 13. februar 1976).

Selv om denne afgørelse helt klart bygger på en analogislutning fra § 29, stk. 2 er det nok et spørgsmål, om netop skolelæreres forhold til denne bestemmelse er velegnet til generelt at belyse § 29's betydning for afgrænsningen af de generelle habilitetskrav. Indenrigsministeriet og den kommunalretlige teori har således stedse anset det for selvfølgeligt, at folkeskolens lærere *direkte* var omfattet af § 29, stk. 2 (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 321 og *Harder/Espersen*: Kommenteret styrelseslov, 4. udg. 1981 s. 109). Den uoverensstemmelse der i denne henseende eksisterede i forhold til lærernes organisationer og undervisningsministeriet synes af indenrigsministeriet mere at blive betragtet som politisk betonet. Indenrigsministeriet udtaler således, at det navnlig var lærerforeningens og undervisningsministeriets standpunkt, »der bevirkede, at indenrigsministeriet opgav den tanke at søge de opståede tvivlsspørgsmål om rækkevidden af § 29, stk. 2 løst ved udsendelse af en fortolkende cirkulæreskrivelse, *men med bibeholdelse af den gældende formulering af*

lovbestemmelsen«. Og ministeriet udtaler videre: »Hvis lærerforeningen (og undervisningsministeriet) *vil opgive modstanden* mod at betragte lærere som udelukket fra medlemskab af det stående udvalg, hvorunder skolevæsenets anliggender hører, *vil tanken om at løse problemerne uden lovgivning* men ved udsendelse af en cirkulæreskrivelse formentlig påny blive aktuel« (Indenrigsministeriets notat af 28. oktober 1975, j.nr. 1973/101-3. Jfr. notat af 23. februar 1976).

5.2. Afgrænsning på grundlag af udvalgets kompetence

På samme måde kan man spørge, om det forhold, at en sag formelt falder uden for det pågældende udvalgs kompetenceområde, altid bør være til hinder for anvendelsen af § 29, stk. 2 eller en uskreven grundsætning af tilsvarende indhold, når vedkommendes funktioner reelt, om end muligvis indirekte, har tilknytning til det pågældende udvalg.

Til illustration af problemstillingen kan anføres en sag, om lederen af den kommunale losseplads i medfør af styrelseslovens § 29, stk. 2 er afskåret fra at være formand for miljøudvalget (TR Frederiksborg 089-217-99-15 1977 af 4. november 1977).

Det følger af styrelsesvedtægten, at alle opgaver, som i henhold til miljø- og levnedsmiddellovgivningen er henlagt til kommunalbestyrelsen, og som ikke henhører under et andet udvalg, er underlagt miljøudvalget, som er identisk med udvalget for faste ejendomme.

I medfør af styrelsesvedtægtens § 31 er lossepladsens drift underlagt udvalget for kommunale værker »*som derfor også tager sig af miljømæssige opgaver omkring lossepladsens drift*«.

Tilsynsrådet udtaler, at lederen af lossepladsen ikke er udelukket fra medlemskab af udvalget, da den pågældendes arbejdsopgaver som leder af kommunens losseplads ikke i henhold til kommunens styrelsesvedtægt henhører under dette udvalg«.

Den direkte anvendelse af styrelseslovens § 29, stk. 2 afskæres således på grundlag af en formel afgrænsning af udvalgets kompetenceområde (jfr. *Harder/Espersen: Kommenteret styrelseslov* s. 138).

Som grundlag for en konkret vurdering af tilfældet baseret på de hensyn, der ligger til grund for § 29 og de generelle habilitetskrav i øvrigt, må det indledningsvis fastslås, at genstanden for et udvalgs funktioner naturligvis ikke er uafhængigt af udvalgets kompetenceafgrænsning. Falder et område uden for udvalgets kompetence, kan udvalget ikke med hensyn til dette

Tredje del. Kap.VIII.5.1.

område udøve sine normale funktioner: At forberede og udføre kommunalbestyrelsens beslutninger samt kontrollere den kommunale administrations forvaltning af området.

Imidlertid kan der på tværs af det enkelte udvalgs formelle kompetenceafgrænsning være større eller mindre faktisk forbindelse mellem udvalgets almindelige kompetence og det område habilitetsspørgsmålet angår. Således at beslutninger truffet af udvalget kan være af central betydning for det administrationsområde og dermed for det ansættelsesforhold, der er genstand for habilitetsvurderingen. Jfr. således indenrigsministeriets ovenfor anførte udtalelse om afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for udvalgene: »Det siger sig selv, at den pågældende under alle omstændigheder vil være inhabil ved behandlingen af sager, der vedrører hans egen forvaltningsgren, men dette giver næppe fornøden garanti for en forsvarlig behandling af andre forvaltningsspørgsmål, *hvorved bemærkes, at det er overordentligt vanskeligt at udskille administrationsproblemer, hvis løsning ikke kan påvirkes af forholdene i andre forvaltningsgrene*«.

Hensynet til at forebygge speciel inhabilitet kan således i visse tilfælde tale for at statuere generel inhabilitet, omend det forholdsmæssige omfang af speciel inhabilitet i hvert tilfælde i kvantitativ henseende typisk vil være mindre, end hvor det pågældende område i fuldt omfang er underlagt samtlige udvalgets beføjelser.

Hvad angår hensynet til befolkningens tillid, må man vel antage, at denne ikke i videre omfang er påvirket af distinktioner af den her nævnte art. Tværtimod må man vel forvente, at den almindelige retsopfattelse i højere grad vil lade sig styre af tilfældets fremtrædelsesform end formelle afgrænsninger af den her nævnte art. Det kan således næppe virke befordrende på denne tillid, at *lederen* af kommunens losseplads kan være *formand* for miljøudvalget.

Tendensen til at slutte modsætningsvis fra § 29 er formentlig udtryk for den omtalte tilbøjelighed til i bedømmelsesgrundlaget at fokusere på udvalgets kontrolfunktion. Imidlertid synes reale overvejelser at tale for muligheden af at kunne statuere generel inhabilitet i medfør af uskravne grundsætninger eller § 29's analogi. Selv om miljømæssige spørgsmål forbundet med lossepladsens daglige drift henhører under udvalget for kommunale værker, er kommunens almindelige miljømæssige problemer stadig underlagt miljøudvalget. Og det forhold, at lederen af lossepladsen selvfølgelig i et vist omfang vil blive afskåret fra deltagelse i behandlingen

af konkrete sager som følge af speciel inhabilitet, synes ikke afgørende at kunne mindske betænkelighederne ved, at lederen af en i miljømæssig henseende på problematisk indretning som en losseplads kan sidde på en for miljøspørgsmål så central plads som *formand for miljøudvalget*. Af initiativer forbundet med almindelige miljømæssige overvejelser kan eksempelvis nævnes det meget centrale og i mange kommuner omdiskuterede spørgsmål om overgang fra lossepladser til andre former for affaldsdestruktion/opbevaring som f.eks. forbrændingsanstalter etc.

Alligevel synes tilsynsrådet nærmest at slutte fra den manglende mulighed for direkte at anvende § 29, stk. 2 til den pågældendes habilitet. Således udtaler tilsynsrådet, at den pågældende »ikke kan anses for udelukket fra medlemskab ..., da den pågældendes arbejdsopgaver som leder af kommunens losseplads *ikke... henhører under dette udvalg*«. Denne slutning understreges i en efterfølgende konklusion: »*Som følge heraf* kan den pågældende efter tilsynsrådets opfattelse heller ikke anses for udelukket fra medlemskab ...«.

Sagen tages op af ombudsmanden og indenrigsministeriet (FOB 1979 s. 99ff). Såvel ombudsmanden som indenrigsministeriet når med forskellige grader af sikkerhed til det resultat, at tilfældet - som følge af udvalgets beføjelser over for teknisk forvaltning og dermed lossepladsen - er direkte omfattet af styrelseslovens § 29, stk. 2, hvorfor sagen som sådan aftager i betydning i forhold til det her omhandlede spørgsmål.

Men at indenrigsministeriet også i øvrigt tilslutter sig en retsopfattelse, hvorefter § 29, stk. 2 lægges til grund ved afgrænsningen af uskrevne grundsætninger, fremgår klart af praksis. Som eksempel på et tilfælde, hvor afgørelsen af vedkommedes generelle habilitet således bygger på den faktiske forbindelse mellem et kommunalbestyrelsesmedlems ansættelsesforhold og det pågældende udvalg, kan anføres en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem som følge af sin ansættelse som leder af *en selvejende daginstitution* i kommunen er afskåret fra medlemskab af det sociale udvalg (IM 1978/123/0502-1, skrivelse af 29. marts 1978).

Om retsgrundlaget udtaler indenrigsministeriet, at »en leder af en børnehave, der ejes og drives af en privat forening, *ikke direkte* er omfattet af bestemmelsen i § 29, stk. 2«. Ministeriet antager derimod eksistensen af en almindelig retsgrundsætning, som afgrænses i overensstemmelse med de til grund for § 29, stk. 2 liggende hensyn.

Om forbindelsen mellem den pågældende institution og det sociale

Tredje del. Kap.VIII.5.2.

udvalg udtaler indenrigsministeriet, at »en selvejende daginstitution, der har overenskomst med kommunen *er i vidt omfang sidestillet med en kommunal daginstitution*. Dette begrundes ministeriet med, at en sådan institution i vidt omfang vil være omfattet af det pågældende udvalgs kompetence: »Det påhviler således socialudvalget at føre tilsyn med de selvejende institutioner, ligesom udvalget behandler disse institutioners budgetter, fastsætter eller godkender takster m.v.«.

Herefter konkluderer indenrigsministeriet, at vedkommende er generelt inhabil og henviser i den forbindelse til et retsgrundlag, som faktisk er sammenfaldende med § 29, stk. 2. Ministeriet udtaler således, at »de hensyn, der er lagt til grund ved udarbejdelsen af bestemmelsen i § 29, stk. 2 må derfor efter indenrigsministeriets opfattelse bevirke, at lederen af en selvejende daginstitution, som kommunen har overenskomst med, er afskåret fra medlemskab af kommunens sociale udvalg«.

Ombudsmanden tilslutter sig i det hele denne afgørelse.

Som eksempel på en tilsvarende retsopfattelse fra tilsynsrådspraksis kan anføres en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem, der er ansat som stedfortræder for lederen af et plejehjem tilhørende en *selvejende institution* kan være medlem af det sociale udvalg i kommunen (TR Århus 0883-735-6-1979 af 5. april 1979).

Det oplyses, at den pågældende er sygeplejerske på plejehjemmet og overtager ledelsen af hjemmet under vagter i et vist omfang. *)

Tilsynsrådet henviser til den ovenfor omhandlede indenrigsministerielle retsopfattelse og fastslår på grundlag heraf vedkommendes generelle inhabilitet.

*) Den selvejende institution er knyttet til kommunen ved, at

- 1) der er oprettet overenskomst i henhold til § 79 i lov om social bistand mellem kommunalbestyrelsen og bestyrelsen for den selvejende institution
- 2) det sociale udvalg fører i henhold til bistsandslovens § 82 *tilsyn med den daglige drift af plejehjemmet*. Jfr. § 29, i kommunens styrelsesvedtægt.
- 3) kommunalbestyrelsen skal *godkende* ansættelse af leder, budget og regnskab.
- 4) kommunalbestyrelsen fører kontrol med institutionens økonomiske dispositioner samt fører tilsyn med hjemmet. Disse beføjelser udøves af det sociale udvalg.

§ 29, stk. 2 anvendes således også på analogilignende vis ved afgrænsningen af de uskrevne grundsætninger gældende for denne interessetype.

5.3. Generel inhabilitet som borgmester

Spørgsmålet om borgmesterhvervet er foreneligt med kommunal ansættelse vedrører ikke direkte spørgsmålet om kommunale ansættelsesforholds betydning for generel habilitet i udvalgene. Imidlertid er spørgsmålet herom indirekte af central betydning på grund af borgmesterens placering og indflydelse på forskellige kommunale beslutningsniveauer (jfr. kap. IX). Den heraf følgende snævre forbindelse til § 29 kommer klart til udtryk i en sag, om hvervet som borgmester kan anses for foreneligt med stillingen som tjenestemand i folkeskolen, og om det i denne henseende gør nogen forskel, at der bevilges borgmesteren orlov fra tjenstemandsstillingen (IM 1978/1131-1000-2 af 26. juni 1978 og TR Sønderjylland 080-1-78 af 18. december 1978).

Om retsgrundlaget udtaler indenrigsministeriet, at spørgsmålet »ikke direkte er reguleret ved styrelsesloven. Det følger dog af bestemmelsen i den kommunale styrelseslovs § 29, stk. 3, at en skoledirektør eller ledende skoleinspektør er udelukket fra medlemskab af økonomiudvalget, hvorfor den pågældende må søge orlov, såfremt han vælges som borgmester«. Herudover antager indenrigsministeriet, »at de hensyn, der ligger bag bestemmelsen også afskærer en borgmester fra fremtidigt at være ansat i den kommunale forvaltning«.

De af indenrigsministeriet i sagen opregnede hensyn er ganske identiske med de, der antages at ligge til grund for § 29. Ministeriet nævner således det uheldige i, at den ansatte i kommunens forvaltning som borgmester skal føre tilsyn med sin egen embedsførelse. Yderligere at borgmesteren som leder af kommunens administration vil blive sine kollegers og eventuelt sine foresattes øverste administrative leder. Og endelig er det af betydning at bevare befolkningens tillid til, at udvalgenes og forvaltningens afgørelser er baseret på saglige hensyn.

Herefter udtaler indenrigsministeriet imidlertid en principiel modifikation af disse hensyns rækkevidde på grundlag af kriterier, som ganske svarer til den retsopfattelse, der praktiseredes ved anvendelsen af § 29, stk. 2 i de første mange år efter styrelseslovens vedtagelse, ifølge hvilken selv ledende stillinger *uden administrative funktioner* ikke begrundede generel inhabilitet. Indenrigsministeriet anfører således, at »selv om de nævnte

Tredje del. Kap.VIII.5.2.

hensyn ikke gør sig gældende i fuldt samme udstrækning, når der er tale om ansatte, der alene udfører undervisningsopgaver, må det efter indenrigsministeriets opfattelse principielt også gælde, at hvervet som borgmester ikke kan bestrides samtidig med, at den pågældende varetager en stilling som lærer ved folkeskolen«.

Ministeriet statuerer således inhabilitet på trods af den anførte modifikation i hensynenes rækkevidde. Men at den i modifikationen udtrykte retsopfattelse ikke er uden praktisk betydning fremgår af det forhold, at ministeriet gør sig til talsmand for en vis begrænsning af den med generel inhabilitet afledte (rets)virkning. Ministeriet udtaler således, at man »er opmærksom på, at der kan være væsentlige pædagogiske hensyn til en skoles elever, samt et hensyn til en lærers ønske om at bevare tilknytningen til sit fag, som taler for, at en lærer i særlige situationer bevarer forbindelsen til sin skole sideløbende med hvervet som borgmester. Indenrigsministeriet skal ud fra denne betragtning ikke udtale sig imod, at en tjenestemand i folkeskolen, der vælges til borgmester, *bevarer en vis begrænset tilknytning til undervisningen ved kommunens skolevæsen«.*

På trods af sin i formen beskedne karakter synes den af indenrigsministeriet foretagne modifikation af § 29 at sætte et principielt spørgsmålstejn ved selve grundlaget for afgrænsningen af de for kommunalt ansatte gældende habilitetskrav. Som i kap. VII anført lægges der især af ombudsmanden afgørende vægt på identifikationsformodningerne de kommunalt ansatte imellem. Følgen heraf er dels udvidelse af de inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning, dels at der kun lægges ringe vægt på arten af de med ansættelsesforholdet forbundne funktioner i henseende til disses manuelle/administrative karakter, samt i snæver forbindelse hermed vedkommendes placering i det administrative hierarki.

I overensstemmelse hermed antages den ved afgrænsningen af de generelle habilitetskrav almindeligt gældende modifikation, hvorefter løse og lejlighedsvis ansættelsesforhold ikke begrundet generel inhabilitet, at skulle forstås med det forbehold, at den pågældende stilling uanset dens formelle karakter, heller ikke reelt må kunne antages at repræsentere en inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning.*)

*) Den af *Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 321 anførte betingelse om, at kommunen skal have formel indflydelse på arbejdsforholdene står ikke i modsætning hertil.

En real interessevurdering af denne type illustreres klart af ombudsmanden i en sag, om en deltidsansat sygevikar ved en skole er specielt inhabil ved kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af en ansættelsessag vedrørende udnævnelse af en skoleinspektør (FOB 1976 s. 150).

Medens indenrigsministeriet anser vedkommende for specielt inhabil, er undervisningsministeriet af en anden opfattelse, idet ministeriet ikke mener, at hendes ansættelse som vikar ved ... kommunes skolevæsen kunne indebære, »at hendes tilknytning til ... skole og dermed hendes »faglige« interesse i, hvem der blev ansat som skoleinspektør, ikke var så stærk, at man - såfremt man var blevet anmodet om en udtalelse, forinden indenrigsministeriet tog stilling til inhabilitetsspørgsmålet - næppe ville have henstillet, at hun blev betragtet som inhabil«.

Ombudsmanden tilslutter sig indenrigsministeriets opfattelse, hvorefter hun er specielt inhabil. Som grundlag for denne afgørelse foretager ombudsmanden en grundig analyse af eksisterende forskelle mellem læreres og sygevikarers løn- og ansættelsesforhold. På grundlag heraf udtaler ombudsmanden, at *»det er imidlertid noget karakteristisk, at disse forskelle indebærer, at den faste sygevikars stilling i højere grad end lærernes er afhængig af kommunens beslutning og dermed tildels også af skoleledernes indstilling«*.

I forhold hertil repræsenterer den af indenrigsministeriet i førstnævnte sag introducerede modifikation principielt en grundlæggende afvigelse. Man kan i forvejen sætte spørgsmålstegn ved, om en orlov (fra en ledende stilling) også reelt er udtryk for en svækkelse af den i ansættelsesforholdet liggende tilknytning og motiverende kraft. Hvis man herudover anerkender vedkommendes fortsatte funktionelle tilknytning (omend i begrænset omfang) til det pågældende ansættelsessted, må tilknytningsforholdet vel nærmest siges at være fuldt intakt.

Imidlertid synes indenrigsministeriet nu også at have ændret retsopfattelse, idet ministeriet som svar på spørgsmål stillet i folketinget udtaler, at *»det er uden betydning, hvilken stilling den pågældende konkret varetager i kommunen«* (IM 1982/1090-101 af 10. marts 1982).

Hermed er der for så vidt ikke nødvendigvis ændret på en retsopfattelse, hvorefter tilknytning i begrænset omfang kan tillades. Indenrigsministeriets udtalelse repræsenterer dog en klar skærpelse i forhold til udtalelsen fra 1978 om at *»de nævnte hensyn ikke gør sig gældende i fuldt samme*

Tredje del. Kap.VIII.5.3.

udstrækning, når der er tale om ansatte, der alene udfører undervisningsopgaver«.

Men at udtalelsen også opfattes som udtryk for en ændret indenrigsministeriel praksis i henseende til begrænset tilknytning fremgår klart af en tilsynsrådsafgørelse, hvor tilsynsrådet vedtager at »tage til efterretning, at indenrigsministeriet har udtalt, at hvervet som borgmester ikke lader sig forene med ansættelse i samme kommunes tjeneste, uanset hvilken stilling den pågældende varetager i kommunen« (TR Sønderjylland 080-1-78 af 21. februar 1983).

Heraf følger også efter tilsynsrådets opfattelse, at en lærer, der er ansat ved den pågældende kommunes skolevæsen, ikke kan varetage hvervet som borgmester, med mindre der bevilges ham orlov fra tjenestestillingen. Da det heri liggende brud på den tidligere gældende retsopfattelse imidlertid i forhold til den konkrete sag kan betragtes som tilbagevirkende, afstår tilsynsrådet fra at kræve ændringen i retstilstanden respekteret i indeværende valgperiode: »Under henvisning til at både indenrigsministeriet og tilsynsrådet tidligere har godkendt, at en borgmester under visse omstændigheder kunne bevare en begrænset tilknytning til folkeskolen, og da denne retsopfattelse ikke var ændret, da de to borgmestre modtog valg, skal tilsynsrådet dog ikke modsætte sig, at indenrigsministeriets ændrede holdning først får virkning fra den kommende valgperiode«.

Er tilknytningen til borgmesterembedet derimod formidlet ved samlivsforhold modificeres retsstillingen efter retningslinjer meget lig § 29, stk. 4. Indenrigsministeriet udtaler således herom, at »tilsvarende betragtninger lader sig i en vis udstrækning anføre, i forhold til samlivssituationen«, men at det dog »herved bliver af væsentlig betydning, hvilken stilling den pågældende varetager i forvaltningen«. Således vil det give anledning til »betydelige betænkeligheder, hvis den pågældende var ansat som kommunaldirektør - og dermed som borgmesterens nærmeste administrative rådgiver - eller som forvaltningschef«. Som almindelige retningslinjer anføres, at »graden af betænkeligheder aftager, jo mere underordnet en stilling den pågældende slægtning indtager ...«, men at det må afhænge af »en konkret vurdering i det enkelte tilfælde, om varetagelsen af borgmesterhvervet er udelukket« (IM 1982/1090-101 af 10. marts 1982).

5.4. Særligt om kommunalt ansattes arbejde i udvalgene

Endelig skal anføres habilitetsmæssige spørgsmål, der udspringer af for-

skellige ansættelsesmæssige funktioner inden for kommunens forskellige beslutnings/kompetenceniveauer.

Spørgsmålet kan belyses ved en sag om, hvorvidt socialinspektøren - som er medlem af kulturudvalget og teknisk udvalg - kan fortsætte som *sekretær for det sociale udvalg* (TR Ribe 089-557-99 -2-78 af 14. april 1978).

Vedkommende er således *ikke medlem af det sociale udvalg*. Tilsynsrådet udtaler, at »spørgsmålet er hverken nævnt i loven om kommunernes styrelse eller forudsat medtaget i den kommunale styrelsesvedtægt. Den juridiske litteratur har heller ikke omtalt spørgsmålet, men indenrigsministeriet har dog i skrivelse af 6. juli 1977 antaget, at de stående udvalg har samme adgang som kommunalbestyrelsen til at tillade personer, *der ikke er medlem af udvalget, at overvære møder og udtale sig i det omfang, det er ønskeligt*«. Tilsynsrådet udtaler herefter: »På dette grundlag og ud fra den forudsætning, at det sociale udvalgs medlemmer ønsker, at socialinspektøren skal fortsætte som sekretær for udvalget, skal man meddele, at der ikke i den kommunale styrelseslovgivning eller i kommunale retsgrundsætninger i øvrigt ses at være noget til hinder for, at socialinspektøren fortsætter som sekretær for det sociale udvalg«.

Det forekommer imidlertid ikke ganske utvivlsomt, om tilsynsrådets forudsætninger med hensyn til indholdet af almindelige retsgrundsætninger er helt så holdbare som det synes at fremgå af denne udtalelse.

Den omstændighed, at de stående udvalg ligesom kommunalbestyrelsen har adgang til at tillade personer - der ikke er medlemmer af udvalget - at overvære møder og udtale sig, er vel ikke ensbetydende med, at inhabilitet ikke i det konkrete tilfælde kan udelukke fra en sådan adgang. Hertil kommer, at det må gøre en forskel, om vedkommende gives tilladelse til *som udenforstående* at udtale sig, og det forhold at vedkommende er *delagtig i sagsbehandlingen*. Spørgsmålet må nærmere overvejes, bl.a. under hensyntagen til den almindelige grundsætning om habilitetsreglerne som gældende på *ethvert af sagsbehandlingens stadier*. Det kunne synes som om tilsynsrådet træffer afgørelse på grundlag af en modsætningsslutning fra det forhold at spørgsmålet ikke er *reguleret*.

For så vidt angår *speciel habilitet i kommunalbestyrelsen* bemærker tilsynsrådet »for god ordens skyld, at socialinspektøren *i kommunalbestyrelsen* (TR's understregning) vil være inhabil i *enhver sag*, der har passeret den sociale forvaltning eller det sociale udvalg eller som i øvrigt berører socialforvaltningens forretningsområde samt i sager, der vedrører socialin-

Tredje del. Kap.VIII.5.3.

spektørens eller dennes medarbejders ansættelsesforhold til kommunen«. En sådan intensiv afgrænsning af de specielle habilitetskrav gældende for udvalgene understreger den anførte tvivl om rigtigheden af tilsynsrådets retsopfattelse.

5.5. Tilknytning uden for kommunalt regi som årsag til generel inhabilitet
Udgangspunkt for belysning af denne problemstilling kan tages i en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem er inhabil som formand for kommunens miljøudvalg, når vedkommende *er ansat som fabriksinspektør ved arbejdstilsynet* (TR Fyn 1978-089-479-9-3 af 4. august 1978).

Habilitetsspørgsmålets årsag er således ikke kommunal men statslig ansættelse. At forholdet ikke direkte er omfattet af § 29 er klart. Spørgsmålet er derfor, om der på andet retsgrundlag kan statueres generel inhabilitet, og i snæver forbindelse hermed, i hvilket omfang det af ansættelsen udspringende tilknytningsforhold kan give anledning til interessekonflikter som de, der karakteriserer tilknytning ved kommunal ansættelse. Afgørende må i denne henseende blive, om arbejdstilsynets kompetence i forhold til kommunen/kommunale institutioner kan begrunde en legitim kommunal interesse i at undgå den særlige indgang for arbejdstilsynet som formandskabet for miljøudvalget repræsenterer, et spørgsmål hvis besvarelse afhænger af en konkret analyse af forholdet mellem henholdsvis arbejdstilsynets og miljøudvalgets kompetence.

Om tilsynsrådet forudsætter muligheden for at statuere generel inhabilitet er ikke klart, idet rådet - uden at tage materiel stilling til det forelagte spørgsmål - henviser til, at »afgørelsen om byrådsmedlemmers habilitet i henseende til ovennævnte lovbestemmelse skal træffes af kommunalbestyrelsen, hvis afgørelse kan indbringes for tilsynsrådet, såfremt tilsynsrådet inden spørgsmålets forelæggelse i kommunalbestyrelsen træffer afgørelse, ville tilsynsrådet afskære kommunalbestyrelsen fra at tage stilling til spørgsmålet« (TR Fyn 1978-089 -479-9-3 af 4. august 1978).

At tilsynsrådet imidlertid faktisk er af den opfattelse, at der også i forhold til sådanne tilknytningsforhold kan statueres generel inhabilitet synes at fremgå af en anden senere for rådet hidrørende afgørelse om medlemskab af miljøudvalget er foreneligt med, at vedkommende er ansat som inspektør under arbejdstilsynet (TR Fyn 1978-089-479-9-5 af 24. januar 1979).

Tilsynsrådet statuerer habilitet med henvisning til kommunalbestyrel-

sens oplysning om, at der »ikke har været sager, hvor ... har været anset for *specielt inhabil*« (kursiv indsat af TR).

I et tilfælde om et kommunalbestyrelsesmedlem, der er ansat som afdelingssekretær ved en HK-afdeling, der bl.a. omfatter vedkommendes egen kommune, kan være medlem af økonomiudvalget, tager tilsynsrådet ikke stilling til spørgsmålet om generel inhabilitet på andet grundlag end § 29 (TR Ringkøbing 089-0-99 -2-82 af 24. marts 1982).

Tilsynsrådet udtaler, at da vedkommende ikke er ansat af kommunen »er han ikke afskåret fra at være medlem af økonomiudvalget, jfr. styrelseslovens § 29, stk. 3«. Umiddelbart herefter fortsætter rådet sin udtalelse: »Derimod vil ... kunne være inhabil i konkrete personalesager, hvor han repræsenterer personale, om hvis forhold der skal træffes beslutning«.

Tilsynsrådet kommer således ikke ind på muligheden af at betragte vedkommende som generelt inhabil på andet grundlag end styrelsesloven.

6. Reguleringen bedømt i forhold til de specielle habilitetskrav

Der er en udtalt tendens til i bedømmelsesgrundlaget at henvise til reguleringen af andre interessetyper eller habilitetskrav gældende for andre organer, ligesom der ved afgrænsningen af de generelle habilitetskrav i vidt omfang henvises til afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for den samme interesse- og organtype (jfr. kap. VII, afsnit 5.2.).

En relatering af de generelle habilitetskrav til de specielle habilitetskrav vedrørende samme interessetyper er nødvendig, allerede fordi de specielle habilitetskrav er en integreret del af grundlaget for de generelle habilitetskrav (jfr. indledningen til tredje del og dette kapitels afsnit 1). I jo højere grad afgrænsningen af de generelle habilitetskrav er indrettet på foregribelse af speciel inhabilitet, jo mere adækvat vil afgrænsningen af de generelle habilitetskrav være i forhold til hensynene, der sigter mod at forebygge speciel inhabilitet.

Imidlertid må midlerne stå i rimeligt forhold til målet. At afskære en mindre risiko eller et i såvel kvalitativ som kvantitativ henseende mindre omfang af speciel inhabilitet ved at erklære vedkommende kommunalbe-

Tredje del. Kap.VIII.5.5.

styrelsesmedlem generelt inhabil vil måske nok kunne være i overensstemmelse med tillidshensynet eller den del af garantihensynet, der rækker ud over foregribelse af speciel inhabilitet, men vil på den anden side let komme i konflikt med hensynet til ikke i unødigt omfang at afskære bestemte befolknings- eller erhvervsgrupper fra kommunalt arbejde.

Den endelige vurdering af en given regulerings adækvans skal da heller ikke foretages på grundlag af et enkelt hensyn men på grundlag af en samlet afvejning af samtlige relevante hensyn.

Da grundlaget for afgrænsningen af de generelle habilitetskrav i forhold til den her omhandlede interesselype - med rette - er centreret omkring hensynet til foregribelse af speciel inhabilitet, kan forholdet mellem de generelle og de specielle habilitetskrav netop i forhold til denne interesselype tillægges en særlig vægt i vurderingen.

Denne sammenhæng mellem de generelle og specielle habilitetskrav gælder også den anden vej rundt, idet der i praksis er en udtalt tendens til i bedømmelsesgrundlaget vedrørende speciel habilitet i kommunalbestyrelsen at henvise til retstilstanden vedrørende generel inhabilitet i udvalgene. Styrelseslovens § 29, stk. 2 tages således typisk til indtægt for en intens regulering og dermed vid afgrænsning af de inhabilitetsbegrundende forhold (Se eksempelvis FOB 1977 s. 242 og ovenfor kap. VII). Allerede som følge heraf må det med henblik på en vurdering af bedømmelsesgrundlagets adækvans være relevant at undersøge karakteren og indholdet af den sammenhæng, der måtte være mellem afgrænsningen af de generelle og de specielle habilitetskrav gældende for udvalgene og de specielle habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelsen i forlængelse af det anførte ovenfor kap. VII, afsnit 5.2.

6.1. Grundlaget for at antage en mere intens regulering af speciel habilitet i udvalgene end i kommunalbestyrelsen

Som anført i kap. VII, afsnit 5.2. forudsætter især indenrigsministeriet, at de for udvalgene gældende specielle habilitetskrav i et vist omfang er strengere end de tilsvarende for kommunalbestyrelsen gældende specielle habilitetskrav. Da der imidlertid ikke gives oplysninger om denne forudsætnings grundlag, vil der i det følgende blive søgt givet et kort rids over forhold, der kan udgøre grundlaget for en sådan forudsætning.

Udgangspunktet for besvarelsen af dette spørgsmål må være forholdet mellem kommunalbestyrelsen og udvalgene, som dette kommer til udtryk i

reglerne om de respektive organers materielle, processuelle og personelle kompetence.

Uden på dette sted at gå i detaljen, kan den materielle kompetencefordeling i almindelighed beskrives således, at kommunalbestyrelsen - begrænset af lovgivningens bestemmelser - har kompetence til at træffe afgørelse i *alle* kommunale anliggender (Styrelseslovens § 2, stk. 1). Imidlertid er det nødvendigt og klart forudsat i styrelsesloven, at kommunalbestyrelsen i vidt omfang delegerer kompetence til udvalgene og/eller den kommunale administration.

Den ved styrelsesvedtægten foretagne kompetencefordeling omfatter alene kompetence til *sagsbehandling* og i forbindelse hermed til at afgive *indstillinger* til kommunalbestyrelsen. Styrelsesvedtægten omfatter således ikke den materielle kompetence til at træffe *endelige afgørelser*.*)

Bortset fra beføjelser som ved lov eller almindelige forvaltningsretlige grundsætninger er forbeholdt kommunalbestyrelsens eksklusive kompetence, kan udvalgene på grundlag af delegation fra kommunalbestyrelsen træffe egentlig afgørelse af enhver art, som henhører under kommunalbestyrelsen (*Carl Aage Nørgaard*: Sagsbehandling 1972 s. 36ff. *Erik Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 264ff. *Preben Espersen*: De kommunale beslutninger I s. 126ff. Betænkning 894/1980 s. 114ff. *Preben Espersen*: Delegation i kommunestyret 1985 s. 29).

Den mest hensigtsmæssige - og i styrelsesloven forudsatte - kompetencefordeling mellem udvalg og kommunalbestyrelse er, at udvalgene forestår den umiddelbare forvaltning, forbereder kommunalbestyrelsens beslutninger og i øvrigt træffer afgørelse i alle sager, som ikke giver anledning til vidtgående principielle overvejelser, medens kommunalbestyrelsen træffer afgørelse i alle principielle spørgsmål om kommunalbestyrelsens forhold og kommunens indretning i almindelighed.

Som anført ovenfor antager indenrigsministeriet netop lempede habilitetskrav for så vidt angår de her anførte generelle spørgsmål og spørgsmål

*) Indenrigsministeriets cirkulære nr. 62 af 27. april 1981. Indenrigsministeriet har stede afvist at stadfæste vedtægtsbestemmelser, der bemyndiger udvalg eller administration til at træffe endelige afgørelser. Man har i denne henseende henvist til at sådanne bestemmelser vil give anledning til en mængde fortolkningsproblemer.

Tredje del. Kap.VIII.6.

af betydning for en stor gruppe af kommunens borgere, jfr. kap. VI og VII.

For så vidt angår udvalgenes forberedende funktioner bemærker man sig, at afgørelsens karakter af *principbeslutning* og andre kriterier for sagsbehandlingen og afgørelsens foreløbige karakter i bedømmelsesgrundlaget indgår som elementer, der taler imod at statuere inhabilitet.

For så vidt angår udvalgenes kompetence med hensyn til *den umiddelbare forvaltning* er det vanskeligt at sige noget generelt, da dette begreb ikke indholdsmæssigt er afgrænset med en sådan præcision, at der herfra kan drages almindelige slutninger af habilitetsmæssig betydning (jfr. *Harder I* 4. udg. s. 266 samt *Rønsholdt*: Juristen 1983 s. 223f. *Preben Espersen*: Delegation i kommunestyret s. 26f).

For så vidt angår forhold omkring den *personelle* kompetencefordeling kan anføres, at den omstændighed, at udvalgene i praksis i vidt omfang overlades den endelige afgørelseskompetence i forbindelse med udvalgenes snævre sammensætning, i almindelighed må tale for en intensivering for habilitetskravene. Jfr. ombudsmandens tilkendegivelse om det uheldige i, at udvalgsmedlemmer skal træffe afgørelse om andre medlemmers habilitet, og det uheldige i at disse medlemmer i tilfælde af inhabilitet skal træffe afgørelse i sager, i hvilke udvalgskolleger har inhabilitetsbegrundende interesser.

Herudover skal særligt peges på udvalgenes *kontrollfunktioner*. Som anført har hensynet til gennemførelsen af udvalgenes kontrol traditionelt været tillagt en afgørende vægt i grundlaget for afgrænsingen af de generelle habilitetskrav gældende for kommunalt ansatte. Hvad man i øvrigt måtte mene om almindelige tendenser i retning af at nedtone formodninger om de kommunalt ansattes identifikation med og loyalitet over for ansættelsesstedet og de til dette knyttede øvrige kommunalt ansatte, så må det vel være klart, at sådanne identifikationsformodninger i særlig grad må betragtes som en socialpsykologisk realitet i forhold til kontrollfunktioner og afgørelser forbundet hermed.

For så vidt angår *processuelle* forhold skal - i snæver sammenhæng med det ovenfor anførte om medlemmernes fåtallighed - peges på, at der ikke til udvalgsbehandlingen er knyttet mødeoffentlighed.

Sammenfattende kan herefter anføres, at reglerne for udvalgenes materielle, processuelle og personelle kompetencefordeling i almindelighed

taler for forholdsmæssigt skærpede habilitetskrav, og at dette i særlig grad må gælde i forhold til udvalgenes kontrolvirksomhed.

6.2. Forholdet mellem de generelle habilitetskrav og de for udvalgene gældende specielle habilitetskrav

I forbindelse med sin stillingtagen til afgrænsningen af de generelle habilitetskrav gældende for økonomiudvalget udtaler indenrigsministeriet om udstrækningen af den specielle inhabilitet: *»Det siger sig selv, at den pågældende under alle omstændigheder ville være inhabil ved behandlingen af sager, der vedrører hans egen forvaltningsgren, men dette afgiver næppe fornøden garanti for en forsvarlig behandling af andre forvaltningsspørgsmål, hvorved bemærkes at det er overordentligt vanskeligt at udskille administrationsproblemer, hvis løsning ikke kan påvirkes af forholdene i andre forvaltningsgrene«* (IM 1971/1209/1514-1, skrivelse af 5. maj 1971).

Hvor det stående udvalgs kompetence er sammenfaldende med den forvaltningsgren, til hvilken den ansatte er knyttet, vil der således være sammenfald mellem omfanget af speciel inhabilitet i økonomiudvalget og den ansattes generelle inhabilitet i det stående udvalg, under hvilket ansættelsesforholdet hører. Og denne vide afgrænsning angiver efter ministeriets opfattelse ikke den optimale reguleringsintensitet, idet den ikke antages at afgive »fornøden garanti for en forsvarlig behandling af andre forvaltningsspørgsmål«, d.v.s. spørgsmål som ikke vedrører den forvaltningsgren, til hvilken vedkommende ved ansættelsesforholdet er knyttet.

Forholdet mellem afgrænsningen af de forudsatte specielle habilitetskrav gældende for det stående udvalg, i forhold til hvilket vedkommende er generelt inhabil i medfør af § 29, vil direkte kunne udledes heraf, idet afgrænsningen af disse krav ikke kan antages at være mindre intens end afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for økonomiudvalget.

Den af indenrigsministeriet antagne retssætning præciseres i forhold til tre forskellige ansættelsesforhold. Ministeriet er således blevet spurgt, om en kommunalt ansat opsynsmand ved renovationsvæsenet, som henhører under teknisk udvalg, kan være medlem af økonomiudvalget. Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, ønskes yderligere oplyst, om han som medlem af økonomiudvalget vil være specielt inhabil i sager vedrøren-

Tredje del. Kap.VIII.6.1.

de teknisk forvaltning, og om den specielle inhabilitet kan begrænses til sager vedrørende personalespørgsmål eller må udstrækkes til *alle forhold* vedrørende teknisk forvaltning.

Den ovenfor i afsnit 4 omtalte usikkerhed i henseende til afgrænsningen af § 29, stk. 2 gør sig allerede på sagens tidspunkt (1971) gældende med hensyn til økonomiudvalget. Ministeriet mener derfor ikke at burde statuere generel inhabilitet i forhold til økonomiudvalget. Derimod udtaler ministeriet klart, at vedkommende vil være specielt inhabil i forhold til *alle sager* vedrørende teknisk forvaltning og ikke blot i forhold til sager vedrørende personalespørgsmål.

Indenrigsministeriet svarer helt i overensstemmelse hermed på tilsvarende spørgsmål om en overassistent ansat ved teknisk forvaltning.

Det kan således konkluderes, at de specielle habilitetskrav gældende for økonomiudvalget og de stående udvalg i hvert tilfælde må udstrækkes til at omfatte *alle sager angående den forvaltningsgren vedkommende er knyttet til ved ansættelse*, og at der end ikke hermed er foretaget en endelig ydre afgrænsning. Hvor langt de specielle habilitetskrav herudover rækker lader sig ikke afgøre på det foreliggende grundlag. Men det antages klart, at vedkommende i et eller andet omfang også vil være specielt inhabil i forhold til sager, som ikke direkte vedrører den pågældende forvaltningsgren, men som er eller kan være af en vis indirekte betydning for denne.

Grundlaget for denne yderligere intensivering søges formaliseret i en anden sag, om en under teknisk udvalg ansat vejmand kan være medlem af økonomiudvalget (IM 1971/1201/1504-1, skrivelse af 13. oktober 1971).

Som grundlag for sine overvejelser udtaler tilsynsrådet, »at den pågældende må anses for udelukket fra at deltage i økonomiudvalgets behandling og afstemning i sager, *der vedrører teknisk udvalg, herunder prioriteringer mellem teknisk udvalgs og de øvrige udvalgs arbejdsområder* ..« (TR Viborg 089-99-13-71 af 17. august 1971).

Tilsynsrådet vælger således delvist et andet afgrænsningsgrundlag end det ovenfor af indenrigsministeriet anvendte. Hvor indenrigsministeriets bygger på den kommunale forvaltnings organisation, anfører tilsynsrådet som sikker minimumsgrænse *det stående udvalgs kompetenceområde*. Men selv herudover kan reguleringen intensiveres, idet der også kan statueres speciel inhabilitet i forhold til sager som, omend de ikke henhører under det stående udvalgs kompetence, så dog materielt er af (indirekte) betydning for dette udvalgs arbejdsområde.

Om, og i bekræftende fald i hvilket omfang de specielle habilitetskrav gældende for de stående udvalg og økonomiudvalget er sammenfaldende med de generelle habilitetskrav gældende for de stående udvalg i betydningen, at retsvirkningen af generel inhabilitet svarer til retsvirkningen af vedkommendes specielle inhabilitet, afhænger herefter af hvilken af de to anførte afgrænsninger der lægges til grund og af hvordan de inhabilitetsbegrundende ansættelsesforhold og udvalgets kompetenceområde afgrænses.

Tager man udgangspunkt i den førstnævnte af indenrigsministeriet introducerede afgrænsning, hvorefter den kommunalt ansatte i hvert tilfælde er specielt inhabil i forhold til alle sager vedrørende den forvaltningsgren, vedkommende er knyttet til ved ansættelse kombineret med en afgrænsning af det stående udvalgs kompetence der er sammenfaldende hermed, vil retsvirkningen generel inhabilitet blot være et udtryk for den samlede retsvirkning af vedkommendes specielle habilitet. Vælger man i stedet den mere intensive afgrænsning, hvorefter vedkommende er specielt inhabil i forhold til alle sager vedrørende det stående udvalg under hvilket ansættelsesforholdet hører, bliver resultatet naturligvis det samme, uanset hvordan det stående udvalgs kompetence tænkes afgrænset.

I det omfang en så intensiv regulering i regelform ikke kan antages som almindeligt gældende, vil retsvirkningen af generel inhabilitet, hvor udvalgets kompetence, som eksempelvis økonomiudvalgets dækker flere forvaltningsgrene, kunne bevirke en afskæring af vedkommendes kompetence i videre omfang end retsvirkningen af speciel inhabilitet i sig selv kan begrunde. Det præcise omfang af en sådan »over»regulering vil afhænge af, hvilken grænsedragning der nærmere er knyttet til indenrigsministeriets forudsætning om, at der i økonomiudvalget også kan statueres speciel inhabilitet i forhold til sager, som ikke vedrører den forvaltningsgren, hvortil vedkommende er knyttet ved ansættelse. Og/eller tilsynsrådets opfattelse, hvorefter der yderligere kan statueres speciel inhabilitet i forhold til sager, som ikke er omfattet af det stående udvalgs kompetence. Det af tilsynsrådet anvendte kriterium bevirker med sikkerhed en afgrænsning, hvorefter de generelle habilitetskrav som formuleret i § 29, stk. 2 og stk. 3a blot er udtryk for og identisk med retsvirkningen af kommunalt ansattes specielle inhabilitet i det stående udvalg og økonomiudvalget. Derimod bygger § 29, stk. 3b og c på en afgrænsning, hvorefter foregribelsen af speciel inhabilitet i økonomiudvalget og de stående udvalg, i forhold til hvilke vedkommende ikke er generelt inhabil, ikke er fuldstændig.

Tredje del. Kap.VIII.6.2.

Da de anførte retsopfattelser vedrørende udstrækningen af de specielle habilitetskrav hidrører fra den første tidlige periode efter styrelseslovens ikrafttræden, må den meget tilbageholdende afgrænsning af § 29, stk. 2 have haft til forudsætning, at interessekonflikter som følge af kommunalt ansattes medlemskab af udvalg i videre omfang måtte løses på grundlag af de specielle habilitetskrav, og at den i de generelle habilitetskrav indbyggede tærskel over for speciel inhabilitet altså har været højere.

En anden mulighed er selvfølgelig, at de specielle og de generelle habilitetskrav har været delvis synkroniseret, således at den mere tilbageholdende afgrænsning af § 29, stk. 2 har harmoneret med en tilsvarende tilbageholdenhed i afgrænsningen af de specielle habilitetskrav.

Der er næppe heller tvivl om, at der eksisterer en faktisk forbindelse mellem intensiteten i afgrænsningen af de generelle habilitetskrav og de specielle habilitetskrav gældende for udvalgene. En sådan sammenhæng synes i hvert tilfælde at kunne konstateres i den del af bedømmelsesgrundlaget vedrørende generelle habilitetsspørgsmål, der tager stilling til afgrænsningen af specielle habilitetskrav. Hvorimod den tilsvarende sammenhæng vanskeligere lader sig eftervise i grundlaget for habilitetsafgørelser, der som deres egentlige genstand har spørgsmålet om speciel habilitet.

Den førstnævnte sammenhæng kommer klart til udtryk, når det fra modstanderne af den vidtgående afgrænsning som § 29, stk. 2 efter sin ordlyd er udtryk for af Kommunernes Landsforening anføres, at »for grupper, der her er tale om, vil interessekonflikter *forholdsvis sjældent opstå, og sådanne situationer kan afværges ved anvendelse af den almindelige habilitetsregel i § 14*« (Mindretallet i bestyrelsen for Kommunernes Landsforening, skrivelse af 19. september 1973).

Den opfattelse, at der bør udvises tilbageholdenhed med at statuere generel inhabilitet, for i stedet at eliminere opståede interessekonflikter ved anvendelse af specielle habilitetskrav, som afgrænses mindre intenst end ovenfor forudsat, synes ret udbredt i kommunalbestyrelserne. Eksempelvis kan anføres sagen, om en deltidssekretær for kommunens sundhedsplejerske kan være medlem af det sociale udvalg (IM 1974/12012/1403-1, skrivelse af 10. marts 1975). Kommunalbestyrelsen anser vedkommende for generelt habil, og peger i den forbindelse på, at der vil være tale om få sager, hvor vedkommende vil være specielt inhabil, og hvor spørgsmålet derfor kan klares via de specielle habilitetskrav.

Heroverfor udtaler tilsynsrådet, at »§ 29, stk. 2 gælder uanset om der foreligger sager, hvor den pågældende kan siges at være konkret inhabil ...« (TR Århus 0881-705-3-1974 af 17. december 1974).

Tilsynsrådet tager således ikke stilling til spørgsmålet om forholdet mellem generel inhabilitet og omfanget af speciel inhabilitet, idet § 29, stk. 2 antages at have karakter af en regel, der uafvigeligt anvendes i overensstemmelse med sin ordlyd. Det lader sig derfor ikke på grundlag heraf afgøre, om den manglende overensstemmelse mellem tilsynsrådet og kommunalbestyrelsen beror på forskelle i opfattelsen af de specielle habilitetskravs afgrænsning. Lægges den mindst intense af de beskrevne afgrænsningsmuligheder til grund, vil omfanget af speciel inhabilitet jo bero på, hvorledes begrebet forvaltningsgren indholdsmæssigt afgrænses i forhold til udvalgets samlede kompetenceområde samt på den faktiske sagsfrekvens i udvalget hidrørende fra denne forvaltningsgren. Kommunalbestyrelsen uddyber således sin konkrete vurdering af interessekonfliktens omfang ved at påpege, at der fra 1/8 1972 - 1/4 1974 kun har været behandlet fem sager om kommunens sundhedsplejeordning, som alle har været af sekundær betydning, hvilket sættes i forhold til, at udvalgets samlede mængde behandlede sager i denne periode har været ca. 700.

Når § 29, stk. 2 op til lovændringen i 1978 principielt også omfattede økonomiudvalget, således at enhver kommunalt ansat efter bestemmelsens ordlyd var afskåret fra medlemskab, beroede det naturligvis bl.a. på det retstekniske forhold, at en udsondring af de kommunalt ansatte i forhold til hvilke sagsbehandlingen i et udvalg er af relevans, vil være endnu vanskeligere i økonomiudvalget end i de stående udvalg (IM 1973/101-3, notat af 23. februar 1976). Økonomiudvalgets kompetence dækker samtlige forvaltningsgrene i kommunen, jfr. styrelseslovens § 18, stk. 2, hvorefter økonomiudvalget har indseende med de finansielle og forvaltningsmæssige forhold inden for samtlige kommunens administrative områder.

I forhold til en så omfattende kompetence er det klart, at en afgrænsning af de generelle habilitetskrav, hvorefter alle kommunalt ansatte afskæres fra medlemskab af økonomiudvalget, åbenbart rækker ud over, hvad retsvirkningen af specielle inhabilitet i økonomiudvalget tilsiger. Omfanget af denne »overregulering« vil naturligvis afhænge af, hvilken tolerancetærskel der opereres med i forhold til det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet, samt hvilken ydre afgrænsning af de specielle

Tredje del. Kap.VIII.6.2.

habilitetskrav, der er indbygget i indenrigsministeriets forbehold om, at der også kan statueres speciel inhabilitet i udvalget i forhold til »andre forvaltningsspørgsmål« end de der vedrører den forvaltningsgren ansættelsesforholdet henhører under. Og/eller tilsynsrådets tilsvarende forbehold om, at der i økonomiudvalget også kan statueres speciel inhabilitet i forhold til sager, der ikke omfattes af det stående udvalgs kompetence, under hvilket ansættelsesforholdet hører.

Bortset fra den del af den kommunale forvaltning, overfor hvilken økonomiudvalget fungerer som stående udvalg, jfr. styrelseslovens § 29, stk. 3a, er generel inhabilitet nu blevet begrænset til de kommunalt ansatte, der udgør en kontaktflade til økonomiudvalget. Hermed bliver rækkevidden af de generelle habilitetskrav betydeligt indsnævret i forhold til selv den mindst intense afgrænsning af de specielle habilitetskrav gældende for økonomiudvalget. Som anført ovenfor i kap. VII afgrænses de specielle habilitetskrav principielt stadig og i et vist omfang også faktisk på grundlag af identifikationsformodninger de enkelte ansatte og grupper af ansatte imellem. Den opgivelse af sådanne identifikationsformodninger § 29, stk. 3b og c er udtryk for i forhold til spørgsmålet om generel habilitet vil - i det omfang en tilsvarende udvikling ikke omfatter de specielle habilitetskrav - være ensbetydende med, at der i vidt omfang må statueres speciel inhabilitet i forhold til ansatte, som ikke i medfør af stk.3 er generelt inhabile. Dette sidste må naturligvis især gælde i sager vedrørende udøvelse af økonomiudvalgets kontrolfunktioner, da de specielle habilitetskrav i forhold til sådanne sager antages at blive afgrænset særlig intenst.

Som begrundelse for den svækkelse af reguleringsintensiteten § 29, stk. 3 er udtryk for, er også blevet anført, at kommunal ansættelse jo ikke påvirker adgangen til at være medlem af kommunalbestyrelsen (Indenrigsministeriets notat af 23. februar 1976).

Når dette argument, som jo kunne anføres med hensyn til de generelle habilitetskrav i almindelighed, anvendes specielt i forhold til medlemskab af økonomiudvalget, beror det selvfølgelig på økonomiudvalgets tværgående/overordnede kompetence, en kompetence som associerer til kommunalbestyrelsens placering i forhold til den kommunale forvaltning og udvalgene.

6.3. Forholdet mellem de specielle habilitetskrav gældende for henholdsvis stående udvalg og økonomiudvalget

Af samtlige kommunalbestyrelsens udvalg ligner økonomiudvalget kommunalbestyrelsen mest i henseende til kompetencens sammensætning og især dens bredde. Man kunne derfor forestille sig, at de specielle habilitetskrav for økonomiudvalget var afgrænset anderledes end de tilsvarende for stående udvalg gældende habilitetskrav, eventuelt således at intensiteten af de for økonomiudvalget gældende specielle habilitetskrav repræsenterede en mellemtung mellem de for stående udvalg og kommunalbestyrelsen gældende specielle habilitetskrav.

Selve det forhold at kredsen af kommunalt ansatte, der kan have sæde i økonomiudvalget, med tilføjelsen af § 29, stk. 3, er blevet udvidet i forhold til den oprindeligt også for økonomiudvalget gældende bestemmelse i § 29, stk. 2, må i sig selv bevirke en øget forekomst af speciel inhabilitet i økonomiudvalget. Det nærmere omfang heraf må afhænge af forholdet mellem de forudsatte specielle habilitetskrav gældende for stående udvalg og de hermed korresponderende specielle habilitetskrav gældende for økonomiudvalget. I det omfang der kan forudsættes sammenfald, vil det med § 29, stk. 2 foregrebne omfang af speciel inhabilitet nu fremkomme i økonomiudvalget, når sager i dette udvalg i øvrigt er identisk med sager, der har været i eller kan komme til at foreligge i det pågældende stående udvalg.

Dette sidstnævnte forbehold om sagernes identiske karakter er i sig selv vanskeligt at afgrænse, fordi økonomiudvalgets tværgående/koordinerende funktioner kan vanskeliggøre betingelsen om formel identitet mellem de respektive sager og sagstyper.

Med tilføjelsen af § 29, stk. 3 er der gennemført et »afstandskriterium«, som refererer til graden af forbindelse mellem vedkommende kommunalt ansatte og økonomiudvalgets funktioner, som denne forbindelse kommer til udtryk i vedkommendes placering i det kommunalt administrative hierarki. Hvor økonomiudvalget fungerer som stående udvalg er de for økonomiudvalget gældende generelle habilitetskrav imidlertid identiske med reglen i § 29, stk. 2 gældende for de stående udvalg. Dette sidstnævnte forhold synes at tale for rigtigheden af den ovenfor anførte antagelse om overførsel af det hypotetisk antagne omfang af speciel inhabilitet i de stående udvalg til økonomiudvalget.

Man må således nok kunne konkludere, at hvor der i det stående udvalg

Tredje del. Kap. VIII.6.3.

præsumptivt kunne antages speciel inhabilitet, må der - i forhold til den tilsvarende sag også i økonomiudvalget - statueres speciel inhabilitet, da der ikke i økonomiudvalgets konstitution og virkemåde synes at kunne peges på forhold, som taler for lempeligere habilitetskrav end de, der gælder for de stående udvalg. For så vidt er forskellen alene af kvantitativ karakter. Sager vedrørende et enkelte stående udvalg udgør en *forholdsmæssigt mindre del af økonomiudvalgets samlede sagsområde*.

Hvad angår økonomiudvalgets kompetence i øvrigt synes det forhold, at økonomiudvalget *varetager den umiddelbare forvaltning af alle anliggender, der henhører under kommunens kasse- og regnskabsvæsen, løn- og personaleforhold* (styrelseslovens § 18, stk. 2, at måtte afstedkomme en betydelig forøgelse af speciel inhabilitet i forhold til retstilstanden før tilføjelsen af stk. 3. Netop sager vedrørende løn- og personaleforhold forudsættes omfattet af strenge habilitetskrav i kommunalbestyrelsen. Og sager vedrørende kommunens kasse- og regnskabsvæsen vil i vidt omfang have karakter af eller involvere kontrolspørgsmål.

For så vidt angår kompetencen til samordning af kommunens planlægning vil spørgsmålet om omfanget af speciel inhabilitet i afgørende grad afhænge af, hvor grænserne sættes for den inhabilitetsbegrundende grad af tilknytning (jfr. kap. VII om sager vedrørende forholdet mellem de af en ansættelsesgren omfattede ansættelsessteder). Selve det forhold, at sager hidrørende fra kommunalbestyrelsens udvalg i vidt omfang har karakter af »forslag« og i visse tilfælde forslag til principbeslutninger, altså at udvalget i vidt omfang har til funktion at *forberede* kommunalbestyrelsens beslutninger, kan måske begrunde en slækkelse af reguleringsintensiteten (jfr. kap. VII om sagsbehandlingsstadier). Men det almindelige udgangspunkt har været, at de for kommunalbestyrelse og udvalg gældende habilitetskrav afgrænses identisk, og at der *herudover i et vist omfang kan forudsættes en skærpelse af de for udvalgene gældende specielle habilitetskrav*.

6.4. Særligt om reguleringen vurderet på grundlag af reglerne for ægteskabelig tilknytning og lignende

Som anført ovenfor afsnit 4.5. var grundlaget - før § 29, stk. 4 - for afgrænsningen af habilitetskravene gældende for ægteskabelig og lignende tilknytning ikke formelt § 29's analogi. Retsgrundlaget havde status af uskrevne retsgrundsætninger, der imidlertid blev afgrænset på grundlag af hensyn, som er identiske med de, der ligger til grund for § 29. Det

afgørende kriterium var således omfanget og karakteren af speciel inhabilitet. Grundlaget for vurderingen heraf måtte i vidt omfang blive de specielle habilitetskrav gældende for de kommunalt ansatte selv, og prognosen for det fremtidige omfang af speciel inhabilitet måtte også i denne henseende i vidt omfang hentes fra de specielle habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelsen. Som påvist i kap. VII, repræsenterer de i praksis forekommende tendenser med hensyn til intensiteten i afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelsen et meget vidt spektrum af tilknytningsgrader. Det er derfor yderst vanskeligt at lodde indholdet af et almindeligt udsagn om, at de specielle habilitetskrav gældende for udvalg undertiden må afgrænses mere intenst end de tilsvarende habilitetskrav gældende i kommunalbestyrelsen. Og når herudover afgrænsningen af de for ægtefæller gældende generelle habilitetskrav var ganske intens og formaliseret i lighed med reglen i § 29, er det naturligvis yderst vanskeligt at afgøre, om den på uskrevent grundlag foreliggende afgrænsning afspejlede et særligt for ægteskabelig tilknytning eksisterende bedømmelsesgrundlag, eller om afgrænsningen reelt var udtryk for analog anvendelse af § 29.*)

I det omfang bedømmelsesgrundlaget således før § 29, stk. 4 nøje har afspejlet reglen i § 29 i øvrigt, kan det spørgsmål rejses, om den af indenrigsministeriet tilkendegivne antagelse om en mindre intens afgrænsning af de for ægtefæller gældende habilitetskrav, sammenholdt med indenrigsministeriets opfattelse af formel lov som et nødvendigt middel til ændring af retstilstanden samt forudsætningen om en mere intens regule-

*) Jfr. således sagen om et kommunalbestyrelsesmedlem kan være medlem af kulturelt udvalg og det sociale udvalg, når vedkommende er gift med en skoleinspektør og ansat som sekretær for kommunens sundhedsplejerske, hvor tilsynsrådet som en del af sin begrundelse for at statuere generel inhabilitet i undervisningsudvalget udtaler, »at fru ... af kommunens befolkning vil kunne anses for *mindst lige så inhabil som medlem af undervisnings- og kulturudvalget som at det sociale udvalg*«. Denne sammenstilling med eller slutning fra det af § 29 omfattede spørgsmål om hendes medlemskab af socialudvalget er så meget mere illustrerende for § 29's betydning ved afgrænsningen af de uskrevede grundsætninger om ægteskabelig tilknytning, fordi afgørelsen om, at hun er inhabil i det sociale udvalg, må siges at ligge i yderområdet af § 29's rækkevidde. Hun var således *deltidsansat sekretær med 16 ugentlige arbejdstimer*.

Tredje del. Kap.VIII.6.4.

ring af de specielle habilitetskrav gældende for udvalgene, alene har sigtet mod de for *kommunalbestyrelsen* gældende specielle habilitetskrav.

Som det klart fremgår af lovens forarbejder og principielle udtalelser i øvrigt, jfr. ovenfor afsnit 4.5., er også § 29, stk. 4 primært funderet i hensynet til foregribelse af speciel inhabilitet. Forholdet mellem de specielle habilitetskrav og reglen i § 29, stk. 4 er følgelig af betydning for arten og omfanget af speciel inhabilitet i udvalgene.

I medfør af § 29, stk. 4 kan ægtefæller og lignende nu - i hvert tilfælde i modsætning til retstilstanden i perioden, der førte op til lovændringen - være medlem af kommunalbestyrelsens udvalg i videre omfang end den kommunalt ansatte selv. Om virkningen heraf vil blive et større omfang af speciel inhabilitet i udvalgene må afhænge af:

- a) hvilket omfang den kommunalt ansatte selv ville blive specielt inhabil som medlem af udvalget,
- b) om, og i bekræftende fald i hvilket omfang der (fortsat) antages identifikation mellem ægtefællen og de kommunalt ansatte. I tilfælde af fuld identifikation forøges arten og omfanget af speciel inhabilitet således med det under a) angivne.

Det under a) anførte sigter til den mulighed, at udsagnene om en mindre intensiv afgrænsning af de for ægteskabelig tilknytning og lignende gældende habilitetskrav ikke afspejler en reel forskel i forhold til de for kommunalt ansatte gældende specielle habilitetskrav.

Det er således muligt, at fravigelsen af de i teori og praksis traditionelt antagne formodninger om habilitetsmæssig identifikation mellem ægtefæller i højere grad er udtryk for eller i hvert tilfælde faktisk korresponderer med en almindelig slækkelse af de for ansatte gældende habilitetskrav end reel opgivelse af socialpsykologiske erfaringer for ægteskabets gennemsnitligt motiverende kraft. Muligheden herfor bestyrkes også af det forhold, at fravigelsen af hovedreglen om identifikation eksplicit afgrænses til kun at gælde habilitetskravene vedrørende kommunale ansættelsesforhold i modsætning til andre mulige tilknytnings- og interessetyper. Således udtaler indenrigsministeriet, at »i de tilfælde, hvor det er et ansættelsesforhold til kommunen, der begrunder inhabilitet, er det dog indenrigsministeriets opfattelse, at ægtefællen til en kommunalt ansat ikke er afskåret fra at

deltage i sagens behandling i byrådet i så vidt omfang som den kommunalt ansatte selv ville være det ...«. (Jfr. hertil forarbejderne til § 29, stk. 4).

§ 29, stk. 4 må således have til forudsætning, at de henholdsvis for kommunalt ansatte og ægtefæller etc. gældende habilitetskrav *enten* ikke afgrænses identisk, *eller* at det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet fastsættes forskelligt i forhold til disse to gruppers tilknytningsforhold.

6.4.1. Forholdet mellem de specielle habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelse og udvalg

Som anført ovenfor er graden af sikkerhed i fastlæggelsen af de for udvalgene gældende specielle habilitetskrav snævert forbundet med spørgsmålet om forholdet mellem de for udvalgene og kommunalbestyrelsen gældende specielle habilitetskrav. *)

- *) Komplexiteten i dette forhold, som omtales i afsnit 6, kommer klart til udtryk, når ombudsmanden tilslutter sig indenrigsministeriets afgørelse og retsopfattelse, hvorefter et kommunalbestyrelsesmedlem, der er gift med kommunens stadsingeniør, er afskåret fra medlemskab af kommunens tekniske udvalg. Som anført så ombudsmanden en mulig modsigelse mellem på den ene side denne afgørelses fundering i en prognose over fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet, og på den anden side tilsynsmyndighedernes i anden sammenhæng tilkendegivne opfattelse af det omfang, i hvilket kommunalbestyrelsesmedlemmer kan antages at blive specielt inhabile som følge af ægteskabelig tilknytning til kommunalt ansatte. Ombudsmanden peger således på, at indenrigsministeriet som et væsentligt argument for hendes generelle inhabilitet i teknisk udvalg antager, »at det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem vil være udelukket fra at deltage i behandlingen af *praktisk taget alle sager i udvalget på grund af inhabilitet som følge af den interesse, hendes ægtefælle har i sagernes udfald ...*«, mens tilsynsrådet om vedkommendes specielle inhabilitet i *kommunalbestyrelsens møder* vedrørende sager fra teknisk udvalgs område har udtalt, »at *hun kun i begrænset omfang må anses for specielt inhabil ...*«. Og yderligere henviser ombudsmanden til indenrigsministeriets udtalelse om, at »i de tilfælde, hvor det er et ansættelsesforhold til kommunen, der skal begrunde inhabiliteten, er det dog indenrigsministeriets opfattelse, at ægtefællen til en kommunalt ansat ikke er afskåret fra at deltage i sagens behandling i byrådet i så vidt omfang, om den kommunalt ansatte selv ville være det« (TR Roskilde 1978-089-2-99-16, skrivelse af 12. februar 1979. IM 1979/123/1626-3 af 10. april 1979).

At modsigelsen kun er tilsyneladende forklarer indenrigsministeriet som anført

Tredje del. Kap.VIII.6.4.1.

En forudsætning om, at de specielle habilitetskrav gældende for udvalgene afgrænses mere intenst end de tilsvarende habilitetskrav gældende for kommunalbestyrelsen, er naturligvis af afgørende betydning for, i hvilket omfang der kan slutes fra den veloplyste praksis vedrørende habilitet i kommunalbestyrelsen til den betydeligt mindre dokumenterede retstilstand i udvalgene. Men hvilke grænser der end udspringer som resultat af en sådan forskel, vil forskellen i reguleringsintensiteten i forhold til henholdsvis kommunalbestyrelse og udvalg ikke umiddelbart bidrage til afklaring af forholdet mellem habilitetskravene, der gælder for henholdsvis kommunalt ansatte og disses ægtefæller. Det reale hensyn indenrigsministeriet anfører som begrundelse for forskellen mellem kravene gældende for udvalg og kommunalbestyrelse *er jo af samme relevans for kommunalt ansatte som for disses ægtefæller*. Den forudsatte forskel kan således ikke tjene som grundlag for en klarlæggelse af forholdet mellem habilitetskravene gældende for henholdsvis kommunalt ansatte og disses ægtefæller. Det kan derimod ministeriets forudsætning om, at de for ægtefæller gældende habilitetskrav afgrænses mindre intenst end de for kommunalt ansatte gældende krav. Imidlertid er forudsætningen herom fremført i forbindelse med spørgsmålet om ægtefællehabilitet *i kommunalbestyrelsen*.

Forudsætningen om slækkede habilitetskrav for ægtefæller i *kommunalbestyrelsen* i forbindelse med indenrigsministeriets forudsætning om strengere habilitetskrav i almindelighed for *udvalgene*, giver anledning til følgende spørgsmål af central betydning:

1) Kan slækkelsen af reguleringsintensiteten i forhold til kommunalt ansattes ægtefæller antages at gælde med samme vægt såvel i kommunalbestyrelsen som i udvalgene, således at *det samlede intensitetsniveau forskydes*, hvorimod *forholdet mellem de for kommunalbestyrelsen og udvalgene gældende specielle habilitetskrav ikke forrykkes*.

2) Eller hvis en sådan forholdsmæssighed ikke kan antages, om det praktiske alternativ så ikke må være, at forholdet forrykkes i retning af, at de for kommunalbestyrelsen gældende habilitetskrav lempes, hvorimod de for udvalgene gældende specielle habilitetskrav enten slet ikke eller i hvert

med, »at det undertiden vil være rigtigt at statuere speciel inhabilitet for et kommunalbestyrelsesmedlem *i flere tilfælde i udvalg*, end i kommunalbestyrelsens møder, hvor sager for det pågældende udvalg behandles ...« (IM 1979/123/0502-1 af 28. juni 1978).

tilfælde ikke i væsentlig grad påvirkes af, at tilknytningen grunder sig på ægteskab og lignende.

3) Endelig må man som variant af 1) have den mulighed for øje, at speciel inhabilitet som følge af ægteskabelige tilknytning slet ikke - i strid med indenrigsministeriets forudsætninger herom - er omfattet af en *særlig* retsstilling, idet slækkelsen i reguleringsintensiteten faktisk er udtryk for en *almindelig* udvikling af de specielle habilitetskrav gældende for såvel kommunalt ansatte som disses ægtefæller i udvalg og kommunalbestyrelse.

Ud over at indenrigsministeriet i forskellige sammenhænge har givet principielt udtryk for opgivelsen af den traditionelt antagne totale identifikation mellem ægtefæller (IM 1979/1091-2, notat til ministeren af 14. februar 1979 og IM 1979/123/1626-3, skrivelse af 10. april 1979), har ministeriet også bidraget til en afgrænsning af mere operativ relevans. Indenrigsministeriet har således givet udtryk for, at den inhabilitetsbegrundende forbindelse mellem vedkommende ansatte og den primære sag skal være af en sådan art og grad, at der heraf udspringer noget nær en egeninteresse i snæver forstand, for at den ansattes ægtefælle kan antages at være inhabil. Ministeriet udtaler således, at vedkommende ægtefælle kun vil være inhabil, når det må antages, »at byrådets beslutning *i særlig grad* vil berøre den ansattes interesse«, jfr. ovenfor kap. VII afs. 4.

Som eksempel på tilfælde, hvor tilbageholdenhed med at antage identifikation kan være særlig velbegrundet, anfører ministeriet »sager af mere generel karakter«. Sådanne sager specificeres i to kategorier:

Sager, »som får betydning for en stor kreds af borgere«.

Sager, »som får betydning for afgørelsen af mange fremtidige enkeltsager«.

For så vidt angår de mere indirekte grader af tilknytning, der inden for rammerne af denne ydre afgrænsning kan komme på tale som inhabilitetsbegrundende, lader spørgsmålet sig ikke med sikkerhed besvare på grundlag af en alment holdt formulering om, at »*byrådets beslutning i særlig grad* vil berøre den ansattes interesser«.

Men at også mere indirekte tilknytningsgrader end de, der konstituerer en egeninteresse i snæver forstand forudsættes at kunne bevirke speciel inhabilitet i udvalgene, fremgår af sagen om den habilitetsmæssige betydning af ægteskab med kommunens stadsingeniør (jfr. afs. 4.5.2.). Indenrigsministeriet udtaler herom, at ægtefællen til stadsingeniøren antages at

Tredje del. Kap.VIII.6.4.1.

være specielt inhabil i »praktisk taget *alle* sager i udvalget ... som følge af *den interesse, hendes ægtefælle har i sagernes udfald, og som følge af, at hendes ægtefælle enten har afgivet indstilling eller har ansvaret for indstillingen i sagerne*«.

En sådan afgrænsning rækker klart ud over den ansattes egeninteresse i snæver forstand. Den sidste passus om inhabilitet som følge af foreliggende indstillinger må forstås således, at eksistensen af en indstilling er det retsfaktum, der betinger inhabilitet, uanset hvor indirekte vedkommendes interesse i det pågældende spørgsmål i øvrigt måtte være. Men selv hvor der ikke er knyttet indstillinger til en sag, kunne det synes som om indenrigsministeriet dels forudsætter inhabilitet for den ansatte selv på grundlag af samtlige i afsnittet om speciel habilitet i kommunalbestyrelsen anførte grader af tilknytning, og dels at der med hensyn til ægtefællens habilitet antages fuldstændig identifikation med den ansatte, jfr. ministeriets udtalelse om hendes inhabilitet i »praktisk taget alle sager i udvalget, som følge af den interesse hendes ægtefælle har i sagernes udfald ...«.*)

I dette tilfælde opereres der således øjensynlig ikke med mildere habilitetskrav for ægtefællen end de for den ansatte selv gældende, og disse habilitetskrav afgrænses klart mere intensivt end indenrigsministeriet synes at forudsætte i sin udtalelse om de for kommunalbestyrelsen gældende habilitetskrav. Dette kan muligvis bero på en indenrigsministeriel forudsætning om, at slækkelsen af de for ægtefæller gældende habilitetskrav i hovedsagen kun gælder i kommunalbestyrelsen men ikke i udvalgene. En

*) Hvordan denne afgrænsning forholder sig til tilsynsrådets retsopfattelse, hvorefter inhabilitet for ægtefællen i kommunalbestyrelsen forudsætter, at den ansatte selv har »*en væsentlig personlig interesse*« er vanskeligt at fastslå præcist på grundlag af tilsynsrådets eksemplifikation. Rådet antager således, at inhabilitet navnlig kan foreligge, hvor den primære sag angår »teknisk forvaltnings opbygning, funktioner og personalemæssige forhold eller vedrører kritik i en revisionsberetning eller på anden måde teknisk forvaltnings almindelige virksomhed eller administration af en bestemt sag eller fordi sagen er af et sådant omfang, at dens gennemførelse vil få væsentlig betydning for teknisk forvaltnings virksomhed«. Men at rådet hermed har tilknytningsgrader for øje, som *i forhold til stadsingeniøren* konstituerer en egeninteresse i snæver forstand, f.eks. derved at afgørelsen direkte eller indirekte påvirker vedkommendes egen ansættelses/arbejdsvilkår, synes antageligt.

anden mulighed er naturligvis også, at der - på trods af indenrigsministeriets formulering - ikke forudsættes inhabilitet i forhold til samtlige tilknytningsgrader, men at det videre kompetenceområde (forvaltningsgren) betinger *flere inhabilitetstilfælde*, selvom reguleringsintensiteten for så vidt er slækket. I forhold til denne mulighed bliver det naturligvis særligt afgørende at sondre mellem ledere af en *forvaltningsgren* i modsætning til ledere af *et forvaltningssted*.

Selvom den forudsatte slækkelse af reguleringsintensiteten - på grundlag af ombudsmandens og tilsynsmyndighedernes dialog i sagen - også synes at omfatte de for udvalgene gældende habilitetskrav, kan en retsstilling, hvorefter denne slækkelse rent faktisk kun er af betydning i kommunalbestyrelsen måske forklares med virkningen af indenrigsministeriets antagelse om mere intens regulering af de for udvalgene end de for kommunalbestyrelsen gældende habilitetskrav. Det er i hvert tilfælde på grundlag af denne sag vanskeligt at få øje på en forskel i afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for henholdsvis den kommunalt ansatte og dennes ægtefælle.

I det omfang der i indenrigsministeriets opfattelse af forholdet mellem afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for henholdsvis kommunalbestyrelse og udvalg *også* ligger en forudsætning om en *særlig stramning af de for ægtefæller gældende habilitetskrav i udvalgene*, således at de specielle habilitetskrav gældende for ansatte og disses ægtefæller *i udvalgene* i højere grad afgrænses sammenfaldende end tilfældet er med hensyn til de tilsvarende specielle habilitetskrav i kommunalbestyrelsen, bliver resultatet af § 29, stk. 4 en væsentlig forøgelse af speciel inhabilitet i udvalgene. Dette gælder naturligvis ikke, hvis de specielle habilitetskrav for såvel kommunalt ansatte som disses ægtefæller i væsentlig grad slækkes.

Spørgsmålet herom kan naturligvis ikke besvares uafhængigt af de i kap. VII beskrevne udviklingstendenser vedrørende specielle habilitetskrav gældende for de kommunalt ansatte selv i kommunalbestyrelsen.

At disse tendenser i hvert tilfælde også tildels må øve indvirkning på afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for udvalgene, kan vel allerede lægges til grund som følge af den almindeligt antagne hovedregel om sammenfald mellem habilitetskravene gældende for henholdsvis kommunalbestyrelse og udvalg. En sådan afsmitning kommer formentlig også til udtryk i en forespørgsel fra en kommunalbestyrelse om et kommunalbestyrelsesmedlems habilitet, når vedkommende er formand

Tredje del. Kap.VIII.6.4.1.

for socialudvalget og lever i ægteskabslignende forhold med en kvinde, der er ansat som husassistent uden ledende funktioner på et plejehjem (TR Sønderjylland 089-513-99-3-81 af 16. marts 1981).

Tilsynsrådet udtaler, at spørgsmålet om inhabilitet må besvares »på samme måde, hvad enten et kommunalbestyrelsesmedlem lever i et ægteskab eller i et ægteskabslignende forhold«, jfr. indenrigsministeriets opfattelse af sådanne ægteskabslignende forhold. For så vidt angår arten og omfanget af den inhabilitetsbegrundende interesse opstiller tilsynsrådet som vejledende retningslinjer, »at der kun kan antages at foreligge inhabilitet, når *byrådet eller socialudvalget* behandler spørgsmål, der vedrører udvalgsformandens samleverskes *løn-, ansættelses- eller arbejdsforhold eller spørgsmål, der har en så vidtrækkende betydning for institutionen, at der er en særlig grund til at formode, at udvalgsformanden kan være påvirket af samleverskens loyalitet over for arbejdspladsen og arbejdsfællerne*«.

Ud over at pege på tilknytningsgrader, som giver sig udtryk i en egeninteresse i snæver forstand, udvides grundsætningens rækkevidde således også til at omfatte sager, som på *kvalificeret vis* er af betydning for vedkommendes ansættelsessted og/eller de øvrige ansatte.

Denne afgrænsning korresponderer således meget godt med den i kap. VII anførte tendens til at afgrænse de i kommunalbestyrelsen gældende habilitetskrav til vedkommende kommunalt ansattes egeninteresse i snæver forstand og til i forbindelse hermed helt eller delvist at opgive identifikation med ansættelsesstedet og dets øvrige ansatte som inhabilitetsgrund. Om grænserne i denne henseende er helt identiske lader sig ikke fastslå og er også af mindre betydning. Afgørende er, at forudsætningen om strengere specielle habilitetskrav i udvalgene end i kommunalbestyrelsen formentlig ikke rækker så vidt, at tendensen i retning af dæmpet reguleringsintensitet i kommunalbestyrelsen afskæres fra i hvert tilfælde delvist at slå igennem i afgrænsningen af de for udvalgene gældende specielle habilitetskrav.

Som svar på det indledningsvis stillede spørgsmål kan således anføres, at de for kommunalbestyrelse og udvalg gældende specielle habilitetskrav i hvert tilfælde delvist er synkroniseret, jfr. 2, og at spørgsmålet om det nærmere omfang heraf må bero på, hvilke af de anførte udviklingstendenser der haves for øje sammenholdt med indholdet af hensynene, som

begrunder forskellige afgrænsninger af de for kommunalbestyrelse og udvalg gældende habilitetskrav. Allerede på det foreliggende kan imidlertid opstilles den hypotese, at der ikke er noget adækvat grundlag for særligt at forbeholde afgrænsningen i medfør af § 29, stk. 4 for ægteskabelig og lignende tilknytning. Bestemmelsen synes således først og fremmest at afspejle, at de generelle habilitetskrav gældende for kommunalt ansatte, jfr. § 29, stk. 3 og især stk. 2, repræsenterer en overregulering i forhold til hensynet at foregribe speciel inhabilitet.

7. Reguleringen bedømt i forhold til hensynene

Som anført er tilføjelsen af stk. 3 og 4 til styrelseslovens § 29 ensbetydende med et forøget omfang af såvel manifeste som latente interessekonflikter i udvalgene. Selvom man under indtryk af de i kap. VI beskrevne udviklingstendenser lægger til grund, at reguleringsintensiteten også er slækket for de specielle habilitetskrav i udvalgene, kan en sådan eventuel udvikling næppe antages at være af en art eller et omfang som eliminerer et øget omfang af speciel inhabilitet. Dette gælder i særdeleshed i forhold til udvalgenes kontrolfunktioner men også i forhold til udvalgenes kompetence iøvrigt.

Det kan således for så vidt konkluderes, at § 29, stk. 3 og 4 repræsenterer en nedprioritering af garantihensynet.

Tilsvarende bliver resultatet af bedømmelsen i forhold til det teknisk/administrative hensyn:

Antallet af tilfælde, hvor udvalget ikke kan være fuldtalligt på grund af speciel inhabilitet forøges således som følge af stk. 3 og 4 af tilfælde, hvor udvalgsmedlemmer skal behandle og afgøre sager, i hvilke andre udvalgsmedlemmer har en manifest eller latent interesse.

Det om det garanti- og teknisk/administrative hensyn anførte vil naturligvis - som følge af disse hensyns indbyrdes forhold - betinge en belastning af befolkningens tillid til kommunalforvaltningen. Omfanget og/eller rigtigheden heraf vil imidlertid afhænge af den nærmere afgrænsning af grundlaget for tillidsvurderingen.

At grundlaget for afgrænsningen af dette hensyn og vurderinger foretaget på grundlag heraf spiller en afgørende rolle for resultatet fremtræder

Tredje del. Kap.VIII.7.

klart, når den anførte modstand mod strenge habilitetskrav i almindelighed og generel inhabilitet i særdeleshed i vidt omfang har hidrørt fra de af habilitetskravene omfattede offentligt ansatte eller disses organisationer. Sammenholdt med at dele af det politiske spektrum, som ikke uden videre kan siges at identificere sig med offentligt ansattes interesser, har givet udtryk for den stik modsatte opfattelse med påpegningen af, at kommunalt ansatte ganske burde udelukkes fra at have sæde i kommunalbestyrelsen (jfr. forarbejderne til stk. 4, herunder folketingsudvalgets betænkning FT 1982/83 B sp. 995).

Denne understregning af tillidshensynets indholdsmæssige relativitet er naturligvis blot et udtryk for det legitimationsbehov, som er knyttet til enhver politisk beslutning. Hvilken politiker ville lægge navn til en retsordning, som ikke nyder befolkningens tillid? At det tilsvarende gælder den egentlige retsanvendelse giver sig udtryk i, at der som grundlag for tilsynsmyndighedernes - ofte stærkt flukturerende - retsopfattelse stedse er blevet henvist til tillidshensynet som en afgørende del af bedømmelsesgrundlaget.

Den egentlige begrundelse for den retsudvikling stk. 3 og 4 er udtryk for må herefter søges i hensynet til ikke i for vidt omfang at afskære bestemte befolknings- og erhvervsgrupper fra deltagelse i kommunalt arbejde.

Hermed træder dette hensyns karakter af *modhensyn* klart frem. Gruppen af offentligt ansatte i almindelighed og de kommunalt ansatte i særdeleshed har været i eksplosiv udvikling siden styrelseslovens vedtagelse. (Jfr. afsnit afsnit 1.4.)

En almindelig for kommunalt ansatte gældende regel af § 29, stk. 2's indhold indebærer således faktisk en væsentlig afskæring af denne befolkningsgruppes muligheder for deltagelse i kommunalt arbejde, hvilket skal ses i snæver sammenhæng med, at denne gruppe, også qua sin faglige baggrund, har ganske særlige forudsætninger for at tilføre den kommunale beslutningsproces en relevant faglig dimension.

At retsstillingen i medfør af § 29, stk. 2's ordlyd herudover også ville repræsentere en *særlig* begrænsning af kommunalt ansattes muligheder i forhold til de begrænsninger, der gælder i medfør af habilitetskravene gældende for andre erhvervsgrupper, må med Højesterets dom siges at være klart fastslået (jfr. U 1981 s. 637. *Jørgen Gersing*: UFR 1982B s. 2ff, jfr. nedenfor kap. IX.)

7.1. Særligt om § 29, stk. 4

På et spørgsmål om hvilke familie- og slægtskabsmæssige relationer, der begrunder generel inhabilitet i det stående udvalg, har indenrigsministeriet bl.a. udtalt, at spørgsmålets besvarelse må afhænge af *de til grund for § 29, stk. 2 liggende hensyn*. Og om ægtefællens generelle habilitet udtaler indenrigsministeriet yderligere, at det i praksis »i lang tid har været antaget, at de her nævnte hensyn gør sig gældende i fuld udstrækning, når et medlems ægtefælle er ansat i den kommunale forvaltning under udvalget« (IM 1982/1091-101 af 10. marts 1982)

Endelig har indenrigsministeriet i forbindelse med behandlingen af lovforslaget til § 29, stk. 4 udtalt, at det med afgrænsningen af udtrykket »samlever« er afgørende »at samleveren på tilsvarende vis som en ægtefælle vil identificere sig med den kommunalt ansattes interesser« (IM 1982/1010-16 af 11. januar 1983, spørgsmål 11)*)

Det fremgår heraf, at de til grund for § 29, stk. 2 liggende hensyn i hvert tilfælde i en vis udstrækning også ligger til grund for § 29, stk. 4, og at der i grundlaget for denne bestemmelse også indgår en formodning om, at ægtefæller identificerer sig med hinanden.

Dette forhold set i sammenhæng med, at lovændringen, som tilføjelsen af stk. 4 er udtryk for, fremhæver at være uden betydning for afgrænsningen af de for den kommunalt ansatte selv gældende habilitetskrav **) understreger spørgsmålet om indholdet af de hensyn, der ligger til grund

*) I forbindelse med konstateringen af at hensynene, der ligger til grund for § 29, stk. 2, er de samme som de, der ligger til grund for habilitetskravene vedrørende ægteskabelig tilknytning, udtaler tilsynsrådet, at »en situation hvor et udvalgsmedlem kommer til at føre tilsyn med sin ægtefælles virksomhed som kommunalt ansat, vil i samme udstrækning kunne forringe effektiviteten i udvalgets tilsyn med den pågældende forvaltningsgren ... Det kan endvidere give anledning til betænkeligheder, at ægtefællen på én gang er underordnet sin tjenstlige foresatte og samtidig gift med den foresattes overordnede«. (TR århus 089-751-90-165-1982 af 21. oktober 1982)

**) Det fremhæves særligt, at lovforslaget ingen ændring medfører for den kommunalt ansattes egen mulighed for medlemskab af de stående udvalg og økonomiudvalget«. (FT 1982/83 A sp. 1444. Almindelige bemærkninger til lovforslaget).

Tredje del. Kap.VIII.7.1.

for § 29, stk. 4, eller måske nærmere denne bestemmelses forhold til de almindeligt antagne hensyn, jfr. ovenfor afsnit 4.5 og 6.4. *)

I lovens forarbejder forklares bestemmelsen med nødvendigheden af at »bringe de mere og mere urimelige resultater af den hidtidige lovgivning og retstilstand til ophør« (FT 1982, sp. 2770). Og »den unødvendigt store begrænsning i bl.a. ægtefællers mulighed for at deltage i netop den del af det kommunale arbejde, som de særligt interesserer sig for« (op.cit.).

§ 29, stk. 4 er således reaktion på en retstilstand som er »urimelig« og »unødvendig«. En sådan opfattelse må karakteriseres som interessant, al den stund den tidligere retstilstand jo blot var en afspejling af den for kommunalt ansatte (stadigt) gældende habilitetskrav.

Da formodning om identifikation som anført stadig udgør grundlaget for afgrænsningen af inhabilitetsbegrundende familie- og slægtskabsrelationer, **) må lovændringen enten betragtes som udtryk for en inadækvat afgrænsning af de for kommunalt ansatte gældende habilitetskrav, jfr. § 29, stk. 2 og 3, og/eller som udtryk for en med § 29, stk. 4's indhold korresponderende modifikation i almindeligt antagne identifikationsmønstre ægtefæller og lignende relationer imellem. Endelig må også den mulighed have for øje, at lovændringen helt eller delvis er at betragte som en rent politisk funderes reaktion mod den tidligere gældende retstilstand.

*) I forbindelse med udsagnet om, at § 29, stk. 2 og 3 er at betragte som en (lovfæstet) del af en almindeligt gældende grundsætning opsummeres de til grund for § 29, stk. 2 og 3 liggende hensyn, d.v.s. garantihensynet, tillidshensynet samt det teknisk/administrative hensyn. (FT 1982/83 A sp. 1443, Almindelige bemærkninger til lovforslaget).

**) Jfr. i forbindelse med det ovenfor anførte også lovforslagets bemærkninger om, at der ikke tilsigtes ændringer i retstilstanden vedrørende generel inhabilitet som følge af privatøkonomiske interesser. (FT 1982/83 A sp. 1445). Den grundlæggende og formentlig stadig gældende - socialpsykologisk funderede - formodning for indbyrdes identifikation ægtefæller og lignende imellem er formentlig også en afgørende årsag til at ændringen i retstilstanden *nødvendigt* måtte ske ved formel lov. Jfr. lovforslagets bemærkninger, hvori det hedder, at »denne opfattelse er begrundet med, at ægtefællen eller samleveren vil identificere sig med den kommunalt ansattes interesser. En ændring af gældende ret for ægtefælle- og samleversituationen *må – uanset at denne ikke hviler på skreven ret – kræve lovændring*«.

Samtlige disse anførte elementer viser sig at indgå i grundlaget for § 29, stk. 4. I motiverne hedder det således, at § 29, stk. 4 »tilsigter at bringe retstilstanden i overensstemmelse med den stedfundne samfundsudvikling, idet der foretages en afvejning af hensynet til ægtefællen og samleveren *som en selvstændig person* og de hensyn, der bærer de udtrykkelige regler i § 29, stk. 2 og 3« (FT 1982/83 A sp. 1444).

§ 29, stk. 4 er således funderet på en »afvejning« af to sæt hensyn, som efter deres indhold trækker habilitetsvurderingen i forskellig retning. Medens indholdet af de til grund for § 29, stk. 2 og 3 liggende hensyn er velkendt, jfr. afsnit 1 og 4.4, er hensynet til »ægtefællen og samleveren *som en selvstændig person*« en nydannelse.

Alle habilitetskrav - herunder også de for kommunalt ansatte gældende - har som deres genstand *selvstændige personer*. Habilitetsspørgsmålet udspringer i praksis sjældent af tilknytningsforhold funderet i *formelle forpligtelser* til at varetage usaglige/ulovlige interesser, men derimod risikoen for at vedkommende *faktisk* er bærer af sådanne interesser. I denne henseende er der således ingen forskel på ægteskabelig tilknytning, privat ansættelse, aktiebesiddelse, etc. som inhabilitetsårsager. *)

Tilsvarende gælder det forhold, at interessen/tilknytningen er *formidlet*. Alle interesser, som ikke er vedkommendes egeninteresse i snæver forstand, er jo formidlede, hvorfor netop graden af tilknytning bliver et afgørende element i habilitetskravenes afgrænsning. Når den tidligere retstilstand således opererede med total identifikation mellem ægtefæller, var det udtryk for, at netop det ægteskabelige tilknytningsforhold etc. ikke i habilitetsmæssig henseende blev anset for en formidlende faktor men derimod som udtryk for den højeste grad af tilknytning og den deraf afledte slutning om total identifikation.

Forudsætningen herom er nu delvist opgivet med henvisning til et

*) Når det således i de almindelige bemærkninger til lovforslaget hedder, »at samfundsudviklingen har medført, at ægtefæller i dag snarere betragtes som selvstændige individer end som dele af en familie ... De behøver således ikke at have sammenfaldende opfattelser af politiske eller andre spørgsmål«, er der vel tale om et ideologisk udtryk for almindelig frigørelses/autonomibevægelser i tiden, som ikke kan begrænses til ægteskabelig og lignende tilknytning.

Tredje del. Kap.VIII.7.1.

såkaldt »afstandskriterium«.^{*)} Afstandskriteriet giver efter sit indhold udtryk for afstanden til toppen af *det kommunalt administrative hierarki*.

Men hvorfor skulle personer knyttet til den kommunalt ansatte ved ægteskab og lignende i højere grad være tilbøjelige til at opgive deres selvstændige/autonome status, når de er gift med ansatte som er højt placerede i det kommunale hierarki? Nej vel! Det er formentlig heller ikke tanken. Afgørende må være, at det forudsatte omfang af speciel inhabilitet i et udvalg typisk vil være større for højere end lavere placerede kommunalt ansatte. *Men dette er jo netop en forskel som også gør sig gældende for den kommunalt ansatte selv.* Forskellen mellem § 29, stk. 2, 3 og 4 må således enten bero på, at grænserne for speciel inhabilitet ikke drages ens for henholdsvis kommunalt ansatte og personer knyttet til disse ved ægteskab og lignende, og/eller at grænserne for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet drages videre for ægtefæller og lignende end for den kommunalt ansatte selv.

Som anført ovenfor må begge disse sæt af modifikationer anses at ligge til grund for afgrænsningen af de for ægtefæller gældende habilitetskrav. Men medens det større omfang af speciel inhabilitet for højt placerede kommunalt ansatte nok vil kunne begrunde inhabilitet for ægtefæller og lignende - altså selvom der for ægtefæller opereres med såvel slækkede specielle habilitetskrav som videre grænser for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet - forekommer det betydeligt vanskeligere tilsvarende at begrunde forskellen mellem de for den kommunalt ansatte og ægtefæller gældende habilitetskrav, som denne forskel kommer til udtryk i forholdet mellem § 29, stk. 2, stk. 3 og stk. 4.

Afgørende i denne henseende bliver naturligvis, hvilke af de anførte udviklingstendenser der med hensyn til afgrænsningen af de for kommunalt ansatte gældende habilitetskrav lægges til grund, og ikke mindst indholdet af det almindeligt antagne uspecificerede forbehold om strengere specielle habilitetskrav gældende for udvalgene end for kommunalbestyrelsen.

^{*)} Se eksempelvis bemærkningerne til lovforslaget FT 1982/83 A sp. 1445: »således at ægteskab eller samliv med en kommunalt ansat kun afskærer fra medlemskab, når den ansatte har cheffunktioner eller andre ledende funktioner«.

Hvis man imidlertid tager udgangspunkt i den mest vidtgående tendens til slækkelse af reguleringsintensiteten for kommunalt ansatte, og hvis man antager en mere intens afgrænsning af habilitetskravene gældende for udvalgene, bliver spørgsmålet, om der eksisterer et grundlag, som adækvat kan begrunde de forskelle i reguleringsintensiteten, som § 29, stk. 2, 3 og 4 er udtryk for.

I det omfang man således lægger til grund, at tendensen i almindelighed går i retning af at begrænse kommunalt ansattes inhabilitet til tilfælde, hvor der foreligger en kvalificeret interesse, må man vel sige, at det tilbageværende felt af inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold konstituerer interesser, som er så væsentlige for den kommunalt ansatte, at man - på grundlag af almindelige socialpsykologiske gennemsnitserfaringer - må regne med faktisk identifikation for ægteskabs- og lignende relationer.

Det egentlige grundlag for den med § 29, stk. 4 etablerede forskel skal derfor nok søges i (mod)hensynet til ikke i for vidt omfang at afskære bestemte befolknings- og erhvervsgrupper fra deltagelse i kommunalt arbejde. Dette hensyn er imidlertid i lovens forarbejder givet en mere subsidiær placering som grundlag for lovændringen: »Hertil kommer endvidere et ønske om, at ikke for mange mennesker afskæres fra at deltage i det kommunalpolitiske arbejde som udvalgsmedlem« (FT 1982/83 A sp. 1443).

For så vidt angår denne bestemmelses forhold til tillidshensynet bemærker man sig i øvrigt, at initiativet til lovændringen formentlig i vidt omfang havde sit grundlag i en række kommunalbestyrelsesafgørelser, som - mod de kommunalt ansattes protest - statuerede inhabilitet. Og man bemærker sig særligt - i forbindelse med det ovenfor anførte om tillidshensynets relative indhold - at der eksisterer stærkt divergerende opfattelser af grundlaget for tillidshensynets indhold og afgrænsning. Således udtaler Kommunernes Landsforening, at:

»Retsgrundsætningen skal således efter landsforeningens opfattelse udfyldes/fortolkes i overensstemmelse med, hvad den almindelige retsbevidsthed til enhver tid tilsiger. *Der bør i denne forbindelse tillægges de enkelte kommunalbestyrelses afgørelse betydelig vægt*, idet der bag disse afgørelser ofte vil ligge en lokal afvejning af de eventuelle inhabilitetsbegrundende forholds betydning over for andre hensyn og muligheder. Hermed tænkes navnlig på hensynet til og respekten for det politiske mandat, der af vælgerne er givet kommunalbestyrelsens medlemmer ...« (Skrivelse af 15. december 1982).

Tredje del. Kap.VIII.7.1.

Et sådant grundlag for tillidshensynets afgrænsning kan indenrigsministeriet imidlertid ikke tilslutte sig:

»Indenrigsministeriet er endvidere uenigt, når landsforeningen giver udtryk for, at der ved fortolkningen af retsgrundsætningen *skal tillægges de enkelte kommunalbestyrelses egne udtalelser betydelig vægt*. Forholdet er tværtimod det, at regler om inhabilitet - både speciel og generel inhabilitet (erhvervsudelukkelse) - bygger på, at der hos offentligheden skal opretholdes en *almen* (indenrigsministeriets kursivering) tillid til, at en given beslutningsproces forløber uden uvedkommende hensyn. Afgørende er, om de foreliggende omstændigheder ud fra en *generel* betragtning er egnet til at vække tvivl om afgørelsens saglige rigtighed«.

Der kan næppe være tvivl om, hvem der efter indenrigsministeriets opfattelse skal tegne den *almene/generelle retsopfattelse*. Når det ikke er kommunalbestyrelsen, må det være tilsynsmyndighederne, herunder indenrigsministeriet, naturligvis med forbehold af efterfølgende domstolskontrol.

Dette udsagn, som er helt i overensstemmelse med en forståelse af indenrigsministeriets rolle som koordinator og garant for retsenhed i kommunerne, er også interessant på baggrund af, at den almindelige mangel på stabilitet, klarhed og konsekvens, der har kendetegnet retsudviklingen i perioden *efter* styrelsesloven, i høj grad synes at have sin årsag i, at kommunalbestyrelses og kommunale organisationers divergerende retsopfattelser ikke blot indgår i grundlaget for indenrigsministeriets lovforberedelse men også i grundlaget for den efterfølgende retsanvendelse. Det er i forbindelse hermed symptomatisk, at den citerede kommunale retsopfattelse repræsenteret ved Kommunernes Landsforening meget hurtigt sikres effektivt gennemslag i retsgrundlaget med tilføjelsen af § 29, stk. 4.

Vurderet på grundlag af indenrigsministeriets ønske om størst mulig enkelhed i reguleringen må man vel sige, at en (stadigt eksisterende hoved-) regel om ægtefælleidentifikation repræsenterer den optimale løsning. Som alternativ hertil vælger man den alt andet end enkle løsning både at operere med et sæt af regler, som lempet reguleringen af de kommunalt ansattes generelle habilitet, jfr. § 29, stk. 3, og herudover et sæt regler for ægtefælletilknytning etc., som yderligere lempet reguleringen i forhold hertil, jfr. § 29, stk. 4. I betragtning af at lempelsen i medfør af § 29, stk. 3 - som følge af reglen om ægtefælleidentifikation - jo uden videre

også ville omfatte ægtefælletilknytning etc., kan man vel sætte spørgsmålstegn ved hensigtsmæssigheden af den valgte løsning, som tilmed forekommer inadækvat i forhold til garanti- og tillidshensynet. Denne løsnings inadækvans understreges, i det omfang den forskel i retsstillingen § 29, stk. 4 er udtryk for i forhold til § 29, stk. 2 og 3, ikke korresponderer med en tilsvarende forskel i afgrænsningen af de specielle habilitetskrav gældende for henholdsvis kommunalt ansatte og disses ægtefæller etc. For så vidt er spørgsmålet identisk med det ovenfor kap. VII rejste spørgsmål om den reelle rækkevidde af forudsætningen om lempede habilitetskrav for kommunalt ansattes ægtefæller i kommunalbestyrelsen og det tilsvarende spørgsmål for så vidt angår udvalgene ovenfor afsnit 6.4.

Kapitel IX

Generelle habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser

1. Retsgrundlaget

Af styrelseslovens § 29, stk. 2-4 fremgår klart, at bestemmelsernes direkte anvendelsesområde er kommunale ansættelsesforhold. Privatøkonomiske interesser, som ikke har deres grundlag heri, er således ikke omfattet af disse bestemmelser.*)

Det er imidlertid almindeligt anerkendt, jfr. ovenfor kap. VIII, at kommunalbestyrelsesmedlemmer på andet retsgrundlag kan afskæres fra medlemskab af udvalget (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 328).

Når habilitetsreglerne i styrelseslovens § 29 blev begrænset til at vedrøre kommunale ansættelsesforhold, beroede det ikke så meget på et positivt ønske om særligt at regulere disse tilfælde i modsætning til andre tilknytningsforhold. Der var blot ikke mulighed for at nå til enighed om en bredere afgrænsning af de interessetyper, der skulle omfattes (FT 1965/66 tillæg A sp. 2559). At der på grundlag af § 29's habilitetsbestemmelser skulle sluttet modsætningsvis, således at generel habilitet på andet grundlag udelukkes, kan ikke antages.**)

*) Af særlig relevans for denne interessetype er derimod styrelseslovens § 29, stk. 1, hvorefter »et udvalgsmedlem må ikke mod betaling yde nogen præstation til den gren af kommunens forvaltning, der forestås af vedkommende udvalg, uden efter foregående offentlig licitation eller, hvor forholdene særlig taler derfor, i henhold til kommunalbestyrelsens vedtagelse«. Jfr. *Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 328.

**) Der blev i forbindelse med begge »Helsingesagerne« for Østre Landsret anført anbringender, som implicerer modsætningsslutning fra § 29, stk. 2 og 3, jfr. således UfR 1981 s. 641, sp. 2.

Dette resultat understreges i forbindelse med revisionen af § 29 i 1977. (Lov nr. 277 af 8/6 1977). Ved forelæggelsen i folketinget af forslaget hertil udtalte indenrigsministeren bl.a.: »I forbindelse med, at bestemmelsen om kommunalt ansattes medlemskab af udvalg foreslås ændret, finder jeg det naturligt at nævne, at personer i private erhverv også i visse tilfælde kan være afskåret fra medlemskab af udvalg, hvis sagsområde de har en særlig personlig interesse i« (FT 1976/77 1. samling sp. 3416).

Indenrigsministeren understreger denne opfattelse med en yderligere udtalelse om, at der foruden de specielle habilitetskrav gælder »en almindelig regel om, at et kommunalbestyrelsesmedlem er afskåret fra at være medlem af et udvalg, når det er åbenbart, at den pågældende regelmæssigt har en privat erhvervsmæssig interesse i afgørelsen og udfaldet af de sager, som behandles i udvalget«.

Der er for indenrigsministeren således ingen tvivl om eksistensen af et uskrevent retsgrundlag vedrørende ikke kommunalt ansattes generelle inhabilitet, omend de nærmere grænser i denne henseende så langt fra kan siges at fremtræde med klarhed.

Det af ministeren fremsatte lovforslag mødte ikke udelte tilslutning. Kritikken, der i folketinget blev rejst mod forslaget, var imidlertid hovedsagelig centreret om afgrænsningen af de i lovforslaget omfattede habilitetskrav vedrørende kommunalt ansatte, medens spørgsmålet om de her omhandlede habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser kun indirekte og sporadisk blev berørt. Det er vanskeligt på grundlag heraf at udlede ret meget vedrørende afgrænsningen af disse habilitetskrav. Kritikken sigtede således primært mod den forskelsbehandling af offentligt ansatte i forhold til andre erhvervsgrupper § 29 er udtryk for, samt at de for kommunalt ansatte gældende habilitetskrav, som disse kommer til udtryk i styrelseslovens § 29, i sig selv er for strenge.*)

De rejste indvendinger udmønter sit i forslag, der spænder fra - som en refleksvirkning af § 29 - at skærpe de generelle habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser **) til forslag om, at man fra styrelsesloven helt

*) Jfr. FT 1976, 2. saml. sp. 1335, hvor der tales om »tydelig diskriminering af enkelte stande og de offentligt ansatte i særdeleshed ...« og sp. 1339, hvor det udtales, at »vi må stille os tvivlende over for, at man f.eks. generelt udelukker en hel stand fra at udøve det arbejde som et borgerligt ombud pålægger dem«. Se i denne sammenhæng også sp. 1337 og sp. 1340.

**) Jfr. FT 1976-77 sp. 1338, hvor det anføres, at der for så vidt mangler konsekvens i lovforslaget, fordi det ikke også omfatter privatøkonomiske interesser. Vedkommende drager heraf den slutning, at hvis man »bør tale om inhabilitet i

Tredje del. Kap.IX.1.

fjerner generelle habilitetskrav og alene lader den habilitetsmæssige regulering ske på grundlag af specielle habilitetskrav, hvor spørgsmålet om vedkommendes deltagelse i behandlingen og afgørelsen af en bestemt foreliggende sag, afgøres fra sag til sag på grundlag af en konkret vurdering (FT 1976-77, 2. saml. sp. 1336 og sp. 1339-40).

Heller ikke indenrigsministeren går yderligere ind i spørgsmålet om afgrænsningen af de generelle habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser. Ministeren understreger under forhandlingerne gentagne gange, at ændringsforslaget er udtryk for en klar lempelse i henseende til kommunalt ansattes mulighed for medlemskab af økonomiudvalget. (FT 1976-77, 1. saml. sp. 3416 og 2. saml. sp. 1341-42).

Sammenfattende kan det på grundlag af lovens forarbejder anføres, at forudsætningen om eksistensen af en uskreven grundsætning vedrørende privatøkonomiske interesser eksplicit udtales. At denne forudsætnings holdbarhed ikke bestrides, men at der på den anden side klart tilkendegives utilfredshed med den intense regulering af kommunalt ansattes generelle habilitet og i snæver forbindelse hermed fremføres kritik af selve begrebet generel inhabilitet.

At § 29 også er af betydning for afgrænsningen af det retsgrundlag, der regulerer privatøkonomiske interesser, fremgår helt klart af praksis. Denne forbindelse kommer bl.a. til udtryk som en afsmitning af den usikkerhed, der som anført i kap. XIII i det meste af perioden efter vedtagelsen af styrelsesloven eksisterede i henseende til den nærmere afgrænsning af § 29. En usikkerhed, som i sin mest udtalte form havde til følge, at indenrigsministeriet ganske afstod fra at have eller i hvert tilfælde give udtryk for en retsopfattelse i forhold til konkret foreliggende tilfælde. Som eksempel herpå kan anføres en sag om, hvorvidt en ejendomsmægler kan være medlem af økonomiudvalg og planudvalg (IM 1972/1201/0608-2, skrivelse af 19. december 1972).

Indenrigsministeriet henviser til, at spørgsmålet »har nogen sammenhæng med det spørgsmål, som har givet anledning til bestemmelsen i den kommunale styrelseslovs § 29, stk. 2«. I forbindelse hermed henviser indenrigsministeriet også til den tvivl, der eksisterer med hensyn til

de offentligt ansattes rækker, så bør man for ikke at diskriminere de offentligt ansatte også i visse tilfælde sige: Her kan heller ikke erhvervsdrivende sidde i bestemte udvalg«.

afgrænsningen af denne bestemmelse samt til de overvejelser, ministeriet gør sig i den forbindelse. Og, anfører ministeriet, det kan ikke »udelukkes, at resultaterne af disse overvejelser vil få betydning for bedømmelsen af, hvorvidt andre medlemmer bør kunne være medlemmer af udvalget ...«.

Som følge af denne retlige usikkerhed undlader indenrigsministeriet at tage stilling til det forelagte habilitetsspørgsmål: »Indenrigsministeriet har under hensyn til det foranstående ikke ment på det foreliggende grundlag at burde tage stilling til spørgsmålet om lovligheden af det omhandlede byrådsmedlems medlemskab af byrådets økonomiudvalg og planudvalg«.

Tilsvarende kan anføres en sag vedrørende spørgsmålet, om en ejendomshandler kan være medlem af teknisk udvalg, som er identisk med ejendomsudvalget. Kommunalbestyrelsens flertal betragter vedkommende som generelt inhabil som formand for teknisk udvalg (IM 1972/1130/1600-1, skrivelse af 14. februar 1973).

Tilsynsrådet mener derimod ikke, at vedkommende er generelt inhabil (TR Nordjylland 089-18-90-1-1972 af 29. juni 1972). Tilsynsrådet synes nærmest at være af den opfattelse, at en interessekonflikt som den foreliggende hovedsagelig må reguleres ved hjælp af de specielle habilitetskrav. I hvert tilfælde udtaler tilsynsrådet om det forelagte tilfælde, »at det ikke kunne tiltræde en af byrådet ... hævdet opfattelse, hvorefter ... skulle være generelt inhabil og som følge deraf opgive sit medlemskab af teknisk udvalg, *men at spørgsmålet om ...'s fremtidige inhabilitet må afgøres konkret fra sag til sag*«.

Kommunalbestyrelsen vil ikke respektere denne tilsynsrådsafgørelse men anker den til indenrigsministeriet. Indenrigsministeriet henviser til den forbindelse, der er mellem den foreliggende interesselype og den i § 29, stk. 2, regulerede. *Som følge af den usikkerhed, der er forbundet med afgrænsningen af § 29, stk. 2, afstår ministeriet også i dette tilfælde fra at træffe afgørelse i sagen:* »Indenrigsministeriet har under hensyn til det foranstående ikke ment på det foreliggende grundlag at burde tage endelig stilling til spørgsmålet om lovligheden af ...'s medlemskab af teknisk udvalg» (*Harder: Dansk kommunalforvaltning I 3. udg. s. 304*).

Spørgsmålet om retsgrundlagets karakter og indhold i forhold til styrelseslovens § 29, stk. 2 og 3 illustreres klarest ved tilfældegrupper, som ligger de kommunale ansættelsesforhold nærmest. Som eksempel på en sådan interesselype kan anføres tilfælde, hvor kommunalbestyrelsesmedlemmer leverer tjenesteydelser i form af konsulent- eller rådgiverbistand (*Harder*

Tredje del. Kap.IX.1.

Dansk kommunalforvaltning 4. udg. s. 329). Interessetyper, der udspringer af kommunalbestyrelsesmedlemmers leverancer af varer og tjenesteydelser til kommunen vil set i forhold til udvalgenes funktioner samt de til grund for habilitetskravene liggende hensyn ofte kunne sidestilles med de af § 29 direkte omfattede interesstyper. Om en sådan privatøkonomisk relation i habilitetsmæssig henseende faktisk kan sidestilles med kommunale ansættelsesforhold, må naturligvis afhænge af forbindelsens konkrete karakter og omfang.

Dette spørgsmål kan belyses på grundlag af en sag - eller nærmere et sagsforløb - vedrørende spørgsmålet, om medindehaveren af et rådgivende ingeniørfirma kan være medlem af ejendomsudvalg og/eller økonomiudvalg.*)

Sagen er særlig velegnet som grundlag for en almindelig fremstilling af de generelle habilitetskrav vedrørende kommunalbestyrelsesmedlemmers privatøkonomiske interesser. Dels strækker sagen sig over størstedelen af perioden siden styrelseslovens ikrafttræden. Dels forelægges sagen samtlige kontrolinstanser med de deraf følgende muligheder for at få et nuanceret billede af retstilstanden.

Om karakteren og omfanget af det rådgivende ingeniørfirmas virksomhed for kommunen skal på dette sted blot anføres, at firmaet i hele den for sagsforløbet relevante periode har fungeret som rådgivende ingeniør for den altovervejende del af kommunens bygge- og anlægsarbejder, som blev overdraget til private firmaer både set i relation til entreprisernes antal og til de enkelte entreprisummers størrelse samt at firmaets virksomhed også beløbsmæssigt har været langt større end den projekterede virksomhed, som i perioden er udøvet af kommunens tekniske forvaltning.**)

*) Jfr. UfR 1975 s. 695 og i forbindelse hermed *Rønsholdt*: Juristen 1976 s. 669ff. *Spleth* Juristen 1976 s. 369. Og UfR 1981 s. 637ff med kommentarer af *Jørgen Gersing*, UfR B 1982 s. 2ff, jfr. *Rønsholdt*: Juristen 1982 s. 259ff.

**) Om omfanget af de opgaver det rådgivende ingeniørfirma har forestået for kommunen oplyses det således, at firmaet i perioden 1/4 1975 - 1/4 1978 har medvirket ved 15 af i alt 19 arbejder, hvor kommunen har benyttet rådgivende ingeniørbistand. Det oplyses endvidere, at firmaet har modtaget 1.695.000 kr. for sin bistand i disse sager. Om interessens art og omfang i øvrigt se *Rønsholdt*, Juristen 1976 s. 272f samt UfR 1981 s. 640f.

For så vidt angår det foreliggende tilfælde, udtaler indenrigsministeriet på grundlag af et møde mellem ministeriet og kommunen vedrørende omfanget af det rådgivende ingeniørfirmas igangværende aktiviteter, »at der mellem kommunen og firmaet foreligger et kontraktsforhold, der i realiteten bringer vedkommende i en stilling, *som ikke adskiller sig væsentligt fra et egentligt ansættelsesforhold som omhandlet i styrelseslovens § 29, stk. 2*« (UfR 1975 s. 699, IM 1971/1131/0400-6 af 27/9 1971).

Til trods for denne karakteristik af forholdet ser tilsynsmyndighederne sig ikke i stand til at henhøre tilfældet under en analogi af styrelseslovens § 29, stk. 2. Om vedkommendes medlemskab af og formandskab for ejendomsudvalget udtaler tilsynsrådet således, at selv om rådet »var mest tilbøjeligt til at antage, at vedkommende burde være afskåret fra at være medlem af ejendomsudvalget«, mener rådet sig ikke berettiget til at gribe ind, fordi hverken »styrelsesloven eller den foreliggende teori og praksis med tilstrækkelig klarhed havde taget stilling til det omhandlede problem« (Indstilling af 25. maj 1972 til indenrigsministeriet).

Indenrigsministeriet henholder sig til denne tilsynsrådsudtalelse og anfører videre, at der ikke foreligger en »*så klar ulovlighed, at de i styrelseslovens § 61 omhandlede tvangsmidler kunne bringes i anvendelse*«.*)

Om hans medlemskab af økonomiudvalget udtaler indenrigsministeriet, »at man må nære tilsvarende betænkeligheder ved, at ... indtræder i økonomiudvalget, som man tidligere har givet udtryk for vedrørende hans medlemskab af ejendomsudvalget« (skrivelse af 1. september 1972 til kommunens borgmester).

Ombudsmanden udviser ingen usikkerhed omkring habilitetsspørgsmålets afgørelse, men derimod nok med hensyn til denne afgørelses retsgrundlag. Ombudsmanden udtaler således, at der foreligger generel inhabilitet men anfører videre, at »*dette standpunkt havde vel ikke et så klart grundlag*, at jeg fandt at burde udtale kritik ...« (FOB 1972 s. 77).

Tilsynsrådet udtaler som begrundelse for ikke at annullere kommunalbe-

*) Skrivelse af 1. september 1972 til folketingets ombudsmand. Om den retlige mangels kvalificering som betingelse for at annullere i medfør af styrelseslovens § 61, se Harder: Dansk kommunalforvaltning II s. 262 og Rønsholdt: Juristen 1976 s. 277 og Nordisk Administrativt Tidsskrift 1977 s. 32f. FOB 1977 s. 248-50.

Tredje del. Kap.IX.1.

styrelsens beslutning, om at I's medlemskab af økonomiudvalget bringes til ophør, (Beslutninger af hhv. 17. oktober 1972 og 11. januar 1973) at byrådets beslutning har hjemmel »i en analogi af bestemmelsen i § 29, stk. 2, sammenholdt med visse kommunale forvaltningsretlige principper« (TR Frederiksborg amt 0881-707-7-1978 af 13. februar 1973).

Denne afgørelse påklages til indenrigsministeriet med henvisning til, at der ikke er mulighed for at anvende § 29, stk. 2 analogt på det foreliggende tilfælde. Indenrigsministeriet giver ikke klageren medhold med hensyn til spørgsmålet, om der foreligger inhabilitet, men ministeriet støtter i højere grad sin argumentation på eksistensen af uskrevne retsgrundsætninger end på analogislutning fra styrelseslovens § 29, stk. 2. Ministeriets pointe er, at denne bestemmelse *ikke har fortrængt* de uskrevne grundsætninger om generel habilitet. Ministeriet udtaler således, at »en person, der har indgået kontrakt med en kommune, efter indenrigsministeriets opfattelse i kraft af *almindeligt gældende forvaltningsretlige principper* vil kunne være afskåret fra medlemskab af et kommunalbestyrelsesudvalg, såfremt indgåede kontrakter i betydeligt omfang har relation til udvalgets sagsområde«.*)

*) Indenrigsministeriet henviser i skrivelse af 30. maj 1973 til retstilstanden før styrelsesloven og anfører, at selv om der før dennes ikrafttræden ikke i den kommunale styrelseslovgivning fandtes udtrykkelige bestemmelser om kommunalt ansattes generelle habilitet som medlem af udvalg, blev det dog antaget, som »et almindeligt inden for forvaltningen gældende princip, at ingen kommunal tjenestemand på samme tid kunne have sæde i kommunalbestyrelsesudvalg eller anden tilsynsførende myndighed, som han var direkte undergivet i tjenstlig henseende ...«. Indenrigsministeriet fastslår endelig, at § 29, stk. 2 ikke har udelukket anvendelsen af disse uskrevne grundsætninger på tilfælde, som ikke direkte omfatter denne bestemmelse, at »bestemmelsen alene omhandler spørgsmålet om kommunalt ansattes medlemskab af udvalg og *ikke udtømmende tager stilling til spørgsmålet om forening af kommunale tjenester og hverv*«.

Denne opfattelse ligger da også helt på linje med det i teorien antagne. Således udtaler Harder i Dansk kommunalforvaltning I 3. udg. 1978 s. 304, at § 29, stk. 2 er udslag af »et princip og ikke betyder en udtømmende angivelse af de begrænsninger, der kan gælde med hensyn til medlemskab af udvalg«. Jfr. også *Preben Espersen*: De kommunale beslutninger I s. 86ff og *Harder*: Sognerådstidende 1956-57 s. 212.

Kap.IX.1.

At det usikre retsgrundlag også har spillet en rolle for den af Østre Landsret udviste tilbageholdenhed i forbindelse med rettens første afgørelse i sagen, fremgår af udtalelsen om, at retten finder det »betænkeligt at anse betingelserne for opfyldt for *ud fra almindelige retlige grundsætninger* af habilitetsgrunde at tilsidesætte dette valg«.*)

Først efter fremsættelsen af indenrigsministerens ovenfor citerede udtalelse i forbindelse med forelæggelsen i 1976/77 af forslaget til revision af § 29, finder tilsynsmyndighederne, at der er tilvejebragt et tilstrækkeligt klart retsgrundlag. Ved tilsynsrådets annullation af kommunalbestyrelsens fornyede indvælgelse i økonomiudvalget udtaler rådet således, »at den betænkelighed som tilsynsrådet hidtil har haft med hensyn til at statuere, at et valg ... var så klart ulovligt, at tilsynsrådet kunne træffe foranstaltninger i medfør af styrelseslovens § 61, *nu er overvundet*« (TR Frederiksborg amt 089-215-99-4-1978 af 7. juni 1978).

Indenrigsministeriet tilslutter sig rådets retsopfattelse og finder derfor ikke tilstrækkelige holdepunkter for at kritisere tilsynsrådets annullation i medfør af styrelseslovens § 61, stk. 1, »*uanset at rækkevidden af den omhandlede forvaltningsretlige retsregel ikke er udtrykkeligt fastlagt af lovgivningen*«.**))

I den anden landsretsdom anerkendes en retsgrundsætning, hvorefter »et byrådsmedlem på grund af private erhvervsmæssige interesser kan være

*) Den hermed tilkendegivne retsopfattelse synes at harmonere med den betydning retsgrundlagets usikre karakter i denne periode har spillet for tilsynsmyndighedernes lidet intensive afgrænsning respektive tilbageholdenhed med hensyn til sanktionsanvendelse. Således forklarer en kontorchef i indenrigsministeriet som vidne, at når indenrigsministeriet i en skrivelse af 1. september 1972 (IM 1971/1130/0400-6) »tilkendegav, at der ved valg af sagsøgeren til medlem af ejendomsudvalget ikke forelå en så klar ulovlighed ..., er det ikke udtryk for, at beslutningen ansås for lovlig. Beslutningen var tvært imod i strid med lang administrativ praksis ... *Da der imidlertid her ikke er tale om tilsidesættelse af en lovregel eller domspraksis ...*«, jfr. UfR 1975 s. 707.

**) Det antages i almindelighed, at tilsynsmyndighedernes anvendelse af annullation i medfør af styrelseslovens § 61 forudsætter en kvalificering af den retlige mangel som klar/åbenbar, jfr. nedenfor kap. XI.

Tredje del. Kap.IX.1.

afskåret fra at være medlem af et kommunalt udvalg eller fra at beklæde posterne som borgmester eller viceborgmester, såfremt der foreligger en klar åbenbar risiko for konflikt mellem hvervet og den pågældendes private erhvervsinteresser«. På grundlag heraf frifinder retten indenrigsministeriet for de af kommunen nedlagte påstande.

En dommer stemmer derimod for at tage kommunalbestyrelsens påstand til følge. Denne dissens synes i høj grad at være båret af retskildemæssige overvejelser. Den dissenterende dommer finder således, at »uanset de nævnte oplysninger, (om tilknytningsforholdet mellem det rådgivende ingeniørfirma og kommunen) er det betænkeligt at anse betingelserne for opfyldt for - *ud fra almindelige retsgrundsætninger af habilitetsgrunde* - at tilsidesætte sagsøgerens beslutning af 29. marts 1978 om ...s valg til 1. viceborgmester og som medlem af økonomiudvalget ...«.

Højesteret anerkender nok eksistensen af et uskrevent retsgrundlag om generel inhabilitet som følge af private erhvervsmæssige interesser, omend dette retsgrundlags nærmere indhold anses for yderst usikkert. Højesteret finder ikke, at der i det foreliggende tilfælde kan statueres inhabilitet, hvorfor indenrigsministeriet tilpligtes at anerkende, at vedkommende ikke er ulovligt valgt som følge af inhabilitet.

I modsætning til tilsynsmyndighederne og ombudsmanden anvender Højesteret ikke udtrykket retsgrundsætning. Hermed tilkendegives en retsopfattelse, hvorefter det uskrevene retsgrundlag skal afgrænses/udfyldes med stor tilbageholdenhed (Jfr. *Gersings* kommentar til dommen UfR 1981 s. 5). Selv om Højesteret ikke slutter modsætningsvis fra styrelseslovens § 29, stk. 3, så har såvel det forhold, at denne bestemmelse ikke direkte omfatter privatøkonomiske interesser, som det forhold at habilitetskravene for kommunalt ansattes medlemskab af økonomiudvalget blev lempet med tilføjelsen af stk. 3, betinget en til modsætningsslutning grænsende tilbageholdenhed.

Sammenfattende kan anføres, at styrelseslovens § 29 ikke anvendes analogt i forhold til privatøkonomiske interesser, selv ikke hvor disse af de retsanvendende myndigheder opfattes som ganske sammenfaldende med interesser, der udspringer af kommunal ansættelse. Der antages derimod at eksistere et uskrevent retsgrundlag, som indholdsmæssigt nok er forbundet, men ikke sammenfaldende, med reglerne i § 29. Dette retsgrundlag er udtryk for en betydeligt mindre intensiv regulering end den der praktiseres

i medfør af § 29 *). Denne tilbageholdenhed synes i hvert tilfælde til dels at bero på usikkerhed med hensyn til det uskrevne retsgrundlags retskildemæssige valeur.**)

Hvordan intensiteten i afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende forhold end måtte forholde sig til styrelseslovens § 29, stk. 3, kan det konstateres, at forskellen i retsopfattelsen de enkelte retsanvendende myndigheder imellem umiddelbart giver sig udtryk i forskellige grader af reguleringsintensitet.

I det følgende vil billedet af retstilstanden blive præciseret og nuanceret ved en analyse af de retsanvendende myndigheders bedømmelsesgrundlag.

2. Hensynenes indhold og indbyrdes forhold

Også for så vidt angår hensynene, der ligger til grund for de generelle habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser gælder det ovenfor i kap. V og indledningen til tredje del anførte, at den præcise indholdsmæssige bestemmelse af hensynene og disses indbyrdes forhold til dels er afhængig af den interesselype, der er reguleringsgenstand. Når derfor det i kap. VIII anførte hensyn til ansættelsesstedets arbejdsgang ikke er medtaget i denne sammenhæng, beror det på, at hovedreglen om, at den offentligretlige kompetences indflydelse på interesselubjektets eller interessebærerens forhold normalt er uden relevans for habilitetsbedømmelsen, ubetinget kan fastholdes, hvor interesseens grundlag er af privatøkonomisk karakter.

*) Det anførte forbehold sigter til det forhold, at afgrænsningen af § 29, stk. 3 i sig selv er usikker, jfr. ovenfor kap. VIII, og at dommen direkte vedrører medlemskab af økonomiudvalget og ikke de i § 29, stk. 2 omfattede stående udvalg. Om de forudsætninger dommen måtte indeholde vedrørende forhold, der kan sidestilles med § 29, stk. 2, jfr. nedenfor afsnit 7 og 8.

**) Karakteren og rækkevidden af denne usikkerhed kompliceres en del af det forhold, at tilsynsmyndighederne klart opererer med en distinktion mellem spørgsmålet om *indholdet* af gældende ret, og *sanktioneringen* heraf. Dette forhold synes at have afsmittende virkning på såvel ombudsmandens som domstolens retsopfattelse, jfr. *Rønsholdt*: Juristen 1976 s. 169ff og Nordisk Administrativ Tidsskrift 1977 s. 32.

Tredje del. Kap.IX.2.

Hvad angår den indholdsmæssige bestemmelse af hensynene, kan særligt i forhold til den her omhandlede interesselype anføres, at medens de sider af hensynene, der sigter mod foregribelse af speciel inhabilitet spiller en helt afgørende rolle i grundlaget for afgrænsningen af de generelle habilitetskrav vedrørende kommunale ansættelsesforhold, vil en tilsvarende vægtfordeling i forhold til privatøkonomiske interesser repræsentere et for snævert grundlag for reguleringen. Således må udvidelsen af garantihensynet til udover at sigte mod manifesterede interessekonflikter være af særlig relevans for den habilitetsmæssige regulering af privatøkonomiske interesser. I sammenligning med interesser, der udspringer af kommunale ansættelsesforhold, er privatøkonomiske interesser i højere grad af en karakter, som lader sig realisere på en måde, der i værste fald giver associationer til klassiske korruptionstilfælde.

Hertil kommer, at netop privatøkonomiske interesser forekommer i et utal af varianter, der ofte vanskeligt lader sig erkende endsige forudse af andre end interessens bærere. Denne ringe grad af synbarhed og dermed forudsigelighed giver større mulighed for usaglig påvirkning uafhængigt af og løsrevet fra den formelle sagsbehandling og beslutningsproces, der er genstand for retsvirkningen af speciel inhabilitet, ligesom risikoen for at inhabilitetsbegrundende interesser slet ikke kommer for dagen naturligvis øges. Jfr. i det hele indledningen til 3. del og kap. VI.

Og som det klart fremgår af kap. VI giver afgrænsningen af de specielle habilitetskrav, især i relation til en så sammensat interesselype som den her omhandlede, anledning til stor usikkerhed.

En vægtforskydning mod de aspekter af garantihensynet, der begrundet generel inhabilitet, udover hvad forebyggelse af speciel inhabilitet kan begrunde, d.v.s. de latente interessekonflikter, repræsenterer en intensivt af reguleringen. I samme retning trækker også tillidshensynet, hvis indhold jo i øvrigt må ses i snæver sammenhæng med det om garantihensynet anførte. Bestræbelsen i retning af at styrke eller i hvert tilfælde undgå svækkelse af offentlighedens tillid til forvaltningen må naturligvis særligt have de interesselyper for øje, som af opinionen opfattes som hovedkilden til misbrug af offentligretlig kompetence.

I forhold hertil er hensynet til ikke at afskære bestemte befolknings- og erhvervsgrupper fra deltagelse i kommunalt arbejde udtryk for en slækkelse af reguleringsintensiteten. Hensynet hertil synes netop i særlig grad at være formuleret med sigte på lokale nærings- og erhvervsdrivendes kom-

municipalpolitiske muligheder. Da kommunalbestyrelsesmedlemmers privatøkonomiske interesser naturligvis ofte er centreret om det geografiske område, der er grundlaget og genstanden for kommunalbestyrelsesmedlemmernes politiske mandat, vil habilitetskrav, der sigter mod privatøkonomiske interesser tendere i retning af særligt at udelukke eller begrænse disse befolknings- og erhvervsgruppers deltagelse i det kommunale arbejde.

3. Kriterier for afgrænsningen af generelt inhabilitetsbegrundende interesser

De anvendte kriterier må, om de generelle habilitetskrav skal være af et egentligt materielt indhold, repræsentere en grad af formalisering. Hvis det relevante kriterium eksempelvis er det fremtidige omfang af vedkommendes specielle inhabilitet, er det naturligvis en grundlæggende forudsætning for eksistensen af generelle habilitetskrav, at de specielle habilitetskrav på abstrakt grundlag, d.v.s. i regelform, lader sig afgrænse med en sikkerhed, der muliggør forudsigelse af vedkommendes specielle inhabilitet.

Den følgende fremstilling vil være inddelt i afsnit, som hver især omhandler forskellige i praksis anvendte kriterier af afgørende betydning for afgrænsninger af de generelle habilitetskrav, og dermed også for indholdet og vægtfordelingen mellem de enkelte hensyn i bedømmelsesgrundlaget.

3.1. Forholdet mellem speciel og generel habilitet

Et centralt hensyn bag de generelle habilitetskrav er som anført foregribelse af speciel inhabilitet. Som følge heraf er bedømmelsesgrundlaget stærkt domineret af kriterier, der udtrykker det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet.

Traditionelt synes opfattelsen at have været, at de generelle habilitetskrav afgrænses mere intenst end de specielle habilitetskravs indhold og rækkevidde i sig selv begrunder. Dette forhold formuleres klart af *Poul Andersen*, der om forholdet mellem generel og speciel inhabilitet udtaler, at »ved udnævnelser og valg drejer det sig imidlertid om at finde den overhovedet bedst egnede. De overvejelser, som i dette øjemed finder sted, vil bl.a. gå ud på at finde en for interesser som de nævnte frigjort person, og da der også i så henseende normalt er mange at vælge imellem,

Tredje del. Kap.IX.3.1.

vil kravet kunne stilles *langt strengere*, end når der er tale om at anse en aktuel indehaver af et offentligt hverv for uegnet, idet substitutionsspørgsmålet her kan volde vanskeligheder« (Dansk forvaltningsret 5. udg. s. 444, Poul Andersen taler om inhabilitet »i videre forstand«).*)

Det fremgår klart heraf, at de generelle habilitetskrav afgrænses med henblik på foregribelse af *ethvert tilfælde af og enhver risiko for speciel inhabilitet*, og vel også at reguleringen herudover kan sigte mod afskæring af interesser, som ikke begrundes speciel inhabilitet. Generelle habilitetskrav, som alene afgrænses med henblik på forebyggelse af speciel inhabilitet (manifeste interessekonflikter), vil i forhold hertil repræsentere en snævrere afgrænsning, som yderligere indsnævres i det omfang afgrænsningen bygger på en forudsætning om et tilladeligt omfang af speciel inhabilitet.

3.1.1. Afgrænsningen af de specielle habilitetskrav som indgår i bedømmelsesgrundlaget vedrørende generel habilitet

Spørgsmålet om hvilken grad af reguleringsintensitet, der bliver resultatet af et bedømmelsesgrundlag, som afgrænser de generelle habilitetskrav videre, snævrere eller identisk med afgrænsningen af de specielle habilitetskrav, må naturligvis tage udgangspunkt i det om afgrænsningen af de specielle habilitetskrav anførte, jfr. kap. VI. I forhold hertil må man imidlertid være opmærksom på, at de respektive myndigheders retsopfattelse vedrørende afgrænsningen af de specielle habilitetskrav kan være påvirket af, at denne retsopfattelses genstand ikke er en konkret sag eller afgørelse om speciel habilitet men derimod en abstraktion, der skal indgå som en integreret del af grundlaget for afgrænsningen af et generelt habilitetskrav.

Når således indenrigsministeriet i forbindelse med og som grundlag for en afgørelse, hvorefter en ejendomshandler anses for generelt habil som medlem af teknisk udvalg, understreger vedkommendes specielle inhabilitet i sager om køb og salg af fast ejendom, »som han i kraft af sin stilling som ejendomshandler *har deltaget i behandlingen af*«, er der tale om en

*) Som eksempel på denne intensivering anføres U 1932 s. 150, der statuerer at en person er generelt inhabil til at fastsætte en erstatning, der skulle udredes af den kommune, *i hvilken han var skatteyder*.

afgrænsning af de specielle habilitetskrav, som er så snæver, at den ikke uden videre kan tages som udtryk for ministeriets udtømmende fastlæggelse af de ydre grænser for inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning. At parts eller partslignende tilknytning til en sag bevirker speciel inhabilitet, må være udtryk for en selvfølgelig minimumsafgrænsning.

En optimalt pålidelig prognose over risikoen for fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet må naturligvis bygge på en retsopfattelse, der svarer til den faktisk gældende afgrænsning af de specielle habilitetskrav. En meget snæver og dermed uproblematisk afgrænsning af de specielle habilitetskrav vil naturligvis lede til en retstilstand, hvorefter de generelle habilitetskrav afgrænses tilsvarende snævert. Stadig under forudsætning af, at bedømmelsesgrundlaget reduceres til en fremprojicering af vedkommendes specielle inhabilitet.

Forholdet illustreres udmærket i den netop omtalte sag om en ejendomshandlers generelle habilitet som formand for teknisk udvalg (IM 1972/1130/1600-1 af 14. februar 1973). På grundlag af overvejelser over hensynet til, at udvalgets funktionsevne ikke må forstyrres af speciel inhabilitet, når kommunalbestyrelsens flertal til det resultat, at ejendomshandleren er generelt inhabil. Karakteren af kommunalbestyrelsens bedømmelsesgrundlag fremgår af udtalelsen om, at det er »overvejende sandsynligt, at ... på grund af personlige interesser, der har relation til den del af kommunens forvaltning, der forestås af teknisk udvalg, *vil blive inhabil i et sådant omfang, at hans regelmæssige deltagelse i udvalgets arbejde ...*«.

Dette af kommunalbestyrelsen anvendte bedømmelsesgrundlag er principielt af samme art som det, indenrigsministeriet betjener sig af. Begge myndigheder bygger deres afgørelse på det teknisk/ administrative hensyn. Jfr. det af indenrigsministeriet formulerede kriterium for generel inhabilitet, hvorefter »udvalget ofte eller ved behandlingen af væsentlige sager i betydeligt omfang ikke vil være fuldtalligt«.

Når indenrigsministeriet på trods af dette sammenfald i karakteren af de anvendte bedømmelsesgrundlag når til et andet resultat end kommunalbestyrelsen, må det enten bero på, at ministeriet drager grænserne for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet videre end kommunalbestyrelsen, (jfr. ministeriets formulering af de relevante kriterier sammenholdt med kommunalbestyrelsens afgrænsning af disse kriterier). Eller at indenrigsministeriet, som følge af en snæver afgrænsning af de specielle habilitetskrav, vurderer omfanget af denne inhabilitet anderledes

Tredje del. Kap.IX.3.1.1.

end kommunalbestyrelsen, jfr. ministeriets ovenfor omtalte understregning af vedkommendes specielle inhabilitet i sager, som han »*har deltaget i behandlingen af*«.

Den lidet intensive afgrænsning af de generelle habilitetskrav er således resultat af et bedømmelsesgrundlag, som alene fokuserer på hensynet til foregribelse af speciel inhabilitet, og i forbindelse hermed bygger på en lidet intensiv afgrænsning af de specielle habilitetskrav. Et sådant bedømmelsesgrundlag vil kunne føre til, at de generelle habilitetskrav som sådanne (yderligere) trænges tilbage med henvisning til, at fremtidige interessekonflikter kan løses på grundlag af de specielle habilitetskrav. I forbindelse med at tilsynsrådet ligesom indenrigsministeriet træffer afgørelse om, at ejendomshandleren ikke er generelt inhabil, tilføjer rådet således, »at spørgsmålet om ...s fremtidige inhabilitet *må afgøres konkret fra sag til sag*« (TR Nordjyllands amt 089-18-90-1-1972 af 29. juni 1972).

At sådanne anvisninger om hovedsageligt at basere reguleringen på anvendelse af de specielle habilitetskrav er udtryk for en selvforstærkende proces i retning af at trænge anvendelsen af de generelle habilitetskrav tilbage og ikke blot en selvfølgelig konstatering af, at interessekonflikter i forhold til generelt habile kommunalbestyrelsesmedlemmer må løses på grundlag af de specielle habilitetskrav, kan kun vanskeligt dokumenteres med sikkerhed. Som afgørende indicium herfor tjener imidlertid den sammenhæng, der ofte kan konstateres mellem iøjnefaldende tilbageholdenhed med at statuere generel inhabilitet, og det forhold at bedømmelsesgrundlagets henvisninger til de specielle habilitetskrav forudsætter en afgrænsning af disse, som forekommer bemærkelsesværdig snæver sammenlignet med den afgrænsning, der lægges til grund for afgørelser, hvis egentlige genstand direkte er spørgsmålet om speciel habilitet.

Forholdet illustreres tydeligt i en sag, om formanden for en sparekassebestyrelse er udelukket fra medlemskab af økonomiudvalget, »*når kommunen foretager så godt som alle sine økonomiske forretninger med den pågældende sparekasse*« (IM 1970/1201/1418-1 af 12. januar 1970).

Indenrigsministeriet antager ikke, at dette tilknytningsforhold medfører generel inhabilitet. Ministeriet er således af den opfattelse, »at formanden for en sparekassebestyrelse ikke er udelukket fra medlemskab af en kommunalbestyrelses økonomiudvalg, selv om kommunen har forretningsforbindelse med den pågældende sparekasse«.

Denne meget tilbageholdende afgrænsning af det generelle habilitets-

krav skal ses i forbindelse med ministeriets afgrænsning af de specielle habilitetskrav gældende for det pågældende tilknytningsforhold. Ministeriet udtaler herom, at »derimod vil det forhold, at dette økonomiudvalgs-medlem er formand for bestyrelsen af en sparekasse, *efter omstændighederne kunne bevirke*, at den pågældende anses for udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens og økonomiudvalgets behandling af og afstemning i sager, der vedrører sparekassen«.

Hvilken afgrænsning af de specielle habilitetskrav, der præcist af ministeriet indlægges i formuleringen »efter omstændighederne kunne bevirke«, lader sig naturligvis ikke direkte udlede af den anvendte sprogbrug. Men enten stiller indenrigsministeriet ganske store krav til det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet, der begrunder generel inhabilitet, eller også afgrænses de specielle habilitetskrav i denne henseende lidet intensivt.

Denne mulige forudsætning om tilbageholdende afgrænsning af de specielle habilitetskrav kobles af ministeriet sammen med en retsopfattelse, hvorefter bedømmelsesgrundlaget vedrørende speciel habilitet er så lidet formaliseret, at spørgsmålet om i hvilket omfang der må antages at foreligge speciel inhabilitet i fremtiden, ikke kan »besvares generelt, men må bero på en konkret bedømmelse af forholdene i de enkelte sager«.

At en sådan retsopfattelse vedrørende de specielle habilitetskravs form kombineret med et bedømmelsesgrundlag, der udelukkende fokuserer på hensynet til foregribelse af speciel inhabilitet, ikke levner de generelle habilitetskrav meget råderum, er vel klart.

Som et yderligere eksempel på denne sammenhæng mellem tilbageholdende afgrænsning af de generelle habilitetskrav og et bedømmelsesgrundlag, der bygger på en snæver afgrænsning af de specielle habilitetskrav kombineret med en høj tolerancetærskel over for fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet, kan anføres en sag, om en ejendomsmægler kan være medlem af økonomiudvalg og planudvalg (IM 1972/1201/0608-2 af 19. december 1972).

Indenrigsministeriet foretager indledningsvis en snæver afgrænsning af de specielle habilitetskrav, hvorefter vedkommende er specielt inhabil i kommunalbestyrelsen og dennes udvalg i forhold til sager om køb og salg af fast ejendom, »som den pågældende *har deltaget i behandlingen af i kraft af sin stilling som ejendomsmægler*«.

For så vidt angår spørgsmålet om generel habilitet henviser indenrigsmini-

Tredje del. Kap.IX.3.1.1.

nisteriet til den eksisterende tvivl om afgrænsningen af § 29, stk. 2 og anfører, at det ikke kan udelukkes, at de overvejelser, ministeriet i den forbindelse gør sig, »vil få betydning for bedømmelsen af, hvorvidt andre medlemmer bør kunne være medlemmer af udvalget, *uanset de på grund af inhabilitet i betydeligt omfang er afskåret fra deltagelse i udvalgsarbejdet*«.

At indenrigsministeriet ikke mener »på det foreliggende grundlag at burde tage stilling til spørgsmålet om lovligheden af det omhandlede byrådsmedlems medlemskab af byrådets økonomiudvalg og planudvalg« kan ikke undre, når dette grundlag på den ene side opererer med den anførte snævre afgrænsning af de specielle habilitetskrav, og på den anden side forudsætter retlig usikkerhed med hensyn til afgrænsningen af de generelle habilitetskrav, selv hvor den pågældende *i betydeligt omfang* vil være specielt inhabil.

Tilsvarende kan anføres en sag, om en ejendomsmægler kan være medlem af teknisk udvalg (TR Viborg amt 089-99-70-71 af 25. januar 1972).

Det oplyses, at hun, der er den eneste ejendomsmægler i kommunen, ikke kan undgå i nogle tilfælde at repræsentere sælgere, der sælger ejendomme til kommunen. Det oplyses videre, at hun tidligere har medvirket ved salg af kommunens byggegrunde. Dette spørgsmål uddybes med oplysning om, at forretningens beliggenhed bevirker, at hun »kommer i kontakt med et betydeligt antal køberemner til ... kommunes villagrunde«. Og endelig anfører kommunalbestyrelsen, at »man hidtil har haft behov for fru ...'s bistand ved salg af villagrunde ...«.

Tilsynsrådet anser ikke på grundlag heraf vedkommende for afskåret fra medlemskab af teknisk udvalg, hvilket kan sættes i forbindelse med tilsynsrådets afgrænsning af hendes specielle habilitet, som tilkendegives i en af rådet udtalt forudsætning om, at hun »ikke deltager i behandlingen af sager, *hvor hun som ejendomsmægler repræsenterer en part*, der er sælger af ejendom til kommunen eller køber af ejendom af kommunen«.

Endelig skal anføres et tilfælde om en borgmesters generelle habilitet, når vedkommende er kommunens advokat (IM 1978/123 /1418-2 af 19. marts 1979).

Spørgsmålet for folketingets kommunaludvalg har følgende indhold:

»Finder ministeren ikke, at borgmesteren som medlem af og formand for økonomiudvalget har haft en helt klar personlig og økonomisk interesse i at få

gennemført så mange kommunale ejendomshandler som muligt og derved opnå en direkte økonomisk gevinst ved hver enkelt ejendomshandel, og at han derfor må betragtes som værende inhabil ved de kommunale beslutninger, som indebærer en personlig økonomisk gevinst for ham«.

Indenrigsministeriet henviser til tilsynsrådets udtalelse og oplyser, at tilsynsrådet har tilsluttet sig ministeriets udtalelser, »hvorefter der ikke er grundlag for at antage, at borgmesteren *i almindelighed* har været inhabil ved kommunalbestyrelsens forhandlinger og afstemninger i sager om kommunale ejendomshandler«.

At denne retsopfattelse bygger på en snæver afgrænsning af de specielle habilitetskrav fremgår af tilsynsrådets udtalelse om, at det ikke kan »udelukkes, at borgmesterens habilitet nok har kunnet drages i tvivl i visse sager, *hvor hans økonomiske interesser har været betydelige*«.

Det fremgår således klart, at grænserne for generel inhabilitet drages snævert, og at denne afgrænsning som sin forudsætning har en tilsvarende snæver afgrænsning af de specielle habilitetskrav. For at være specielt inhabil i forhold til sager om kommunale ejendomshandler skal den økonomiske interesse således være »*betydelig*«. At der ikke hermed blot er tale om en henvisning til den almindeligt antagne betingelse om, at interesser for at være inhabilitetsbegrundende skal være af et ikke uvæsentligt omfang (jfr. herom kap. VI, afsnit 4) fremgår af det forhold, at størrelsen af advokaters honorar for ejendomshandler normalt vil repræsentere en økonomisk interesse, som i sager hvis genstand direkte er spørgsmålet om speciel habilitet, vil begrunde inhabilitet.

Eksistensen af en forbindelse mellem tilbageholdende afgrænsning af de generelle habilitetskrav og en tilsvarende snæver afgrænsning af de specielle habilitetskrav sandsynliggøres yderligere, når der også omvendt kan påvises forbindelse mellem afgørelser, der statuerer generel inhabilitet, og bedømmelsesgrundlag der bygger på en forudsætning om intensiv afgrænsning af de specielle habilitetskrav.

Som eksempel herpå kan anføres en sag, om et ansættelsesforhold i en overordnet stilling bevirker, at vedkommende er generelt inhabil med hensyn til medlemskab af havneudvalget (IM 1978/123/1404-1, skrivelse af 9. februar 1979).

Tilsynsrådet lægger ved sin afgørelse om at vedkommende er generelt inhabil, vægt på, at færgeselskabet i 1976 har bidraget med 39% af havnens indtægter (TR Århus amt 0881-707-7-1978 af 17. november 1978).

Tredje del. Kap.IX.3.1.1.

Om omfanget af speciel inhabilitet udtaler tilsynsrådet, at vedkommende »ville være inhabil ved behandlingen af så mange væsentlige sager i havneudvalget, at det må give anledning til betydelige betænkeligheder med hensyn til dette udvalgs sagsbehandling«.

Indenrigsministeriet tilslutter sig denne afgørelse og udtaler om afgrænsningen af vedkommendes specielle habilitet, at han som specielt inhabil vil være afskåret ikke blot fra »de sager, *der direkte angår ... , men også de sager, hvor afgørelsen indirekte kan få betydning for de vilkår, hvorunder færgeselskabet kommer til at arbejde*«.

Hvor man i de øvrige anførte tilfælde som specielt inhabilitetsbegrundende grader af tilknytning har anført parts- eller partslignende status, som tilmed i et enkelt tilfælde har været fordret kvalificeret som en *betydelig direkte* interesse, gøres nu opmærksom på, at også fjernere/mere indirekte grader af tilknytning kan bevirke inhabilitet.

Sammenfattende kan foreløbig konkluderes, at den behandlede praksis er udtryk for bedømmelsesgrundlag, hvorefter det potentielle omfang af speciel inhabilitet er det helt afgørende eller udelukkende anvendte kriterium for generel habilitet. Den lidet intensive afgrænsning af de generelle habilitetskrav korresponderer med en retsopfattelse, hvorefter de specielle habilitetskrav der indgår i bedømmelsesgrundlaget, afgrænses meget snævert. Og hertil kommer, at det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet fastsættes på grundlag af tolerancetærskler, som må karakteriseres som høje. Således antages generel inhabilitet først at indtræde, når omfanget af speciel inhabilitet kan forventes at blive omfattende.

Denne retsopfattelse er således ikke i overensstemmelse med det ovenfor af Poul Andersen antagne. Afgrænsningen af de generelle habilitetskrav er ikke mere intens end afgrænsningen af de specielle habilitetskrav, hvis anvendelse de generelle habilitetskrav skulle forebygge. Tværtimod synes anvendelsen af generel inhabilitet at blive opfattet og anvendt som en nødforanstaltning, der først sættes ind, når omfanget af speciel inhabilitet når et vist kritisk punkt. Indtil da afvises det at statuere generel inhabilitet, og i stedet henvises til muligheden for at statuere speciel inhabilitet.

Denne retsopfattelse synes nært forbundet med modvilje mod at anerkende formalisering af bedømmelsesgrundlaget. Det er klart, at den ofte forekommende understregning af bedømmelsesgrundlagets konkrete ka-

rakter i forbindelse med udtalelser om, at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems inhabilitet ikke lader sig afgøre generelt, repræsenterer en retsopfattelse, som må virke begrænsende i et bedømmelsesgrundlag, der bygger på prognose over netop arten og omfanget af fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet.

I det følgende afsnit vil spørgsmålet om forholdet mellem de specielle og generelle habilitetskrav, som dette forhold indgår i bedømmelsesgrundlaget vedrørende generel habilitet, blive søgt nuanceret og specificeret.

3.2. Kriterier for forholdet mellem speciel og generel habilitet

Som anført, sigter det teknisk/administrative hensyn primært mod at forebygge den svækkelse af udvalgets kapacitet, der er forbundet med retsvirkningen af de enkelte medlemmers specielle inhabilitet. I forhold til dette hensyn kan de generelle habilitetskrav således hovedsageligt afgrænses på grundlag af de specielle habilitetskrav samt de grænser, der sættes med hensyn til det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet. Dette forhold udtrykkes i kriterier af vekslende operativ relevans.

Det understreges såvel af indenrigsministeriet som af ombudsmanden, at der ved vurderingen af, hvilket omfang af speciel inhabilitet, der på grundlag af dette hensyn begrunder generel inhabilitet, må lægges vægt »ikke blot på antallet af sager, men også på betydningen af de sager, hvori den pågældende må anses for inhabil« (jfr. eksempelvis indenrigsministeriets skrivelse af 8. august 1978 IM 1977/123/0408-2. FOB 1975 s. 158 og FOB 1972 s. 77).

Hermed er det klart udtrykt, at ikke blot kvantitative kriterier vedrørende antallet af tilfælde, hvor vedkommende er specielt inhabil, men også kvalitative elementer vedrørende betydningen af disse sager kan indgå i bedømmelsesgrundlaget.

At såvel det kvalitative som det kvantitative aspekt af det teknisk/administrative hensyn i sig selv, hver for sig, kan danne grundlag for at statuere generel inhabilitet fremgår af den ovenfor behandlede sag, om en ejendomsmægler kan være formand for teknisk udvalg (IM 1972/1130/1600-1, skrivelse af 14. februar 1973). Indenrigsministeriet formulerer i denne sag kriteriet for generel inhabilitet som en prognose, hvorefter speciel inhabilitet skal bevirke, »at udvalget *ofte eller* ved behandlingen af *væsentlige* sager i *betydeligt omfang* ikke vil være fuldtalligt«. Hermed

Tredje del. Kap.IX.3.2.

udtrykkes, at den specielle inhabilitet for at begrunde generel inhabilitet skal foreligge i *betydeligt omfang*. Men herudover gives der også udtryk for, at grundlaget for afgrænsningen af den relevante margin såvel kan være en kvantitativ målestok vedrørende *antallet* som en kvalitativ målestok vedrørende *betydningen* af de enkelte sager, i forhold til hvilke vedkommende er specielt inhabil.

En nærmere afgrænsning af det teknisk/administrative hensyns indhold er naturligvis vanskelig at foretage på abstrakt grundlag. Men at der eksisterer en sammenhæng mellem grænsedragninger, der kommer til udtryk i den almene begrebsdannelse og den af de pågældende myndigheder praktiserede intensitet i afgrænsningen synes klart indiceret i praksis.

I en sag om et kommunalbestyrelsesmedlem, der er beskæftiget i et entreprenørfirma, som udfører arbejder for kommunen, kan være medlem af teknisk udvalg og økonomiudvalget, udtaler indenrigsministeriet, at man ikke på det foreliggende grundlag tør statuere, »at entreprenørfirmaets arbejder har *en sådan betydning*, at det er nødvendigt, at teknisk udvalg og økonomiudvalget ved behandlingen af de forskellige i forbindelse dermed opståede spørgsmål kan være *fuldtalligt*, og at vedkommende udvalgsmedlem som følge deraf må anses for afskåret fra at være medlem af de to udvalg« (IM 1970/1201/0509-1, skrivelse af 29. juli 1970).

Ministeriet lægger således hovedvægten på kvalitative aspekter af den specielle inhabilitets betydning for vedkommendes generelle habilitet. *Betydningen* af de sager, der vedrører firmaets arbejder for kommunen, er afgørende for, om fuldtallighed under udvalgets møder er nødvendig. Underforstået at hvor det anvendte kriterium for sagernes betydning ikke er opfyldt, vil selv et større antal tilfælde af speciel inhabilitet ikke afgørende stride mod hensynet til udvalgets arbejdssevne.

Medens det relativt let lader sig gøre at formulere afgrænselige kriterier for det kvantitative omfang af speciel inhabilitet, jfr. nedenfor, er det meget vanskeligt at formulere tilsvarende kvalitative kriterier. At ministeriets retsanvendelse i forhold til såvel kvalitative som kvantitative kriterier er udtryk for tilbageholdenhed i afgrænsningen, fremgår ved at sammenholde ministeriets afgørelse med omfanget af firmaets arbejde samt karakteren af den interesse, vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems forbindelse til firmaet er udtryk for. For det pågældende regnskabsår vil disse arbejder beløbe sig til ca. 1,8 mill. kr. (1970). Det drejer sig om byggemodningsarbejder efter »fast pris- og tidsordningen« i kommunale

udstykningsområder. Det oplyses, at firmaet nu ikke er i stand til at overholde de fastsatte tidspunkter for arbejdets færdiggørelse. Om karakteren af vedkommendes arbejde og placering i firmaet oplyses, at hans arbejdsområde omfatter »tilrettelæggelse af anvendelsen af firmaets maskinpark«. Endelig oplyses, at den pågældende indtil kommunesammenlægningen 1. april s.å. var sognerådsformand i den indtil sammenlægningen eksisterende kommune.

Spørgsmålet om hvilken praktisk betydning det har for afgrænsningen af de generelle habilitetskrav, om der i bedømmelsesgrundlaget indgår kvalitative eller kvantitative kriterier for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet, lader sig naturligvis kun besvare på grundlag af viden om disse kriteriers indhold og indbyrdes samspil.

I det omfang de kvantitative grænser praktiseres i overensstemmelse med formuleringer, hvorefter udvalget »normalt skal være fuldtalligt«, kan kvalitative kriterier som intensiverende supplement hertil kun få betydning i tilfælde, hvor speciel inhabilitet blot forventes at ville foreligge i et enkelt eller ganske få tilfælde. I forhold hertil kan det kvalitative element i bedømmelsen derimod anvendes som en begrænsende modifikation, således at det kvantitative omfang også må kvalificeres (i henseende til *betydningen* af dens specielle habilitet).

Det af indenrigsministeriet anvendte bedømmelsesgrundlag i den ovenfor anførte sag må være i overensstemmelse med den sidstnævnte forståelse. Ministeriet lægger således hovedvægten på det kvalitative aspekt, men vel at mærke anvendt som en begrænsning af reguleringsintensiteten. Hvor således kriterierne for *betydningen* af den specielle inhabilitet ikke er opfyldt, kan selv et større antal tilfælde af speciel inhabilitet ikke anses for stridende mod hensynet til udvalgets arbejdsevne.

Forholdet mellem udviklingen i reguleringsintensiteten og indholdet af det teknisk/administrative hensyn, som dette kommer til udtryk i de anvendte kriterier, kan illustreres via forløbet i en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem kan have sæde i ejendomsudvalget og økonomiudvalget, når vedkommende er medindehaver af et rådgivende ingeniørfirma (IM 1971/1131/0400-6, skrivelse af 21. april 1971 og FOB 1972 s. 78).

I tidsrummet frem til afsigelsen af den første Østre Landsretsdom lægger indenrigsministeriet afgørende vægt på forskellige varianter af det teknisk/administrative hensyn. Ministeriet udtaler således - efter at have fastslået vedkommendes specielle inhabilitet i sager, der udføres af den pågældende

Tredje del. Kap.IX.3.2.

firma - at ministeriet ikke kan tage stilling til, »hvorvidt ingeniørfirmaets arbejder har *en sådan betydning*, at ejendomsudvalget ved behandlingen af de forskellige sager vedrørende byggerier var *fuldtalligt*, således at ... som følge heraf måtte anses for udelukket fra medlemskab af udvalget« (skrivelse af 21. april 1971. FOB 1972 s. 78).

Også i denne udtalelse er det afgørende kriterium for, om speciel inhabilitet begrundes generel inhabilitet såvel en kvalitativ som en kvantitativ vurdering af de pågældende sagers betydning. Kun hvor målet herfor er opfyldt, opstår et krav om fuldtallighed i udvalget med den heraf følgende nødvendighed af at statuere generel inhabilitet.

Man kan naturligvis anføre, at forholdet mellem de kvalitative og kvantitative elementer i bedømmelsesgrundlaget må være uden enhver praktisk relevans, når det ikke er muligt at statuere generel inhabilitet i forhold til det mest oplagte eksempel på en generel inhabilitetsbegrundende interessekollision man i praksis vil kunne forvente at møde.

Det pågældende ingeniørfirma fører således tilsyn med hovedparten af kommunens (der er tale om en udviklingskommune) meget omfattende bygge- og anlægsvirksomhed. Omfanget af de involverede interesser beskrives såvel absolut, med angivelse af de enkelte projekters beløbsmæssige størrelse målt i håndværkerudgifter, som relativt i forhold til omfanget af den samlede kommunale virksomhed. Således viser en oversigt udarbejdet af kommunens tekniske forvaltning i februar 1972, at firmaet »har virket som rådgivende ingeniørfirma for den alt overvejende del af de kommunale bygge- og anlægsarbejder, som er blevet overdraget til private firmaer, både set i relation til entreprisernes antal og til entreprisesummernes størrelse. Firmaets virksomhed har også beløbsmæssigt været langt større end den projekterede virksomhed, som er udøvet af kommunens tekniske forvaltning«.

Disse oplysninger bliver yderligere specificeret i en opgørelse af januar 1974, hvori det for perioden 1/4 1970 - 11/1 1973 oplyses, at af 20 anlægs- og 6 byggearbejder blev 2 anlægsarbejder projekteret af teknisk forvaltning og yderligere 2 af andre ingeniørfirmaer, medens det firma vedkommende er medindehaver af, var antaget som rådgivende ingeniør til de øvrige arbejder. De anlægsarbejder, som ingeniørfirmaet var antaget til før kommunesammenlægningen, og som ikke var afsluttet inden vedkommende blev indvalgt i ejendomsudvalget i april, beløb sig til i alt 3,5 mill. kr. Anlægsudgifterne ved de arbejder, som firmaet blev antaget til efter 1/4 1970, beløb sig til 7,3 mill. kr., medens håndværkerudgifterne til de byggearbejder, som firmaet var antaget til efter 1/4, beløb sig til ca. 13 mill. kr.

I en opgørelse foretaget af kommunen for perioden 1973 - februar 1975 viser det sig, at der er overdraget firmaet byggearbejder til i alt ca. 58 mill. kr. Med hensyn til disse projekters betydning for entreprenørfirmaets indtjening oplyses, at firmaet fra kommunen oppebærer honorarer for ca. 450-600.000 kr. årligt.

Hvad der end ligger i ministeriets formulering af de relevante kriterier og disses indbyrdes forhold, må det konstateres, at ministeriets retsanvendelse er udtryk for så beskeden reguleringsintensitet, at ministeriets undladelse af at statuere generel inhabilitet nødvendigvis må have sin årsag i usikkerhed med hensyn til det retskildemæssige grundlag.

Hvad man end måtte mene om grundlaget herfor, og dermed om den senere af tilsynsmyndighederne påberåbte afklaring som legitimation for en skærpelse af praksis, lader det sig klart konstatere, at intensiveringen praktisk formidles ved, at den reguleringsdæmpende anvendelse af kvalitative kriterier afløses eller fortrænges af kvantitative kriterier, som sætter snævre grænser for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet.

Efter at indenrigsministeriet således havde udtalt, at ministeriet ikke på det foreliggende grundlag mente at kunne tage stilling til, »hvorvidt ingeniørfirmaets arbejde har *en sådan betydning*, at det er nødvendigt at ejendomsudvalget ved behandlingen af de forskellige sager vedrørende byggeriet *er fuldtalligt, således at den pågældende som følge heraf må anses for udelukket fra medlemskab af udvalget*«, udtaler ministeriet, »at man muligvis bør komme til det resultat, at ... burde være afskåret fra medlemskab af ejendomsudvalget ...«. (skrivelse af 27. september 1971 IM 1971/1131/0400-6). Kommunalbestyrelsen vedtager herefter (14. oktober 1971), at ... kan forblive som formand for ejendomsudvalget.

Ombudsmanden udtaler som sin retsopfattelse, at det »havde været rigtigst, om byrådet ikke havde valgt ... som medlem af ejendomsudvalget« (skrivelse af 28. september 1972). På dette stadium af sagens forløb opererer ombudsmanden klart med en mere intens afgrænsning, end den af tilsynsmyndighederne praktiserede. I modsætning til det ovenfor om indenrigsministeriets bedømmelsesgrundlag anførte, er ombudsmandens bedømmelse funderet i en restriktiv anvendelse af kvalitative kriterier. Ombudsmanden er i almindelighed skeptisk over for at fokusere på spørgsmålet om vedkommendes specielle inhabilitet og er i særdeleshed

Tredje del. Kap.IX.3.2.

skeptisk over for bedømmelsesgrundlag, som i denne henseende lægger vægt på kvantitative udtryk for omfanget af speciel inhabilitet, jfr. nedenfor. Ombudsmanden tager især afstand fra kriterier, som på rent kvantitativt grundlag muliggør, at der statueres generel habilitet, når blot omfanget af vedkommendes specielle inhabilitet udgør et forholdsmæssigt beskedent antal sager sammenlignet med udvalgets samlede antal sager/dagsordenspunkter. For så vidt angår den praktiske betydning af vægtfordelingen mellem kvantitative og kvalitative kriterier, er det således ikke udtryk for en modsætning, når indenrigsministeriets retsopfattelse tilnærmer sig en høj grad af intensitet i afgrænsningen ved restriktiv anvendelse af kvantitative kriterier for det acceptable omfang af speciel inhabilitet.

Foranlediget af en henstilling fra ombudsmanden om at tage sagen op til fornyet overvejelse vedtager kommunalbestyrelsen som anført den 17/10 1972, at vedkommende er generelt inhabil som medlem af ejendomsudvalget. På en forespørgsel fra kommunalbestyrelsen om lovligheden af hans første indvælgelse i økonomiudvalget fremkommer indenrigsministeriet med en udtalelse, i hvilken kriteriet for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet synes skærpet på kvantitativt grundlag. Ministeriet henleder således opmærksomheden på ønskeligheden af, at »økonomiudvalget *i videst muligt omfang* er fuldtalligt ved behandlingen af de foreliggende sager«. Og indenrigsministeriet »må derfor nære tilsvarende betænkeligheder ved, at ... nu indvælges i økonomiudvalget, som tidligere kom til udtryk vedrørende den pågældendes medlemskab af ejendomsudvalget«.

Selv om indenrigsministeriets retsopfattelse også i dette tilfælde formuleres som en uforbindende udtalelse, er der næppe tvivl om, at den er udtryk for en intensivering. Udtalelsen om »tilsvarende« betænkeligheder ved hans medlemskab af økonomiudvalget må således ses i forbindelse med, at han var *formand* for ejendomsudvalget, medens han nu er menigt medlem af økonomiudvalget. Økonomiudvalgets forbindelse med sager vedrørende de relevante bygge- og anlægsarbejder vil, som følge af funktionsdelingen mellem ejendomsudvalget og økonomiudvalget, ofte være mere indirekte end forbindelsen mellem disse sager og ejendomsudvalget, jfr. herom nedenfor. Og disse sager vil udgøre en forholdsmæssig mindre del af økonomiudvalgets end ejendomsudvalgets samlede arbejde. Det er denne forskel, der afspejles i den lempelse af de for økonomiudvalget gældende generelle habilitetskrav § 29, stk. 3 er udtryk for.

Ombudsmanden har på et tidligt tidspunkt og klarest blandt de retsanvendende myndigheder peget på den begrænsede rækkevidde af generelle habilitetskrav, hvis afgrænsning ensidigt er funderet i hensynet til foregribelse af speciel inhabilitet. Ombudsmanden betragter i almindelighed en udelukkende eller dominerende anvendelse af det teknisk/administrative hensyn som inadækvat. Således udtaler ombudsmanden, at »stillingen til det foreliggende spørgsmål kunne efter min mening ikke tages *alene på grundlag af kvantitativt prægede praktiske overvejelser over antallet og vanskeligheden af sager, hvori medlemmet konkret var inhabil, således at fuldtallighed var udelukket*« (FOB 1972 s. 80 og FOB 1975 s. 161).

Med hensyn til vedkommendes medlemskab af ejendomsudvalget udtaler ombudsmanden som sin retsopfattelse, at det »havde været rigtigst, om byrådet ikke havde valgt ... som medlem af ejendomsudvalget« (FOB 1972 s. 80). På dette stadium af sagens forløb opererer ombudsmanden klart med en mere intens afgrænsning end den af tilsynsmyndighederne praktiserede.*)

Ombudsmandens bedømmelse er afgørende funderet i anvendelse af kvalitative kriterier. Ombudsmanden er i almindelighed skeptisk overfor i bedømmelsesgrundlaget at fokusere på spørgsmålet om vedkommendes specielle inhabilitet. Ombudsmanden peger generelt på den begrænsede rækkevidde af bedømmelsesgrundlag, der bygger på foregribelse af speciel inhabilitet. Og ombudsmandens skepsis gælder vel at mærke også i tilfælde, hvor indholdet og afgrænsningen af de specielle habilitetskrav ikke giver anledning til tvivl, og hvor disse specielle habilitetskrav faktisk respekteres. Således udtaler ombudsmanden, at det selv i tilfælde hvor vedkommende som specielt inhabil har undladt at deltage i sagens behandling og afgørelse, må være principielt betænkeligt, at udvalgets øvrige medlemmer »skal afgøre spørgsmål med hensyn til hvilke et udvalgsmedlem er part eller har en partslignende stilling« (FOB 1975 s. 161 og 1972 s. 80).

*) Efter at indenrigsministeriet har udtalt, »at man muligvis bør komme til det resultat, at ... burde være afskåret fra medlemskab af udvalget ...«, jfr. skrivelse af 27. september 1971, vedtager kommunalbestyrelsen ved beslutning af 14. oktober 1971, at vedkommende kan forblive som formand for ejendomsudvalget.

Tredje del. Kap.IX.3.2.

Ombudsmanden er i særdeleshed skeptisk over for bedømmelsesgrundlag, som lægger vægt på kvantitative udtryk for omfanget af speciel inhabilitet. Dette kommer til udtryk i afstandtagen fra afgørende at inddrage bedømmelseselementer vedrørende forholdet mellem udvalgets samlede antal dagsordenspunkter og de punkter, i forhold til hvilke vedkommende er specielt inhabil. Med henvisning til ejendomsudvalgets arbejdsopgaver i medfør af kommunens styrelsesvedtægt udtaler ombudsmanden, at udvalgets kompetenceområde omfatter en række forskellige arbejdsområder, hvoraf »udvalgets behandling af sager vedrørende projektering og opførelse af kommunale bygninger og institutioner naturligvis kun omfatter *en talmæssigt begrænset del af udvalgets samlede dagsordenspunkter*«. På den anden side må det tages i betragtning, *at det nævnte arbejdsområde må bedømmes som en særdeles betydningsfuld del af udvalgets samlede arbejdsfelt*« (FOB 1972 s. 80).

Ombudsmanden udtaler sig således for en egentlig materiel vurdering af sagernes kvalitative betydning i modsætning til en bedømmelse, som alene hviler på den numeriske forholdsmæssighed.

På trods heraf spiller kriterier for det kvantitative omfang af speciel inhabilitet målt som forholdet mellem de dagsordenspunkter, hvor udvalget kan være fuldtalligt, og de punkter hvor udvalget er reduceret på grund af speciel inhabilitet, en central rolle under den første retssag vedkommande kommunalbestyrelsesmedlem anlægger mod kommunalbestyrelsen. Således anføres at »firmaets medvirken kun giver sagsøgeren anledning til kortvarigt fravær fra økonomiudvalgets møder, gennemsnitlig én gang under hvert andet møde i udvalget. Der afholdes to månedlige møder. *Sagsøgeren mener ikke, at dette er til gene for udvalgets arbejde*«.

Og kommunens borgmester udtaler som vidne, at kommunaldirektøren ikke havde ment, at medlemskabet af økonomiudvalget var så farligt som medlemskab af ejendomsudvalget, da »*der ikke var så mange punkter der*«.

Heller ikke retten deler tilsyneladende ombudsmandens kritiske opfattelse af bedømmelsesgrundlag, der bygger på dette kriterium. I dommens afgørelse lægges der således afgørende vægt på sådanne kvantitative vurderinger af risikoen for fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet. Således udtales, at »under hensyn til *omfanget af det antal dagsordenspunkter, med hensyn til hvilke sagsøgeren har måttet fratræde behandlingen på grund af speciel inhabilitet sammenholdt med de samlede antal dagsordenspunkter*, finder retten det betænkeligt at anse betingelserne for opfyldt ud fra

almindelige retlige grundsætninger af habilitetsgrunde at tilsidesætte dette valg« (UfR 1975 s. 698ff).

Den ensidige anvendelse af dette kriterium fungerer således som en væsentlig del af grundlaget for en markant tilbageholdenhed i habilitetsbedømmelsen.

At der ikke er tale om et enestående fænomen, kommer til udtryk i en anden sag vedrørende spørgsmålet, om et kommunalbestyrelsesmedlem kan have sæde i byplanudvalget, når han samtidig driver ejendomsmæglervirksomhed i kommune. (TR Ribe amt 089-561 -90-4-77 af 19. september 1977).

I medfør af kommunens styrelsesvedtægt administrerer udvalget alle kommunen tilhørende ejendomme, jorder og bygninger, forestår bortleje, byplanlægning, behandler nye bebyggelsesplaner og udstykningsplaner, hvortil kommer at *»så godt som samtlige sager om køb og salg af fast ejendom passerer gennem byplanudvalget«*.

Selv om det af tilsynsrådet anvendte bedømmelsesgrundlag formuleres betydeligt bredere end tilfældet har været i de indtil nu behandlede sager, bliver det anførte kriterium vedrørende forholdet mellem vedkommendes specielle inhabilitet og udvalgets samlede antal dagsordenspunkter afgørende for sagens udfald.

Tilsynsrådet statuerer således, at vedkommende er generelt habil med henvisning til, at *»antallet af sager, hvori medlemmet har været inhabil, ikke er så væsentligt i forhold til det samlede antal sager i udvalget, at dette i sig selv kan medføre manglende valgbarhed til udvalgshvervet«*.

Udover den begrænsning, der følger af, at dette kriterium udelukkende fokuserer på risikoen for speciel inhabilitet, forekommer det, som påpeget af ombudsmanden, selv inden for denne snævre ramme inadækvat som målestok for den faktisk foreliggende interessekonflikt. En rent numerisk udregning af forholdet mellem 44 sager, i forhold til hvilke vedkommende har været specielt inhabil, og udvalgets øvrige 5.000 dagsordenspunkter, danner jo intet grundlag for udsagn om arten og omfanget af de 44 inhabilitetsbegrundende forhold, og giver dermed heller ikke grundlag for vurderingen af interessekonfliktens reelle art og omfang.

At kriteriet i forhold til den her omhandlede interesselype faktisk fungerer som begrænsning af reguleringsintensiteten, kan tydeliggøres ved en sammenligning med kriteriets anvendelse eller måske snarere mangel på anvendelse ved afgrænsning af de generelle habilitetskrav gældende for

Tredje del. Kap.IX.3.2.

kommunale ansættelsesforhold. I sagen, om et kvindeligt kommunalbestyrelsesmedlem kan være medlem af det sociale udvalg, når hun er ansat som sekretær for kommunens sundhedsplejerske, statuerer kommunalbestyrelsen generel habilitet (IM 1974/12012/1203, skrivelse af 10. februar 1975).

Som begrundelse for kommunalbestyrelsens opfattelse, hvorefter hendes tjenstlige tilknytning til socialudvalget er »så perifer, at det ikke vil være rimeligt at bringe styrelseslovens § 29, stk. 2 i anvendelse«, henvises bl.a. til, at da socialudvalget i tiden fra hendes ansættelse pr. 1. august 1972 og indtil 1. april 1974 »kun har været behandlet 5 sager om kommunens sundhedsplejeordning, som alle har været af sekundær betydning«, hvilket sættes i sammenhæng med, at udvalget i samme periode *har behandlet i alt 700 sager*.

Til trods for at de generelle habilitetskrav for kommunalt ansatte helt adækvat er domineret af hensyn, der sigter mod foregribelse af speciel inhabilitet, lader hverken indenrigsministeriet eller tilsynsråd sig påvirke af den i dette kriterium indicerede ringe risiko for speciel inhabilitet. Med henvisning til § 29, stk. 2 statueres generel inhabilitet.

Selv om forholdet mellem omfanget af vedkommendes interesse og omfanget af den kommunale aktivitet, der er interessens genstand, ikke ganske kan frakendes relevans som målestok for fremtidige tilfælde af speciel inhabilitet, forekommer kriterier for dette forhold at være meget usikre og i værste fald ganske inadækvate som grundlag for afgrænsningen af generelle habilitetskrav. Således kan selv en forholdsmæssigt mindre andel af et kommunalt anlægsbudget i sig selv repræsentere en kolossal økonomisk interesse for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem. Hvortil kommer, at speciel inhabilitet ikke blot kan statueres i forhold til sager, i hvilke vedkommendes interesser aktuelt har materialiseret sig i form af en bestemt erhvervet andel men også under visse omstændigheder på grundlag af vedkommende potentielle konkurrencemæssige interesse i at udvide eller fastholde en position/markedsandel.

Alligevel ses kriteriet i praksis anvendt med betydelig vægt.

I en sag om en ingeniør kan være medlem af og formand for teknisk udvalg, når han er medindehaver af et rådgivende ingeniørfirma, oplyses det fra kommunen, at »der af de beløb på ca. 4 mill. kr., der i perioden 1. april 1970 til 1. april 1976 er udbetalt til rådgivende ingeniørbistand inden for stadsingeniørens område, alene er udbetalt ca. 7,5% af nævnte beløb til

Kap.IX.3.2.

firmaet ...«. Ligeledes oplyses, »at der til rågivende ingeniørbistand inden for stadsarkitektens område i ovennævnte tidsrum har været anvendt 5 firmaer, der kom i betragtning efter en turnusordning, og at knapt 1/3 af de udbetalte beløb på ca. 2,5 mill. kr. er gået til firmaet...« (TR Sønderjyllands amt 089-8-99-1-76 af 19. juli 1976).

På grundlag heraf udtaler tilsynsrådet, at »der ikke efter tilsynsrådets opfattelse findes en sådan kontraktsmæssig forbindelse mellem kommunen og det nævnte firma, at den pågældende i kraft af almindeligt gældende forvaltningsretlige principper må anses for afskåret fra medlemskab eller formandskab for nævnte udvalg«.

Kriteriet inddrages også af tilsynsmyndighederne i sidste fase af den førstnævnte sag om generel inhabilitet på grund af medejerskab af et rådgivende ingeniørfirma, hvor der om firmaets forholdsmæssige andel af de relevante arbejder og budgetter oplyses, at firmaet i perioden 1. april 1975 til 1. april 1978 har medvirket ved 15 af i alt 19 arbejder, hvor kommunen har benyttet rådgivende ingeniørbistand. Herefter finder tilsynsrådet, at valget af ... til medlem af økonomiudvalget er så »klart ulovligt«, at betingelserne for annullation i medfør af styrelseslovens § 61 er opfyldt (TR Frederiksborg amt skrivelse af 7. juni 1978).

Som et andet eksempel på kriteriets anvendelse som grundlag for at statuere generel inhabilitet kan anføres sagen, om et ansættelsesforhold i en overordnet stilling i et færgeselskab bevirker afskæring fra medlemskab af havneudvalget (IM 1978/123 /1404-1, skrivelse af 9. februar 1979).

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet og lægger ved sin afgørelse vægt på, at færgeselskabet i 1976 har bidraget med 39% af havnens indtægter. Som følge heraf kan tilsynsrådet udtale, at vedkommende »ville være inhabil ved behandlingen af så mange væsentlige sager i havneudvalget, at det må give anledning til betydelige betænkeligheder med hensyn til dette udvalgs sagsbehandling« (TR Århus amt 0881-707-7-1978 af 17. maj 1978).

Endelig skal anføres et tilfælde, hvor dette kriterium er påberåbt i forbindelse med kriterier, der udtrykker forholdet mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems interesse i udvalgets kompetenceområde og vedkommendes interesser i øvrigt. Sagen vedrører spørgsmålet, om en medindehaver af et landinspektørfirma kan være medlem af økonomiudvalget, når kommunen gennem mange år har benyttet sig af firmaet bl.a. i forbindelse med udarbejdelse af kloakdispositionsplan.

Tredje del. Kap.IX.3.2.

Det oplyses, at firmaet i en menneskealder har lavet alt kommunalt landinspektørarbejde. I perioden 1974-78 har der været udbetalt firmaet for ca. 230-400.000 kr. om året.

I sin argumentation for at betragte vedkommende som generelt habil anfører kommunalbestyrelsen, at den for kommunen udarbejdede organisationsplan, hvorefter økonomiudvalget forestår kommunens overordnede planlægning, ikke i praksis efterleves, idet samtlige fysiske planlægningsopgaver med undtagelse af skolens strukturplaner og skoleudbygningsplaner henhører under planlægningsudvalget. Yderligere anføres, at planlægningsudvalget indstiller de udarbejdede planlægningsopgaver direkte til kommunalbestyrelsens godkendelse. Egentlige vej- og kloakprojekter sorterer under udvalget for teknik og miljø, som også indstiller projekterne direkte til kommunalbestyrelsens godkendelse. Om det for kommunen udførte landinspektørarbejdet anføres, at regninger fra ... »aldrig har været forelagt økonomiudvalget til godkendelse«.

Endelig oplyses, at firmaets fra kommunen hidrørende omsætning udgør en forholdsmeæssig ringe andel af landinspektørfirmaets samlede omsætning: »... *udgør forretningens samlede omsætning ca. 6 mill. kr. (således at det indbetalte beløb fra kommunen udgør 6-7% af ...'s samlede omsætning)*«.

Tilsynsrådet statuerer generel inhabilitet ved anvendelse af et bedømmelsesgrundlag, som afgørende bygger på det teknisk/administrative hensyn til udvalgets uhindrede arbejde, og i den forbindelse betjener sig af et kriterium, hvorefter det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet afgrænses meget intensivt, idet det lægges til grund, at »et udvalg *normalt skal være fuldtalligt* ved sagernes behandling og afgørelse«.

Afgrænsningen af det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet er således i praksis søgt præciseret ved anvendelse af forholdsmeæssighedskriterier af vekslende indhold, rækkevidde og adækvans. De behandlede eksempler herpå kan opsummeres i følgende kategorier:

- Kriterier for forholdet mellem antallet af sager, hvor vedkommende er specielt inhabil og udvalgets samlede antal sager.
- Kriterier for forholdet mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems interesser og omfanget af kommunens interesser.

- Kriterier for forholdet mellem vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems interesser og de interesser vedkommende i øvrigt har.

Ombudsmandens negation af bedømmelsesgrundlag domineret af kriterier for omfanget af speciel inhabilitet bliver det afgørende udgangspunkt for den intensivering af reguleringen, som slår igennem i tilsynsmyndighedernes og Østre Landsrets retsanvendelse under anden del af det beskrevne sagsforløb.

Indenrigsministeriet henviser stadig til det teknisk/administrative hensyn med den deraf følgende vægt på foregribelse af speciel inhabilitet som »et væsentligt moment« i bedømmelsesgrundlaget. Men indenrigsministeriet distancerer sig nu, på linje med det af ombudsmanden i sagens første fase anførte, fra den tidligere anvendelse af forskellige forholdsmæssighedskriterier af rent kvantitativ substans. Ministeriet udtaler således, at »det har heller ikke særlig betydning at udregne, at ... kun har været inhabil i et lille antal af samtlige dagsordenspunkter, idet en meget væsentlig del af dagsordenspunkterne vedrører f.eks. sager til efterretning og således ikke forholdsmæssigt har nogen særlig betydning i økonomiudvalgets arbejde« (IM 1977/123/0408-2, skrivelse af 8. august 1978).

Men herudover lægger indenrigsministeriet også i almindelighed afstand til bedømmelsesgrundlag, som fokuserer på foregribelse af speciel inhabilitet. Ministeriet peger således på, at de specielle habilitetskrav, selv hvor de til fulde respekteres, ikke yder tilstrækkelig garanti mod usaglig påvirkning. Det udtales således, at »selv om han i årene 1974-78 har måttet forlade økonomiudvalget i op til hvert 3. møde på grund af speciel inhabilitet, rækker speciel inhabilitet ikke til«.

Dette begrundes med, at betingelserne for at statuere speciel inhabilitet ofte ikke vil foreligge, selv om vedkommende har en væsentlig interesse i den sag, der er til behandling. Dette kan f.eks. bero på, at der ikke foreligger en inhabilitetsbegrundende grad af direkte tilknytning mellem vedkommende og den sag, i forhold til hvilken vedkommendes habilitet bedømmes, og/eller at en sådan grad af tilknytning først foreligger etableret på et tidspunkt, hvor den usaglige interessepåvirkning har haft mulighed for at slå igennem. Jfr. således ministeriets udtalelse om, at speciel inhabilitet ikke rækker til *»fordi den f.eks. ikke får virkning i den mere overordnede budgettering og planlægning og i øvrigt først får virkning efter det tidspunkt, hvor arbejdet er overdraget til ...«*.

Tredje del. Kap.IX.3.2.

Endelig anføres, at retsvirkningen af speciel inhabilitet ofte ikke yder tilstrækkelig garanti mod usaglig interessepåvirkning, thi »*uanset den specielle inhabilitet respekteres, vil ...'s medlemskab af økonomiudvalget uundgåeligt påvirke hans kolleger i udvalget*«.

Denne distance til det tidligere af tilsynsmyndighederne og Østre Landsret anvendte bedømmelsesgrundlag må tages som udtryk for en klar accept af de synspunkter ombudsmanden gav udtryk for på et tidligt tidspunkt af sagens forløb, jfr. ovenfor.

Intensiveringen kommer også klart til udtryk i indenrigsministeriets kriterier for afgrænsningen af det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet. I bedømmelsesgrundlaget for ministeriets sanktionering af tilsynsrådets afgørelse, hvorefter valget i 1978 af vedkommende som medlem af økonomiudvalget annulleres som »klart ulovligt«, lægges der stadig vægt på hensynet til at undgå tilfælde af speciel inhabilitet og den dermed forbundne svækkelse af udvalgets arbejdsevne (Tilsynsrådet for Frederiksborg amt 089-215-99-4-78 af 7. juni 1978). Inden for denne ramme fremtræder intensiveringen imidlertid som en skærpelse af kriteriet for det tilladelige omfang af speciel inhabilitet, idet ministeriet nu på rent kvantitativt grundlag opstiller meget snævre grænser, således at udvalget »*normalt skal være fuldtalligt*«.^{*)}

Selv om et kriterium, hvorefter udvalget *normalt skal være fuldtalligt*, i sig selv repræsenterer en reguleringsintensitet, som stærkt begrænser nødvendigheden af supplerende kvalitative bedømmelselementer, behøver sådanne dog ikke ganske at være uden betydning. Inden for den ramme, der sættes af dette kvantitative kriterium, kan kvalitative elementer således blive afgørende for, hvor rigoristisk den endelige afgrænsning foretages.

^{*)} Jfr. udtalelsen i sin fulde ordlyd: »i de hensyn, der må lægges til grund for afgørelsen af, om en person er udelukket fra medlemskab af et udvalg indgår efter indenrigsministeriets opfattelse som et væsentligt moment hensynet til udvalgets uhindrede arbejde. Heri ligger bl.a., at et udvalg normalt skal være fuldtalligt ved sagernes behandling og afgørelse, og at et byråd derfor må være udelukket fra at udpege et medlem til udvalget, hvis det på forhånd er åbenbart, at vedkommende vil være inhabil ved behandlingen og afstemningen i så stor en del af de sager, som udvalget behandler, at det må give anledning til væsentlige betænkeligheder med hensyn til effektiviteten i udvalgets sagsbehandling« (skrivelse af 8. august 1978).

Til illustration af et sådant samspil mellem kvantitative og kvalitative kriterier kan anføres sagen om medindehaveren af et landinspektørfirma, som kommunen igennem mange år har benyttet, kan være medlem af økonomiudvalget (TR Århus amt 089-711-90-9 -1978 af 1. juni 1979).

Tilsynsrådet lægger stor vægt på det teknisk/administrative hensyn til udvalgets effektivitet, jfr. rådets udtalelse om, at »i de hensyn, der måtte lægges til grund ved afgørelsen ..., indgår som et væsentligt moment hensynet til udvalgets uhindrede arbejde«. Dette hensyn afgrænses ved det af indenrigsministeriet ovenfor introducerede kvantitative kriterium for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet. Tilsynsrådet udtaler således, at der i det teknisk/administrative hensyn bl.a. ligger, »at dette udvalg *normalt skal være fuldtalligt* ved sagernes behandling og afgørelse, og at det derfor må være udelukket, at et medlem har sæde i et udvalg, hvis det på forhånd er åbenbart, at vedkommende vil være inhabil ved behandlingen af og afstemningen i så stor en del af de sager, som udvalget behandler, at det må give anledning til væsentlige betænkeligheder med hensyn til effektiviteten i udvalgets sagsbehandling«.

Hvor grænserne herefter nøjagtigt går for, i »hvor stor en del« af udvalgets sager, vedkommende kan være specielt inhabil, uden at der statueres generel inhabilitet, udtrykkes ikke direkte. Men tilsynsrådet supplerer det kvantitative element i bedømmelsesgrundlaget med et kvalitativt, idet rådet efterfølgende udtaler, at »der må herved lægges vægt ikke blot på *antallet* af sager, men også på *betydningen* af de sager, hvori den pågældende må anses for inhabil«.

Herefter konkluderer tilsynsrådet, at »under henvisning til det i sagen oplyste *om arten og omfanget* af firmaets arbejde for .. kommune og landinspektør ...'s tilknytning til firmaet, finder tilsynsrådet, at pågældende må vige sit sæde i økonomiudvalget«.

Til sammenligning af reguleringsintensiteten med de ovenfor behandlede tilfælde skal der om interessens art og omfang oplyses, at der i perioden 1974-78 har været udbetalt firmaet for ca. 230-400.000 kr. om året. Firmaet er et interessentskab med 5 landinspektører og et samlet personale på 30 personer.

Tredje del. Kap.IX.4.

4. Bedømmelsesgrundlag løstrevet fra spørgsmålet om speciel habilitet

Medens de forrige afsnit omhandler den afgrænsning af de generelle habilitetskrav, som hovedsagelig er orienteret mod forebyggelse af speciel inhabilitet, vil nærværende afsnit omhandle spørgsmålet om betydningen af det aspekt af garantihensynet, der sigter mod at afskære latente interessekonflikter. Det vil sige interesser, der - selv om de repræsenterer en risiko for usaglig påvirkning - ikke er omfattet af de specielle habilitetskrav.

4.1. Foregribelse af latente interessekonflikter som en del af garantihensynet

Som anført må hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter betragtes som en integreret del af garantihensynet. I forhold til den del af garantihensynet, som sigter mod speciel inhabilitet, indebærer inddragelse af latente interessekonflikter en intensivering af reguleringen. Foregribelse af latente interessekonflikter betinger den mest vidtgående afgrænsning af generelle habilitetskrav, som lader sig foretage på grundlag af garantihensynet. En intensivering af reguleringen herudover må forudsætte inddragelse af tillidshensynet.

De hensyn eller måske snarere forskellige aspekter af hensynene, der sigter mod henholdsvis at afskære speciel inhabilitet og latente interessekonflikter er ikke indbyrdes uforenelige. De lader sig glimrende anvende i et indbyrdes samspil, eksempelvis således at hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter styrker eller afsvækker et resultat, som grundlæggende bygger på elementer, med sigte på speciel inhabilitet.

4.2. Latente interessekonflikters principielle anerkendelse og placering i bedømmelsesgrundlaget

Spørgsmålet er imidlertid, om ikke disse hensyn og de til disse knyttede kriterier i højere grad anvendes *alternativt*. Den ovenfor i afsnit 3 påviste nære sammenhæng mellem ringe reguleringsintensitet og bedømmelsesgrundlag, som fokuserer på foregribelse af speciel inhabilitet, er således i vidt omfang udtryk for og betinget af negligering eller i hvert tilfælde en lav prioritering af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter.

4.2.1. Metodiske spørgsmål

Afklaringen af og udsagn om hvilke hensyn der indgår i bedømmelsesgrundlaget samt disse hensyns nærmere indhold og sammensætning må være forbundet med stor usikkerhed. Bedømmelsesgrundlagets fremtrædelsesform kan i denne henseende kun til dels være afgørende. Der må naturligvis i sammenhæng hermed lægges afgørende vægt på de i bedømmelsen eventuelt forekommende udsagn om bedømmelsesgrundlagets sammensætning. Men herudover må man også kunne støtte sig på slutninger fra forholdet mellem bedømmelsens resultat og interessens karakter og omfang. Hvis der eksempelvis ikke statueres generel inhabilitet i forhold til interesser, som synes omfattende, må det i forhold til et bedømmelsesgrundlag, som alene henviser til det teknisk/administrative hensyn, ofte være berettiget at drage den slutning, at hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter enten ikke har været inddraget i bedømmelsen eller i hvert tilfælde ikke har været lagt til grund for afgørelsen. Omvendt må man også være opmærksom på, at da dette hensyn indebærer en intensivering af reguleringen, udover hvad hensynet til forebyggelse af speciel inhabilitet i sig selv kan begrunde, vil det for den retsanvendende myndighed ikke være nødvendigt at henvise til foregribelse af latente interesser, hvor allerede hensynet til at foregribe speciel inhabilitet kan bære inhabilitetsafgørelsen.

4.2.2. Tilfælde hvor spørgsmålet om latente interessekonflikter ikke indtages i bedømmelsen

Som anført ovenfor har ombudsmanden på et tidligt tidspunkt og klarest blandt de retsanvendende myndigheder peget på den begrænsede rækkevidde af generelle habilitetskrav, hvis bedømmelsesgrundlag ensidigt er fokuseret på foregribelse af speciel inhabilitet. Ombudsmanden betragter i almindelighed en udelukkende eller dominerende anvendelse af det teknisk/administrative hensyn som inadækvat. Således udtaler ombudsmanden, at »stillingtagen til det foreliggende spørgsmål kunne efter min mening ikke tages alene på grundlag af kvantitativt prægede praktiske overvejelser over antallet og vanskeligheden af sager, hvori medlemmet konkret var inhabil, således at fuldtallighed var udelukket« (FOB 1972 s. 77).

Dette uddyber ombudsmanden nærmere ved generelt at pege på den begrænsede rækkevidde af bedømmelsesgrundlag, der bygger på foregri-

Tredje del. Kap.IX.4.2.2.

belse af speciel inhabilitet. Og ombudsmandens skepsis gælder vel at mærke også i tilfælde, hvor indholdet og afgrænsningen af de specielle habilitetskrav ikke giver anledning til tvivl, og hvor disse specielle habilitetskrav faktisk respekteres. Således udtaler ombudsmanden, at det selv i tilfælde, hvor ... som specielt inhabil har undladt at deltage i sagens behandling og afgørelse, må være principielt betænkeligt, at udvalgets øvrige medlemmer »skal afgøre spørgsmål, med hensyn til hvilke et udvalgsmedlem er part eller har en partslignende stilling«.

Ombudsmanden anbefaler således ikke direkte en inddragelse af det latente interesseaspekt men begrænser sig til at kritisere det af tilsynsmyndighederne faktisk anvendte bedømmelsesgrundlag. Imidlertid må denne negative reaktion nødvendigvis implicere en positiv anbefaling af et indhold, som uanset benævnelse korresponderer med hensynet til foregribelse af latente interesser.

Der kan da også i praksis eftervises en klar sammenhæng mellem tilbageholdende afgrænsning og manglende anvendelse af eller opmærksomhed på latente interessekonflikter.

Ombudsmandens udtalelse er rettet mod tilsynsmyndighedernes bedømmelsesgrundlag i en sag, som klarest tænkeligt illustrerer denne sammenhæng. Når der ikke kan statueres generel inhabilitet i sagen, om medindehaveren af et rådgivende ingeniørfirma kan være formand for ejendomsudvalget og medlem af økonomiudvalget, er det som tidligere anført vanskeligt at forestille sig de praktiske muligheder for i øvrigt at statuere generel inhabilitet på grundlag af denne interesselype.

Der kan da også i sagen konstateres en klar sammenhæng mellem den udtalte tilbageholdenhed i afgrænsningen og bedømmelsesgrundlagets indhold og sammensætning. Som anført ovenfor i afsnit 3 er såvel tilsynsmyndighedernes som Østre Landsrets bedømmelse afgørende centreret omkring forebyggelse af speciel inhabilitet, og disse instanser betjener sig i denne henseende tilmed af kriterier, som med stor tolerance-tærskel sigter mod de teknisk/administrative konsekvenser af speciel inhabilitet. Derimod negligeres ganske den helt indlysende risiko for interessepåvirkning, som ikke lader sig foregribe af de specielle habilitetskrav. Udover de interesser, der konkret er forbundet med aktuelt foreliggende sager, har firmaet/dettes interesser naturligvis en overordnet interesse i at fastholde sin position i forhold til konkurrenter. Ligesom man

naturligvis har interesse i at sikre størst mulig kommunal aktivitet af den art, der kræver firmaets bistand.

I begge disse henseender åbner de respektive udvalgs overordnede styrings- og planlægningsfunktioner åbenbare muligheder for påvirkning og udnyttelse af spekulativ karakter, ligesom der eksisterer en eksklusiv adgang til oplysninger af betydning ikke blot for det pågældende firmas relation til kommunen men også, uafhængigt heraf, for firmaets forhold til konkurrerende private virksomheder.

Om de relevante udvalgs kompetenceforhold af betydning for den i sagen omhandlede interesse oplyses det således under sagens senere forløb, at de enkelte stående udvalg fremsætter deres bygge- og anlægsønsker over for ejendomsudvalget, »der forestår planlægning og projektering af kommunens anlægs- og byggeopgaver, herunder den endelige antagelse af arkitekt- og ingeniørbistand« (Jfr. dom afsagt af Østre Landsret 5. august 1980).*)

Indenrigsministeriet anfører, at »det er inden for anlægs- og byggesektoren, kommunen har mulighed for at disponere til forskel for områder, der er lovbundne«.

Og borgmesteren forklarer for retten, at »kommunen bestemmer i vidt omfang selv over anlægs- og nybyggeri«.

Om den praktiserede afgrænsning af de specielle habilitetskrav oplyses, at »spørgsmålet om antagelse af ingeniørbistand afgøres fra sag til sag. Og at ... forlod økonomiudvalgets møder, *når der behandlede konkrete sager, hvori ... er antaget, men han deltog i det øvrige arbejde, herunder opstilling af anlægsbudgetterne*«.

Tilsvarende illustration af forholdet mellem ringe reguleringsintensitet og bedømmelsesgrundlagets sammensætning kan hentes i sagen, om

*) Det synes af borgmesterens udtalelse at fremgå, at den samlede overførsel af alle bygge- og anlægsarbejder er af nyere dato, jfr. formuleringen »Alle bygge- og anlægsarbejder er *nu* henlagt under ...«. Hvordan det end forholder sig i denne henseende, har ejendomsudvalget også i perioden frem til den endelige afgørelse af spørgsmålet om vedkommendes medlemskab/formandskab haft kompetence i forhold til en væsentlig del af disse sager.

Tredje del. Kap.IX.4.2.2.

formanden for en sparekassebestyrelse kan være medlem af økonomiudvalget (jfr. ovenfor afsnit 3.1.1.).

Når således *formanden for bestyrelsen* i en sparekasse, med hvilken »kommunen foretager så godt som alle sine økonomiske forretninger«, ikke er afskåret fra at være medlem af økonomiudvalget, er det tilsvarende vanskeligt at forestille sig, hvilken forbindelse formidlet ved ansættelse i privat virksomhed, der kan begrunde inhabilitet.

Udover at manglende inddragelse af det latente interesseaspekt kan udledes af habilitetsafgørelsens resultat, følger dette også indirekte af det i afsnit 3 anførte om bedømmelsesgrundlagets fokusering på de specielle habilitetskrav, disses indhold og den form de tillægges i denne forbindelse. Som anført må indenrigsministeriets bedømmelsesgrundlag enten bygge på en forudsætning om, at der stilles ganske store krav til det inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet og/eller, at de specielle habilitetskrav udfyldes lidet intensivt (jfr. kap. VI, afsnit 2.6.). Hertil kommer, at indenrigsministeriet ikke opererer med en grad af formalisering, som er den grundlæggende forudsætning for eksistensen af generelle habilitetskrav, hvad enten disses sigte er begrænset til foregribelse af speciel inhabilitet eller herudover også omfatter latente interessekonflikter.

Tilsvarende kan anføres sagen, om ansættelse i et entreprenørfirma, der udfører arbejde for kommunen, udelukker medlemskab af teknisk udvalg (IM 1970/1201/0509-1, skrivelse af 29. juli 1970, jfr. ovenfor afsnit 3.2.).

Også denne sag kan tjene til anskueliggørelse af spændvidden mellem et bedømmelsesgrundlag, som alene sigter mod foregribelse af speciel inhabilitet og bedømmelsesgrundlag, som også sigter mod latente interessekonflikter. Denne spændvidde bliver som anført ikke mindre af, at afgrænsningen af det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet foretages på grundlag af det teknisk/administrative hensyn og en hertil knyttet høj tolerancetærskel over for forekomsten af speciel inhabilitet.

De i sagen indeholdte oplysninger om tilknytningsforholdets og dermed interessens karakter og omfang synes at tale for nødvendigheden af at inddrage hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter.

Det pågældende entreprenørfirma udfører således i det pågældende regnskabsår bygge- og anlægsarbejder for 1,8 mill. kr. (1970-kroner). »På grund af nærmere angivne forhold er firmaet nu ikke i stand til at overholde de fastsatte tidspunkter for arbejdets færdiggørelse«. Arbejder-

ne er begyndt længe før kommunesammenlægningen. Indtil denne sammenlægning 1. april 1970 var vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem sognerådsformand i kommunen. Efter sammenlægningen er vedkommende ikke længere borgmester men er blevet ansat i det pågældende firma med et arbejdsområde, »der omfatter tilrettelæggelse og anvendelsen af firmaets maskinpark«.

På baggrund heraf behøver der vel ikke anføres nogen nærmere argumentation for det synspunkt, at såvel vedkommendes centrale placering i den kommunale beslutningsproces, som lå til grund for antagelsen af det pågældende firma, som vedkommendes aktuelle placering i dette firma, samt det forhold, at firmaet ikke er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for kommunen, understreger vedkommendes interesse i og afhængighed af firmaets mulighed for at klare sig igennem de aktuelle vanskeligheder med kontraktsforholdet til kommunen, og vel også firmaets mulighed for i fremtiden at erhverve kommunale entrepriser.

I forhold til et sådant kompleks af interesser synes et bedømmelsesgrundlag, som alene er orienteret mod foregribelse af de tekniske/administrative konsekvenser af speciel inhabilitet at være af begrænset rækkevidde.

Endelig skal også anføres sagen, om en ingeniør kan være medlem af og formand for teknisk udvalg, når han er medindehaver af det rådgivende ingeniørfirma, der udfører arbejde for kommunen (TR Sønderjyllands amt 089-8-99-1-76 af 19. juli 1976).

Interessens karakter og omfang beskrives på grundlag af forskellige forholdsmæssighedskriterier, som klart er af betydning for vurderingen af vedkommendes specielle habilitet, især når denne bedømmes på grundlag af det teknisk/administrative hensyn. Derimod er de anførte kriterier uden relevans for hensynet til at forebygge spekulation i forhåndskendskab til oplysninger, som danner grundlag for eller er resultatet af kommunens overordnede anlægs- og budgetplanlægning.

Når tilsynsrådet på grundlag af de i sagen foreliggende oplysninger om tilknytningens karakter og omfang kan udtale, at »der ikke efter tilsynsrådets opfattelse findes en sådan kontraktsmæssig forbindelse mellem kommunen og nævnte firma ...«, at den pågældende er afskåret fra medlemskab eller formandskab for nævnte udvalg, understreger det blot indtrykket af, at hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter næppe har spillet nogen rolle i bedømmelsesgrundlaget.

Tredje del. Kap.IX.4.2.3.

4.2.3. Tilfælde hvor spørgsmålet om latente interessekonflikter inddrages i bedømmelsesgrundlaget

Ligesom det her omhandlede aspekt af garantihensynet er et mere adækvat udtryk for habilitetsmæssige problemer forbundet med privatøkonomiske interesser end habilitetsproblemer, der udspringer af kommunalt ansættelsesforhold, således vil adækvansen af garantihensynet også være mere åbenbart i forhold til nogle privatøkonomiske interesser end andre. Eksempelvis kan hensynet være af mere central betydning for bedømmelsen af interesser, hvis grundlag eller genstand ikke så meget er leverancer og ydelser til kommunen som transaktioner med den del af den private sektor, i forhold til hvilken kommunen er involveret på privatretligt eller offentligretligt grundlag.

Denne interessetype er således karakteriseret ved, at kommunale interesser ikke nødvendigvis direkte indgår i habilitetsvurderingen, fordi der ikke i snæver forstand behøver at foreligge en konflikt mellem kommunens interesser og den private interesse, som er habilitetsvurderingens genstand. Udvalgshvervet er blot det medium, gennem hvilket vedkommendes privatøkonomiske interesser kan fremmes i forhold til og/eller på bekostning af andre privatøkonomiske interesser.

I forbindelse hermed kan anføres, at denne interessetype ofte lader sig realisere helt uafhængigt af behandlingen og afgørelsen af konkrete sager eller i hvert tilfælde med en så indirekte forbindelse eller tidsmæssig forskydning i forhold til disse, at interessen ikke lader sig omfatte af de specielle habilitetskrav, som disse normalt afgrænses.

Som eksempel herpå kan nævnes interesser knyttet til kommunalbestyrelsesmedlemmers virksomhed bestående i køb, salg, udstykning og bygge-modning etc. af fast ejendom, hvor denne virksomhed ikke udføres for kommunen eller for dennes regning. I forhold til interesser, der udspringer af denne type virksomhed, er det helt åbenbart, at et bedømmelsesgrundlag, som hovedsagelig bygger på foregribelse af speciel inhabilitet, er et utilstrækkeligt middel. Habilitetsvurderingen vil således ofte ikke vedrøre tilfælde, hvor udvalgsmedlemmet er direkte engageret i kommunale projekter og aktiviteter. Interessen vil derimod ofte være knyttet til kommunens overordnede arealplanlægning, i forhold til hvilken oplysningsgrundlaget, selv på planlægningens helt indledende stadier, kan være af endog meget stor privatøkonomisk interesse.

En afskæring af denne interessetype fra den kommunale beslutningspro-

ces vil således i vidt omfang fordre et bedømmelsesgrundlag, som afgørende lægger vægten på interessens *art* som denne abstrakt fremtræder på grundlag af vedkommendes privatøkonomiske tilhørsforhold, i modsætning til forskellige udtryk for interessens aktuelle eksistens og omfang, som denne i de specielle habilitetskrav fordres dokumenteret i forhold til en konkret foreliggende sag.

Det er da også i forhold til denne interesselype, hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter oprindelig ses at have været inddraget og klart formuleret, omend hensynets indhold og vægt i bedømmelsesgrundlaget synes at give anledning til en del usikkerhed.

Dette forhold kan indledningsvis illustreres ved sagen, om et kommunalbestyrelsesmedlem kan være medlem af teknisk udvalg, når vedkommende samtidig virker som ejendomsmægler i kommunen (TR viborg amt 089-99-70-71 af 25. januar 1972). Som tidligere anført (jfr. afsnit 3.2.) er bedømmelsesgrundlaget også i denne sag stærkt centreret omkring arten og omfanget af vedkommendes specielle inhabilitet. Imidlertid tilkendegiver tilsynsrådet sin opmærksomhed på de muligheder, der eksisterer for, via adgangen til kommunale oplysninger, at opnå erhvervsøkonomiske fordele. Tilsynsrådet anfører herom, at »det forudsættes dog, at andre ejendomsmæglere har samme adgang som fru ... til fra kommunen at få oplysninger om forhold, *som kan være af erhvervsmæssig interesse for dem*«.

Af sammenhængen fremgår også, at tilsynsrådet er opmærksom på, at sådanne spekulationsmuligheder ikke lader sig imødegå ved hjælp af de specielle habilitetskrav. Tilsynsrådet inddrager dette forhold i bedømmelsesgrundlaget, blot synes rådet at misopfatte indholdet af hensynene, der ligger til grund for de generelle habilitetskrav. Disses mål er at afskære usaglig påvirkning eller udnyttelse af offentligretlig kompetence og *ikke* at sikre alle interesserede lige adgang hertil.

Den principielle anerkendelse af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter samt dette hensyns vægt i bedømmelsesgrundlaget fremtræder betydeligt klarere i en sag, om formanden for kommunens ejendomsudvalg er generelt inhabil, når han driver erhverv ved ejendoms-handel og udstykningsvirksomhed (IM 1974/12012/1207-1 af 26. juni 1974).

Om ejendomsudvalgets kompetence skal følgende af relevans for sagen citeres fra kommunens styrelsesvedtægt:

Tredje del. Kap.IX.4.2.3.

»Stk. 2. Udvalget administrerer alle kommunen tilhørende ejendomme, jorder og bygninger, som ikke ifølge nærværende vedtægt efter særlig beslutning af kommunalbestyrelsen, er henlagt under noget andet område.

Stk. 3. Udvalget gør indstilling til kommunalbestyrelsen om køb af fast ejendom og om salg og bortleje af de under udvalget henhørende ejendomme samt om disses vedligeholdelse.

Stk. 4. Udvalget forestår byplanlægning, behandler nye bebyggelsesplaner og udstykningsplaner samt sager om forandringer i grundens hidtidige størrelse, bebyggelse eller anvendelse i øvrigt og foretager i fornødent omfang indstilling til kommunalbestyrelsen herom.

Stk. 5 Udvalget behandler sager, der i henhold til bygningslovgivningen er henlagt til kommunalbestyrelsen.

Stk. 6. Udvalget påser, at de til fordel for kommunen pålagte servitutter eller afgivne deklarationer overholdes«.

Som grundlag for sin stillingtagen til spørgsmålet henviser indenrigsministeriet til hensyn, som sigter mod speciel inhabilitet og de dermed forbundne teknisk/administrative problemer, samt hensynet til ikke at svække befolkningens tillid til forvaltningen. Men herudover tilføjer indenrigsministeriet hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter, hvis nærmere indhold og grundlag ministeriet gør til genstand for en grundig beskrivelse.

Indenrigsministeriet udtaler således, at den pågældende uden formelt at tilsidesætte reglerne om tavshedspligt *»har lejlighed til i sin private virksomhed at drage fordel af oplysninger, som han bliver bekendt med i medfør af sit udvalgshverv«*. Og indenrigsministeriet understreger dette aspekt af garantihensynet med en udtalelse om, *»at medlemmer af en kommunalbestyrelses økonomiudvalg og stående udvalg i almindelighed erhverver et indgående kendskab til den pågældende del af kommunens forvaltning«*. *)

*) Indenrigsministeriet henviser desuden til tjenstemandslovens § 17, hvorefter en tjenstemand kun kan have beskæftigelse ved siden af sin tjenstemandsstilling for så vidt og i det omfang, *det er foreneligt med den samvittighedsfulde udøvelse af de til tjenstemandsstillingen knyttede pligter og med den for stillingen nødvendige agtelse og tillid*. Ministeriet bemærker, at denne bestemmelse, selv om den ikke kan finde anvendelse på det omhandlede tilfælde, så dog viser, at *»der i lovgivningen lægges vægt på hensynet til at sikre tilliden til, at der ikke ved udøvelsen af offentlige funktioner varetages uvedkommende hensyn«*.

Indenrigsministeriet udtaler herefter, så klart det er muligt uden udtrykkeligt at udtale vedkommendes generelle inhabilitet, at »som følge af det anførte vil det efter indenrigsministeriets opfattelse påhvile kommunalbestyrelsen og vedkommende medlem at bringe udvalgshvervet til ophør, når det er åbenbart, at medlemmet regelmæssigt har en privat erhvervsmæssig interesse i de sagers oplysninger og udfald, som behandles af udvalget«.

Denne indenrigsministerielle udtalelse afstedkommer da også en forespørgsel fra ombudsmanden til kommunalbestyrelsen om, »hvorvidt de principielle synspunkter, som indenrigsministeriet har anført ... giver kommunalbestyrelsen anledning til en fornyet overvejelse af spørgsmålet« (skrivelse af 12. juli 1974).

Kommunalbestyrelsen mener imidlertid ikke, at vedkommende er generelt inhabil. I sit svar til ombudsmanden (af 14. august 1974) lægger kommunalbestyrelsen udelukkende vægt på hensyn, der sigter mod foregribelse af speciel inhabilitet, og dette til trods for at der af kommunalbestyrelsen selv direkte peges på forhold, som set i relation til latente interessekonflikter klart burde give anledning til habilitetsmæssige betænkeligheder.

Det oplyses således, at kommunalbestyrelsen netop har vedtaget at søge arealer ved samtlige byggeområder i kommunen udlagt som byzoner. Kommunalbestyrelsen anfører herom, at »ingen del af dette areal tilhører ..., uanset at han er ejer af et areal på 20,3 ha., der i henhold til tillæg til kommunens dispositionsplan *med tiden kan tænkes udlagt som byzone*«. Da kommunalbestyrelsen samtidig ikke skønner, at der i den pågældende valgperiode vil blive behov for yderligere byzoneudlægninger i det pågældende område, kommer kommunalbestyrelsen til det resultat, at vedkommende *»derfor ikke foreløbig kan have nogen erhvervsmæssig interesse i de sager, som udvalget kommer til at behandle*«.

Ud over denne fokusering på og snævre afgrænsning af grundlaget for vedkommendes specielle inhabilitet understreger kommunalbestyrelsen sin negligering af den indenrigsministeriet påpegede interesse i adgang til oplysninger, som uden at bevirke speciel inhabilitet vil kunne udnyttes i vedkommendes private virksomhed. Kommunalbestyrelsen udtaler således med henvisning til det ovenfor anførte, at »der vel næppe foreløbig kunne fremkomme sager, hvor byrådet må tage stilling til spørgsmålet om ...s inhabilitet«. Og yderligere at *»byrådet anser det for udelukket, at der*

Tredje del. Kap.IX.4.2.3.

overhovedet kan blive tale om interessekonflikter, der kan give grundlag for de i indenrigsministeriets skrivelse anførte betænkeligheder».

Også tilsynsrådet betjener sig af et bedømmelsesgrundlag, der meget lig kommunalbestyrelsens fokuserer på hensynet til foregribelse af speciel inhabilitet. Og i denne henseende drages grænserne for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet ret så liberalt. Således udtaler tilsynsrådet, at selvom spørgsmålet om hans habilitet »må antages at ville blive aktuel i flere tilfælde, finder tilsynsrådet dog ikke tilstrækkelig anledning til, at han bør udtræde af udvalget som menigt medlem« (TR Vejle amt af 29. august 1974).

Om tilsynsrådet også er opmærksom på den af indenrigsministeriet påpegede kategori af interessekonflikter, som ikke omfattes af de specielle habilitetskrav, fremgår ikke klart af tilsynsrådets skrivelse, idet rådet med sin udtalelse om, »at der må tages hensyn til, at de mulige interessekonflikter - bortset naturligvis fra de tilfælde, hvor en sag *direkte vedrører ...s egen ejendom* - ofte vil være af ringe betydning ...«, ikke uden videre kan tages til indtægt for en sontring mellem interesser, der henholdsvis omfattes/ikke omfattes af de specielle habilitetskrav.

At såvel indenrigsministeriet som ombudsmanden anser de trufne afgørelser som udtryk for en ringe grad af reguleringsintensitet synes også at fremgå af disse instansers efterfølgende korrespondance om sagen. I en skrivelse til ombudsmanden udtales, at ministeriet ikke finder grundlag for kritik af den i byrådet trufne og tilsynsrådet tiltrådte afgørelse »om opretholdelse af ...s medlemskab af det nævnte udvalg *i indeværende valgperiode*« (IM 1974/12012/1207-1 af 4. oktober 1974).

Da hverken tilsynsrådet eller kommunalbestyrelsen i deres afgørelser ses at have taget noget forbehold med hensyn til den tidsmæssige udstrækning af deres retsopfattelse/afgørelser, må denne passus ses som et af indenrigsministeriet udtrykt forbehold over for vedkommendes habilitet og dermed over for holdbarheden af de trufne afgørelser. En sådan forståelse af indenrigsministeriets udtalelse harmonerer udmærket med det forhold, at ministeriet i vidt omfang har anvendt formuleringer, som giver udtryk for tidsbegrænset accept af udvalgsmedlemmers generelle habilitet, hvor ministeriets retsopfattelse har været usikker (jfr. nedenfor kap. XI).

Et tilsvarende forbehold kan indlæses i ombudsmandens skrivelse til kommunalbestyrelsen (af 22. maj 1975), i hvilken ombudsmanden indledningsvis oplyser, at han ikke har fundet »tilstrækkeligt grundlag for i

henhold til ombudsmandslovens § 6, stk. 5 af egen drift at foretage videre i sagen«. At en sådan beslutning absolut ikke behøver være udtryk for, at ombudsmanden bifalder den trufne afgørelse, kan udledes af den anførte bestemmelses forhold til de særlige begrænsninger, der i medfør af ombudsmandsloven gælder for ombudsmandens kontrol med afgørelser truffet af kommunalbestyrelsen (*Steen Rønsholdt: Nordisk Administrativt Tidsskrift 1977 s. 1ff*).

Og at ombudsmanden faktisk ikke er enig i de trufne afgørelser, synes at kunne udlæses af udtalelsen om, at »jeg er enig i de principielle retningslinjer, som indenrigsministeriet gav udtryk for i sin skrivelse af 26. juni 1974«. Denne tilkendegivelse af enighed i de *principielle retningslinjer* synes at dække over en distancering fra sagens konkrete udfald.

Endelig oplyser ombudsmanden, at sagen siden november 1974 »har beroet hos mig på Østre Landsrets dom (af 25. marts 1975) i en *noget lignende sag* vedrørende et medlemskab af et udvalg under Helsingørskommunalbestyrelse«. At denne dom af ombudsmanden må have være opfattet som meget fremmed for den af ombudsmanden på sagens tidligere stadier tilkendegivne retsopfattelse og som et tilbageslag i forhold hertil, kan vel antages på grundlag af det ovenfor i afsnit 3.2. anførte.

Som et andet eksempel på at hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter anerkendes uden dog at slå afgørende igennem skal anføres sagen, om et kommunalbestyrelsesmedlem kan være medlem af byplanudvalget, når vedkommende driver ejendomsmæglervirksomhed i kommunen (TR Ribe amt 089-561-90-4-77 af 19. september 1977).

I medfør af kommunens styrelsesvedtægt administrerer byplanudvalget alle kommunen tilhørende ejendomme, jorder og bygninger, forestår bortleje, byplanlægningen, behandler nye bebyggelsesplaner og udstykningsplaner, hvortil kommer, at »*så godt som samtlige sager om køb og salg af fast ejendom passerer gennem byplanudvalget*«.

Tilsynsrådet opstiller en grundsætning om generel habilitet, hvorefter et kommunalbestyrelsesmedlem er udelukket fra medlemskab af et udvalg, når det er åbenbart, at den pågældende regelmæssigt har *en privat erhvervsmæssig interesse i oplysningerne og/eller udfaldet af de sager, som behandles i udvalget*«.

Tilsynsrådet formulerer i tilknytning hertil et bedømmelsesgrundlag, som ikke udelukkende er funderet i hensynet til foregribelse af speciel inhabilitet, men som tværtimod meget stærkt fremhæver hensyn, som

Tredje del. Kap.IX.4.2.3.

muliggør statuering af generel inhabilitet uafhængigt af de specielle habilitetskrav.

Rådet er således opmærksom på eksistensen af habilitetsproblemer, selv i tilfælde hvor de specielle habilitetskrav respekteres. Rådet udtaler, »at en regelmæssig tilstedeværelse af en interessekonflikt som den beskrevne *på trods af at lovgivningen forpligter til ikke at deltage i behandlingen og afstemningen af den enkelte sag* er egnet til at svække tilliden til, at der ved bestridelsen af kommunale hverv alene handles til varetagelse af kommunale interesser«.

Ud over at tillidshensynet således efter tilsynsrådets opfattelse kan begrunde generel inhabilitet, henviser rådet også i snæver sammenhæng hermed til hensynet til at foregribe latente interessekonflikter. Tilsynsrådet udtaler således, at »et udvalgsmedlem uden formelt at tilsidesætte tavshedspligsreglerne har lejlighed til i sin private virksomhed *at drage fordel af oplysninger, som han bliver bekendt med i medfør af sit udvalgshverv*«.

Som anført inddrager tilsynsrådet imidlertid også hensyn og kriterier, hvis genstand er vedkommendes specielle habilitet.

I afvejningen af disse to kategorier eller aspekter af hensyn tillægger tilsynsrådet tilsyneladende den sidstnævnte prioritet i den betydning, at hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter og tillidshensynet ikke i sig selv kan begrunde generel inhabilitet. Tilsynsrådet udtaler herom, at »selv om der efter tilsynsrådets opfattelse *også* må lægges vægt på den blotte mulighed for misbrug af hvervet og opretholdelse af almen tillid til at en sådan mulighed ikke foreligger, har tilsynsrådet ikke på det foreliggende grundlag ment, at *der er fuldt ud tilstrækkeligt* grundlag for i medfør af den kommunale styrelseslovs § 61, stk. 1 at tilsidesætte byrådets valg af ... som stridende mod lovgivningen«.

Om udviklingen går imod en intensivering af reguleringen ved i bedømmelsesgrundlaget at inddrage og opprioritere hensyn og kriterier som i højere grad lægger vægt på *arten* af den pågældende interesse/virksomhed og den hertil knyttede risiko for spekulation i kommunale interesser og/eller informationer i modsætning til eller snarere i sammenhæng med forskellige udtryk for interessens forhold til de specielle habilitetskrav, er vanskeligt at sige med sikkerhed på det indtil nu behandlede grundlag.

Som et eksempel, der muligvis kan pege i retning heraf, skal anføres sagen, om formandskab for kommunens ejendomsudvalg kan forenes med, at vedkommende virker som entreprenør og vedkommendes ægtefælle

udøver virksomhed som ejendomshandler (TR Sønderjyllands amt 089-2-99-1-1978 af 14. august 1978).

Fra sin landbrugsejendom har vedkommende gennem adskillige år udstykket, byggemodnet og solgt byggegrunde hovedsagelig til parcelhuse, ligesom han opkøber jord til samme formål. Desuden har vedkommende inden for den sidste 4-års periode som hovedentreprenør forestået anlægsentreprisen ved udvidelsen af en kommunal skole. Entreprisesummen var på 1.352.000 kr. Herudover har han udført anden bygge- og anlægsvirksomhed for kommunen. Det nærmere omfang af dette arbejde har ikke kunnet oplyses af kommunen. Derimod oplyses det, at hustruen fra den samme ejendom udøver virksomhed som ejendomshandler.

Som i den ovenfor omhandlede sag formulerer tilsynsrådet en habilitetsgrundsætning, hvorefter der foreligger generel inhabilitet, når vedkommende regelmæssigt har en privat erhvervmæssig interesse i »oplysningerne i og udfaldet af de sager, der behandles af udvalget«.

Tilsynsrådet giver ikke herudover eksplicit udtryk for bedømmelsesgrundlagets karakter og sammensætning, men de i afgørelsen anvendte formuleringer sammenholdt med intensiteten i afgrænsningen kan tydes i retning af, at generel inhabilitet i høj grad statueres på grundlag af overvejelser over interessens *art* og den hertil knyttede spekulationsrisiko.

Tilsynsrådet udtaler således, at »...s private erhvervmæssige virksomhed *ikke mindst hans udstykningsvirksomhed og hustruens virksomhed som ejendomshandler er af en sådan karakter*, at der til stadighed består en sådan risiko for konflikt mellem medlemmets private interesser og de kommunale anliggender, at medlemmet må betegnes som generelt inhabil ...«.

I sagen indgår også spørgsmålet om, hvorvidt vedkommende konkret har benyttet sit medlemskab af udvalget til spekulation i kommunale oplysninger. Det forhold, der anføres som grundlag for klagen, kan uafhængigt af spørgsmålet om dets faktiske eksistens tjene som klar illustration af den principielle relevans af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter i forhold til den her omhandlede interesselype. Klagerne oplyser således, at vedkommende udvalgsmedlem havde sendt en ansøgning til teknisk forvaltning med ønske om at erhverve et større areal med henblik på byggemodning, udstykning og salg af parceller. Som klagerne anfører, var det »en noget uheldig ansøgning, for på daværende tidspunkt havde kommunen endnu ikke erhvervet det pågældende areal«.

Tredje del. Kap.IX.4.2.3.

Klagerne udtaler på grundlag heraf, at »man derfor har nogen grund til at antage, at han har benyttet sin viden fra ejendomsudvalget til et forsøg på at komme forrest i køen, når arealet skulle sælges«.

Tilsynsrådet udtaler, at der ikke foreligger grundlag for at antage, at han har misbrugt en viden, »som kun har været tilgængelig for ham i hans egenskab af byrådsmedlem, jfr. byrådets besvarelse ...«.*) Det lader sig heller ikke på andet grundlag afklare om og i bekræftende fald med hvilken vægt dette forhold har bidraget til en intensivering af reguleringen.*)

Som udtryk for en intensivering af reguleringen der klart er båret af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter kan igen anføres sagen, om medindehaveren af et rådgivende ingeniørfirma kan være medlem af ejendomsudvalget og økonomiudvalget.

Den indtil nu behandlede del af dette sagsforløb har som anført været karakteriseret ved, at tilsynsmyndighederne og ombudsmanden med vekslende grader af usikkerhed har været mest tilbøjelige til at mene, at vedkommende nok er generelt inhabil, men at dette resultat ikke hviler på så klart et (rets)grundlag, at det har kunnet håndhæves ved anvendelse af styrelseslovens § 61.

Domstolene tilslutter sig i hvert fald i begyndelsen dette standpunkt. Østre Landsrets første dom må læses som udtryk for, at der ikke foreligger et inhabilitetsbegrundende forhold i den forstand, at domstolene autoritativt kan fastslå eksistensen af en retlig mangel, men derimod nok et forhold som kommunalbestyrelsen selv og måske også tilsynsmyndighederne kan gribe ind overfor (UfR 1975 s. 698ff. Jfr. *Rønsholdt*: Juristen 1976 s. 269).

Det i sagens første fase af tilsynsmyndighederne og Østre Landsret anvendte bedømmelsesgrundlag bygger som anført udelukkende på det teknisk/administrative hensyn og de hertil knyttede kriterier for forholdet mellem arten og omfanget af vedkommendes specielle inhabilitet og forskellige udtryk for udvalgets intakte kapacitet. Såvel tilsynsmyndighederne som Østre Landsret opererer i denne henseende med liberale tolerancetærskler i forhold til det generelt inhabilitetsbegrundende omfang

*) I denne kommunalbestyrelsens besvarelse af nogle spørgsmål stillet af tilsynsrådet udtaler kommunalbestyrelsen, at hans kendskab ikke »behøver ... at hidrøre fra hans byråds- eller udvalgsarbejde, da kommunens planer for det pågældende område på daværende tidspunkt var omtalt i dagspressen«.

af speciel inhabilitet. Hverken tilsynsråd, indenrigsministerium eller Østre Landsret ses at have inddraget det latente interesseaspekt i bedømmelsen.

Selv om ombudsmanden ikke direkte i sit bedømmelsesgrundlag henviser til dette aspekt af garantihensynet (se i forbindelse hermed FOB 1975 s. 161), ligger der i ombudsmandens udtalte distance over for det af tilsynsmyndighederne og Østre Landsret anvendte bedømmelsesgrundlag i sagsforløbets første fase en erkendelse af de specielle habilitetskravs begrænsede rækkevidde som afgørende elementer i bedømmelsesgrundlaget, og i snæver sammenhæng hermed et positivt ønske om en intensivering af reguleringen, som nødvendigvis må fordre inddragelse af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter. Den heri liggende tendens slår afgørende igennem i sagsforløbets anden fase.

Ved valget i 1978 indvælges ... atter i økonomiudvalget og vælges desuden til 1. viceborgmester. (Ved valget i 1974 blev ... valgt til 2. viceborgmester).

Tilsynsrådet fastslår nu, at kommunalbestyrelsens valg er »klart ulovligt«, hvorfor kommunalbestyrelsens beslutning tilsidesættes i medfør af styrelseslovens § 61 (TR Frederiksborg amt 089-215-99-4-78 af 7. juni 1978).

Indenrigsministeriet stadfæster denne afgørelse i medfør af styrelseslovens § 47, stk. 3. (skrivelse af 8. august 1978).

Retten tager med henvisning til de nedlagte påstande ikke stilling til spørgsmålet om tilsynsmyndighedernes sanktionsanvendelse i medfør af styrelseslovens § 61. Derimod fastslår rettens flertal, at vedkommende er generelt inhabil, hvorfor indenrigsministeriet frifindes for den af kommunalbestyrelsen nedlagte påstand, hvorefter indenrigsministeriet skal anerkende, at valget af ... ikke er ulovligt som følge af inhabilitet.

At grundlaget for denne ændring af de respektive instansers afgørelser alene må søges på jus-siden, fremgår klart af det forhold, at faktum praktisk taget er identisk med det, der lå til grund for de tidligere trufne afgørelser i sagen. Skal man pege på en forskel, må det være, at firmaets andel i de relevante kommunale arbejder er blevet forholdsmæssigt mindre end tidligere. Sagsøger anfører da også, at firmaet på sagens tidspunkt ikke har større erhvervsmæssig tilknytning til kommunen end i årene 1970-78.

»Om arbejdernes omfang og firmaets andel heraf oplyses i øvrigt, at medens firmaet i perioden 1. april 1970 - 11. januar 1973 har været rådgivende ingeniør med hensyn til 22 projekter til ca. 24 mill. kr. af de i alt 26 projekter til ca. 26 mill. kr., der i den periode har fordret bistand fra rådgivende ingeniører, har der for så vidt angår perioden 1. april 1975 - 31. marts 1978 været iværksat anlægs- og byggearbejder til ca. 86 mill. kr., hvoraf firmaet har været

Tredje del. Kap.IX.4.2.3.

rådgivende ingeniør med hensyn til arbejder for ca. 37 mill. kr., som fordeler sig på 15 projekter. I denne periode har teknisk forvaltning selv forestået 49 projekter til en samlet værdi af ca. 19 mill. kr., medens andre ingeniører har været engageret i 4 tilfælde omfattende ca. 30 mill. kr.

I betragtning af den almindelig udvikling i prisniveauet har firmaets honorar fra kommunen ikke været stigende. Således er der i den netop anførte 3-års periode i alt udbetalt firmaet 1.695.000 kr. Om dette honorars forholdsmæssige andel af firmaets samlede omsætning på ca. 8 mill. kr. årligt, oplyses, at kommunens andel heri »i de senere år nominelt har været konstant, men procentuelt faldende nu til 6-7%«.

Dette faktumsammenfald de to sagsforløb imellem påberåbes da også af sagsøgeren med henvisning til grundsætningen ne bis in idem. Kommunen anfører således, »at der ved Østre Landsrets dom af 25. marts 1975 er taget endelig stilling til det spørgsmål, som omhandles i nærværende sag«. Indenrigsministeriet tilbageviser dette med henvisning til forskelle i de nedlagte påstande.*)

Indenrigsministeriet henviser stadig til det teknisk/administrative hensyn med den heraf følgende vægt på foregribelse af speciel inhabilitet som »et væsentligt moment« i bedømmelsesgrundlaget. Men indenrigsministeriet distancerer sig nu, på linje med det af ombudsmanden i sagens første fase anførte, fra den tidligere anvendelse af forskellige forholdsmæssighedskriterier af rent kvantitativt indhold. Medens Østre Landsret således i dommen fra 1975 lægger afgørende vægt på »omfanget af det antal dagsordenpunkter«, tager indenrigsministeriet nu klart afstand fra at tillægge dette kriterium nogen særlig vægt i bedømmelsen. Ministeriet udtaler således, at »det har heller ikke særlig betydning at udregne, at ...

*) Indenrigsministeriet anfører »at således som påstandene er nedlagt mellem denne sags parter, kan Østre Landsrets dom af 25. marts 1975 ikke være til hinder for, at sagsøgttes påstand tages til følge, ligesom spørgsmålet om, hvorvidt styrelseslovens § 61, stk. 1, kan anvendes som sket, ikke er til påkendelse under sagen efter de påstande, der er nedlagt«. Retten giver indenrigsministeriet medhold med en kort henvisning til, at den tidligere af Østre Landsret afsagte dom ikke findes at være til hinder for, »at retten tager stilling til de mellem parterne i nærværende sag nedlagte påstande«.

Grundlaget for intensiveringen må således søges i bedømmelsesgrundlagets retlige bestanddele. (Om betydningen af og udviklingen i den retskildemæssige status af de uskrevne grundsætninger om generel habilitet, jfr. ovenfor afsnit 1 og nedenfor kap. XV, afsnit 2.1.).

kun har været inhabil i et lille antal af samtlige dagsordenspunkter, idet en meget væsentlig del af dagsordenspunkterne vedrører f.eks. sager til efterretning og således ikke forholdsmæssigt har nogen særlig betydning i økonomiudvalgets arbejde«.

Men herudover lægger indenrigsministeriet også i almindelighed afstand til bedømmelsesgrundlag, som fokuserer på foregribelse af speciel inhabilitet. Ministeriet peger således på, at de specielle habilitetskrav, selv hvor de til fulde respekteres, ikke yder tilstrækkelig garanti mod usaglig påvirkning/udnyttelse. Det udtales således, at »selv om han i årene 1974-78 har måttet forlade økonomiudvalget i op til hver 3. møde på grund af speciel inhabilitet, rækker speciel inhabilitet ikke til«.

Dette begrundes med, at betingelserne for at statuere speciel inhabilitet ofte ikke vil foreligge selvom vedkommende har en væsentlig interesse i den sag, der er til behandling, hvilket f.eks. kan bero på, at der ikke foreligger en inhabilitetsbegrundende grad af direkte tilknytning mellem vedkommende og den sag, i forhold til hvilken habiliteten bedømmes, og/eller at en sådan grad af tilknytning først foreligger etableret på et tidspunkt, hvor den usaglige interessepåvirkning har haft mulighed for at slå igennem. Jfr. udtalelsen om, at speciel inhabilitet ikke rækker til *»fordi den f.eks. ikke får virkning i den mere overordnede budgettering og planlægning og i øvrigt først får virkning efter det tidspunkt, da arbejdet er overdraget til ...«*.

Endelig anføres, at retsvirkningen af speciel inhabilitet ofte ikke yder tilstrækkelig garanti mod usaglig interessepåvirkning, hvilket begrundes med, at *»uanset at den specielle inhabilitet respekteres, vil ...s medlemskab af økonomiudvalget uundgåeligt påvirke hans kollegaer i udvalget«*.

Denne distance til det tidligere af tilsynsmyndighederne og Østre Landsret anvendte bedømmelsesgrundlag må tages som udtryk for en klar imødekommelse og accept af de synspunkter ombudsmanden gav udtryk for på et tidligt tidspunkt af sagens forløb, (Jfr. ovenfor afsnit 3.2.).

Ud over indenrigsministeriets intensiverede anvendelse af bedømmelseselementer, hvis sigte er foregribelse af speciel inhabilitet, anfører ministeriet i sine anbringender for Østre Landsret nogle overvejelser som repræsenterer en massiv inddragelse af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter i bedømmelsesgrundlaget. Indenrigsministeriet fastslår således, at vedkommende »har en så bred personlig interesse i hele kommunens bygge- og anlægsvirksomhed og dermed i væsentlige dele af

Tredje del. Kap.IX.4.2.4.

kommunens økonomi«. Og med en lidt anden formulering yderligere at han har »en så massiv personlig erhvervsøkonomisk interesse i ... kommunens økonomi, at han ikke samtidig kan sidde i økonomiudvalget eller være 1. viceborgmester«.

Indenrigsministeriet specificerer sin begrundelse for at betragte denne interesse som generelt inhabilitetsbegrundende ved at pege på, at netop det forvaltningsområde, som omfatter bygge- og anlægsvirksomhed er karakteriseret ved en retlig ubundethed, som i særlig grad muliggør spekulation i kommunale interesser. Det udtales således, at »det er inden for anlægs- og byggesektoren, kommunen har mulighed for at disponere til forskel fra områder, der er lovbundne«. Hvordan der konkret skulle kunne spekuleres i kommunale dispositioner eksemplificeres, idet det anføres, at ... *»har f.eks. en væsentlig interesse i, at arbejder inden for social- og sundhedsforvaltningen og inden for kulturforvaltningen fremmes frem for f.eks. kloakarbejder, der normalt varetages af kommunens egen tekniske forvaltning«*. Men indenrigsministeriet er også opmærksom på spekulationsmuligheder, som ikke nødvendigvis er rettet mod kommunale interesser men mod andre konkurrerende private interesser og virksomheder, i forhold til hvilke adgangen til kommunale oplysninger kan være af central betydning. Således anføres det, at vedkommende *»har endvidere efter sin stilling mulighed for at få oplysninger frem for konkurrenterne«*.

4.2.4. Sammenfatning

Det er således utvivlsomt, at der i perioden mod slutningen af 1970'erne sker en mærkbar intensivering af reguleringen. Der er heller ikke tvivl om, at denne intensivering i hvert tilfælde til dels er funderet i stigende opmærksomhed på og anvendelse af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter.

Men medens man kan spore en forbindelse mellem den stedfundne intensivering og et bedømmelsesgrundlag karakteriseret ved dette hensyns positive inddragelse og i snæver sammenhæng hermed nedtoning af bedømmelselementer, hvis sigte er foregribelse af speciel inhabilitet, er det ikke muligt at udsige noget mere præcist om hensynets vægt i den samlede udvikling. Dette beror som anført bl.a. på, at et højt intensitetsniveau principielt også lader sig realisere på et bedømmelsesgrundlag, hvis sigte er foregribelse af speciel inhabilitet. Jo mere intenst de specielle habilitetskrav, der indgår i bedømmelsesgrundlaget, afgrænses, og jo

snævrere margin der sættes for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet, des mere intenst vil afgrænsningen af de generelle habilitetskrav blive. *)

Hertil kommer, at spørgsmålet om den samlede vægtfordeling mellem de elementer, der indgår i bedømmelsen, naturligvis ikke kan besvares uden kendskab til samtlige disse elementer. Som sådanne yderligere bedømmelseselementer kan anføres vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems placering i udvalghierarkiet samt vedkommendes subjektivt udviste forhold til de retlige krav, der indgår i bedømmelsesgrundlaget.

5. Placering i det kommunale hierarki som element i habilitetsbedømmelsen

Når det centrale hensyn, der ligger til grund for habilitetskravene, er afskæring af de med det kommunale hverv forbundne muligheder for usaglig påvirkning af afgørelser og beslutninger og/eller usaglig udnyttelse

*) At intensiveringen ikke nødvendigvis er resultat at et bedømmelsesgrundlag, der inddrager endside bygger på hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter, illustreres ved sagen om, medindehaveren af et landinspektørfirma, som kommunen gennem mange år har benyttet sig af, kan være medlem af økonomiudvalget (TR århus amt 089-711-90-9-1978, skrivelse af 1. juni 1979).

Vedkommendes/firmaets interesser synes meget lig dem, der ligger til grund for afgørelserne i Helsing-sagen. Således anføres, at der i perioden 1974-78 har været udbetalt firmaet 230-400.000 kr. om året. Og af firmaets samlede omsætning på ca. 6 mill. kr. udgør det af kommunen udbetalte honorar 6-7%.

Også med hensyn til bedømmelsesgrundlagets sammensætning synes der at være sammenfald. Afgørende er således det teknisk/administrative hensyn og den hermed forbundne fokusering på forekomsten af speciel inhabilitet.

På trods af dette tilsyneladende sammenfald med hensyn til såvel bedømmelsesgrundlagets retlige som faktiske bestanddele, statueres i denne sag generel inhabilitet. På intet tidspunkt anføres hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter som grundlag for denne relative intensivering. Inddragelse af dette hensyn er tilsyneladende heller ikke praktisk nødvendigt, idet resultatet alene kan baseres på en indsnævring af den til det teknisk/administrative hensyn knyttede margin over for det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet. Tilsynsrådet udtaler således herom, at »... et udvalg *normalt skal være fuldtalligt ved sagets behandling og afgørelse*«.

Tredje del. Kap.IX.5.

af hvervet i øvrigt, må de til hvervet knyttede muligheder i denne henseende naturligvis også indgå i habilitetsbedømmelsen. Det er således klart, at en given interesses realisation bl.a. må afhænge af, om dens bærer er borgmester, udvalgsformand, menigt udvalgsmedlem eller kommunalbestyrelsesmedlem. Viceborgmesteren fungerer i borgmesterens sted, når denne har forfald (jfr. styrelseslovens § 6, stk. 5, *Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 177ff).

Ud over at der til borgmesterposten typisk vil være knyttet faktisk magt og indflydelsesmuligheder, som måske nok er forudsat men ikke formelt har grundlag i styrelsesloven, rummer denne også direkte bestemmelser om særlige beføjelser og pligter af betydning for vurderingen af en interesses inhabilitetsbegrundende karakter.

Borgmesteren er formand for kommunalbestyrelsen og må i sin egenskab heraf forberede, indkalde og lede kommunalbestyrelsens møder samt drage omsorg for udførelsen af de af kommunalbestyrelsen trufne afgørelser (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 168f. Styrelseslovens § 30 og § 31, stk. 1, 1. punktum. *Preben Espersen*: De kommunale beslutninger I s. 118). Borgmesteren er således i stand til at øve afgørende indflydelse på beslutninger, der træffes i kommunalbestyrelsen, ligesom borgmesteren også ofte vil være i stand til faktisk at foregribe kommunalbestyrelsens beslutninger.

Borgmesteren kan være bemyndiget til at træffe afgørelser på kommunalbestyrelsens vegne, ligesom borgmesteren i et vist begrænset omfang kan træffe afgørelser på kommunalbestyrelsens vegne uden en sådan bemyndigelse (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 170 og *Preben Espersen*: De kommunale beslutninger s. 118ff).

Spørgsmålet om borgmesterens magt og indflydelse som formand for kommunalbestyrelsen må i øvrigt ses i snæver sammenhæng med det forhold, at borgmesteren er født formand for økonomiudvalget (Styrelseslovens § 18, stk. 1).

Borgmesteren er også daglig leder af den kommunale administration (Styrelseslovens § 31) hvorefter følger pligten til at fordele sagerne i de respektive udvalg og sikre sagernes forelæggelse for kommunalbestyrelsen, når dennes beslutning er påkrævet. Desuden følger heraf pligten til generelt at sikre kontrol med administrationens og udvalgenes funktioner og sagsbehandling (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 173ff).

Endelig er borgmesteren kommunens politiske leder med den kontaktflade og de indflydelsesmuligheder, der typisk er forbundet hermed.

Ud over at borgmesteren er født formand for økonomiudvalget, har borgmesteren også ret til at overvære forhandlingerne i de udvalg, som borgmesteren ikke er medlem af (Styrelseslovens § 20, stk. 4).

Formanden for de stående udvalg og økonomiudvalget sørger for udførelsen af udvalgenes beslutninger. I øvrigt er udvalgsformandens pligter og beføjelser med hensyn til sagernes tilrettelæggelse og behandling i udvalget i det væsentlige sammenfaldende med det ovenfor om kommunalbestyrelsens formand anførte. Udvalgsformanden kan inden for grænserne af almindeligt anerkendte retsgrundsætninger om delegation have fået overladt kompetence til at træffe afgørelse på udvalgets vegne (*Harder: Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 348*).*)

Medens de med borgmesterposten forbundne særlige muligheder for realisering af uvedkommende interesser i vidt omfang på formaliseret grundlag eksklusivt er forbeholdt borgmesteren, er den til formandskabet for udvalgene knyttede særlige position i forhold til udvalgets menige medlemmer i højere grad af faktisk karakter. Udvalgsformændene forudsættes at beskæftige sig med udvalgets sagsområde i større omfang end udvalgets øvrige medlemmer (jfr. bestemmelsen i styrelseslovens § 16, stk. 5 om vederlag til udvalgsformænd). Men man må være opmærksom på, at der her er tale om en konstatering af en typisk faktisk tilstand. Det initiativ og den merarbejdsindsats formanden som hovedregel vil præstere i forhold til de menige medlemmer, kan netop tænkes at blive udlignet i sager, i hvilke et menigt medlem har en særlig interesse.

Alt andet lige har en given interesse dog større mulighed for at blive realiseret, jo mere centralt dens bærer er placeret i det kommunale hierarki.

5.1. Kriteriets principielle anerkendelse

Selv om vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems placering i det kommunale hierarki som påpeget i kap. VI principielt må anerkendes som

*) *Harder: Dansk kommunalforvaltning I s. 348*. Bestemmelsen i styrelseslovens § 23, hvorefter ethvert udvalgsmedlem kan standse udførelsen af en beslutning og kræve den forelagt kommunalbestyrelsen, kan sætte grænser for omfanget og formen for delegation til udvalgsformanden.

Tredje del. Kap.IX.5.1.

et element i habilitetsbedømmelsen, synes spørgsmålet herom, i hvert tilfælde størstedelen af perioden efter styrelseslovens ikrafttræden, at have spillet en yderst marginal rolle i bedømmelsesgrundlaget.

Som anført har praksis i perioden fra styrelseslovens ikrafttræden til slutningen af 1970'erne været kendetegnet ved en lidet intensiv afgrænsning af grundsætningerne om generel habilitet. En sammenligning mellem de dele af denne praksis, hvor vedkommende er menigt medlem af udvalget, med tilfælde, hvor vedkommende er udvalgsformand eller borgmester synes ikke at vise nogen forskel i henseende til reguleringens intensitet.

Som tidligere anført må en afgørelse, hvorefter formanden for en sparekassebestyrelse ikke er udelukket fra at være menigt medlem af økonomiudvalget, selv om kommunen foretager så godt som alle sine økonomiske forretninger med den pågældende sparekasse, siges at være udtryk for en yderst tilbageholdende afgrænsning (IM 1970/1201/1418-1, skrivelse af 12. januar 1970). Tilsvarende, om end muligvis mindre udtalt, gælder afgørelsen, hvorefter en ejendomsmægler, som i vidt omfang kan forventes at formidle ejendomshandler, i hvilke kommunen er involveret som køber eller sælger, ikke er generelt inhabil i forhold til teknisk udvalg (TR Viborg amt 089-99-70-71, skrivelse af 25. januar 1972).

På linje hermed mener indenrigsministeriet ikke at burde tage endelig stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en ejendomsmægler er generelt habil i forhold til økonomiudvalg og planudvalg (IM 1972/1201/0608-2, skrivelse af 19. december 1972).

Som eksempler på tilfælde, hvor reguleringsintensiteten ikke i forhold hertil synes påvirket af vedkommendes mere centrale placering i hierarkiet, kan anføres, at hverken tilsynsrådet eller indenrigsministeriet på trods af kommunalbestyrelsens modsatte opfattelse anser en ejendomshandler for afskåret fra at være *formand* for teknisk udvalg, som er identisk med ejendomsudvalget (IM 1972/1130/1600-1, skrivelse af 14. februar 1973). Spørgsmålet om vedkommendes placering som formand ses ikke at være indgået i bedømmelsesgrundlaget.

Det samme synes at være tilfældet i den del af Helsing-sagen, der vedrører spørgsmålet, om medejeren af et rådgivende ingeniørfirma kan være *formand* for ejendomsudvalget. Som følge af tilsynsmyndighedernes udtalte usikkerhed, som bevirker at vedkommendes medlemskab ikke kan tilsidesættes som ulovligt i medfør af styrelseslovens § 61, beror vedkom-

mendes *formandskab* på kommunalbestyrelsens habilitetsafgørelse, og dette til trods for at han var medejer af et rådgivende ingeniørfirma, som såvel absolut som forholdsmæssigt har en helt dominerende stilling som rådgivende ingeniørfirma i forhold til kommunens meget omfattende bygge- og anlægsvirksomhed (TR Frederiksborg amt 089-23-99-2-1972 af 25. maj 1972. Indenrigsministeriets skrivelse af 1. september 1972 IM 1971/1131/0400-6).

Heller ikke ombudsmanden, som i øvrigt tegner sig for den mest intensive afgrænsning i forhold til denne sag, mener at kunne anfægte tilsynsmyndighedernes opfattelse af forholdets lovlighed. Og heller ikke ombudsmanden ses direkte at inddrage spørgsmålet om vedkommendes formandsstatus (FOB 1972 s. 77ff).

At placeringen i det kommunale hierarki imidlertid principielt anerkendes som et bedømmelseselement af betydning for reguleringens intensitet, fremgår klart af sagen, om et kommunalbestyrelsesmedlem, som driver ejendomshandel og udstykningsvirksomhed, kan være formand for kommunens ejendomsudvalg (IM 1974/12012/1207-1, skrivelse af 26. juni 1974). I snæver sammenhæng med en understregning af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter udtaler indenrigsministeriet, at »der er grund til at anlægge en *forholdsmæssigt streng vurdering i tilfælde, hvor den pågældende er valgt til formand for udvalget*«. Og videre, »de tidligere nævnte betænkeligheder gør sig *særligt gældende i disse tilfælde, da udvalgsformænd i lovgivningen forudsættes at befatte sig med udvalgets sagsområde i et ganske væsentligt omfang ...*«.

På baggrund af indenrigsministeriets også i denne sag meget udtalte tilbageholdenhed med hensyn til at træffe en egentlig retligt bindende afgørelse er det vanskeligt at afgøre, hvilken faktisk vægt indenrigsministeriet tillægger dette element. Ministeriet udtaler således som sin principielle opfattelse, at det må påhvile kommunalbestyrelsen »at bringe udvalgs hvervet til ophør, når det er åbenbart, at medlemmet regelmæssigt har en privat erhvervsmæssig interesse i de sagers oplysning og udfald, som behandles af udvalget«.

Imidlertid kan indenrigsministeriets afgørelse læses således, at netop formandskabet er den afgørende inhabilitetsbegrundende faktor i denne sag, således at vedkommendes fratræden fra dette hverv i habilitetsmæssig henseende kan legitimere hans fortsatte medlemskab af udvalget som menigt medlem. Indenrigsministeriet udtaler således afslutningsvis, at man

Tredje del. Kap.IX.5.1.

skal henlede opmærksomheden på »skrivelse af ... fra kommunalbestyrelsen, hvorefter det fremgår, at ... *nu er fratrådt som formand for ejendomsudvalget*«.

Denne udtalelse kan, som følge af dens placering i ministeriets afgørelse, opfattes som enten en simpel information om det faktiske begivenhedsforløb, eller som det afgørende moment i indenrigsministeriets beslutning om ikke at statuere generel inhabilitet (skrivelse af 26. juni 1974).

Hvordan det end forholder sig i denne henseende, kommer afgørelsen faktisk til at fungere som legitimering af og grundlag for tilsynsrådets retsopfattelse og afgørelse i sagen.

Tilsynsrådet udtaler således som begrundelse for ikke at statuere generel inhabilitet, at »der må tages hensyn til, at de mulige interessekonflikter - bortset naturligvis fra tilfælde, hvor en sag direkte vedrører ...'s egen ejendom - ofte vil være af ringe betydning *og i hvert fald må tillægges væsentlig mindre vægt, end hvis ... fortsat havde været formand for udvalget* (TR Vejle amt, af 29. august 1974).*)

Hvor langt den af ombudsmanden tilkendegivne distance over for disse tilsynsmyndighedsafgørelser rækker, er naturligvis vanskeligt at lodde alene på grundlag af en udtalelse om, at ombudsmanden »er enig i de *principielle retningslinjer*, som indenrigsministeriet gav udtryk for i skrivelse af 26. juni 1974«. Men at det forbehold, der lader sig udlede af ombudsmandens reaktion også er udtryk for, at ombudsmanden ikke finder det tilstrækkeligt, at vedkommende ophører med at være formand for udvalget, fremgår af det forhold, at ombudsmandens tilkendegivelse i tid ligger efter såvel indenrigsministeriets som tilsynsrådets afgørelser (skrivelse af 22. maj 1975).

Ombudsmandens udtalelse i samme skrivelse om, at han ikke »har fundet tilstrækkeligt grundlag for i henhold til ombudsmandslovens § 6, stk. 5 af egen drift at foretage videre i sagen«, skal som anført formentlig

*) Tilsynsrådet støtter også sine afgørelser på hensynet til ikke at afskære bestemte befolknings/erhvervsgrupper fra deltagelse i kommunalt arbejde. Rådet udtaler således, at man endvidere ved habilitetsbedømmelsen »må være opmærksom på ikke at anlægge så streng en kurs, at det skaber for store vanskeligheder for deltagelse i udvalgsarbejde, at personer, der i kraft af deres erhverv, har en særlig og for det kommunale arbejde værdifuld indsigt i det pågældende sagsområde«.

ses i snæver sammenhæng med oplysningen om, at *»sagen siden november 1974 har beroet hos mig på Østre Landsrets dom (af 25. marts 1975) i en noget lignende sag vedrørende et medlemskab af et udvalg under Helsingørskommunalbestyrelse«*.

At denne dom umiddelbart må have virket meget dæmpende på såvel tilsynsmyndighedernes men især ombudsmandens retsopfattelse, er vel på baggrund af det ovenfor anførte åbenbart.

Det er formentlig også på baggrund heraf, man skal forstå ombudsmandens iøjnefaldende tilbageholdenhed i sagen vedrørende adskillige kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet som følge af forskellige former for engagement i et »erhvervs- og turistudviklingsselskab« (OBM 1975-1141-42 af 27. maj 1977, jfr. kap. VI, afsnit 2 og 3).

Samtlige de i selskabet engagerede kommunalbestyrelsesmedlemmer (mellem 7 og 9) besidder aktier i selskabet. Herudover er nogle af de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmer også knyttet til selskabet som medstiftere eller ved placering i selskabets bestyrelse. Det ene af disse bestyrelsesmedlemmer er samtidig borgmester i kommunen, det andet bestyrelsesmedlem er menigt medlem af teknisk udvalg.

Medens tilknytningen til selskabet som aktiebesidder og medstifter ikke antages at konstituere en speciel inhabilitetsbegrundende interesse, anses medlemskab af selskabets bestyrelse for speciel inhabilitetsgrund (jfr. kap. VI, afsnit 2.5 og 2.6).

Til trods for at de projekter, der er habilitetsspørgsmålets årsag og dermed interessens grundlag, er meget omfattende og giver anledning til involvering af kommunale interesser og kommunal myndighedsudøvelse, bringes spørgsmålet om generel inhabilitet ikke på bane i tilsynsrådet. Derimod tages dette spørgsmål op af ombudsmanden i forhold til borgmesteren men ikke i forhold til det bestyrelsesmedlem, som er menigt medlem af teknisk udvalg.

Ombudsmanden henviser til, at vedkommende som borgmester har den daglige ledelse af kommunens administration. Borgmesteren har også ret til at overvære forhandlingerne i udvalg, han ikke selv er medlem af, ligesom han er født medlem af økonomiudvalget. Når borgmesteren således, foruden at være kommunens politiske leder, også er chef for dennes forvaltning, mener ombudsmanden, at det kan »rejse betænkeligheder, såfremt borgmesteren ved siden af sit hverv i kommunen er engageret i selskaber, der *hyppigt* vil optræde som part i sager for kommunen«.

Tredje del. Kap.IX.5.1.

På grundlag heraf udtaler ombudsmanden om spørgsmålet: »Jeg har fundet det rettest - *uden derved at give udtryk for nogen stillingtagen til spørgsmålet* - at foreslå tilsynsrådet nærmere at overveje, hvorvidt rådet finder det foreneligt med ...'s hverv som borgmester, at han samtidig har den foreliggende nærmere tilknytning til ...'s selskab«.

Mere tilbageholdende kan afgrænsningen af de generelle habilitetskrav næppe udtrykkes. I modsætning til så mange andre tilfælde, hvor ombudsmandens afgørelse er formuleret som en opfordring til fornyet behandling, synes den anvendte passus, hvorefter der ikke med hjemvisningen (forslaget til nærmere overvejelse) er givet udtryk for nogen stillingtagen i sagen, i høj grad at skulle tages bogstaveligt.

At denne tilbageholdenhed kan tages som udtryk for retlig usikkerhed med hensyn til afgrænsningen af de generelle habilitetskrav og ikke blot som udtryk for urban kommunikationsform, fremgår også af det forhold, at spørgsmålet om generel inhabilitet slet ikke berøres i forhold til det medlem af selskabets bestyrelse, som var menigt medlem af teknisk udvalg.

I forbindelse med sin vurdering af spørgsmålet om speciel habilitet udtaler ombudsmanden om bestyrelsesposten som grundlag for en inhabilitetsbegrundende interesse, at bestyrelsen har *»en meget stærk stilling i selskabet«*.*)

Med udgangspunkt heri og i de ovenfor behandlede hensyn og kriterier, der antages at indgå i bedømmelsesgrundlaget, synes det ganske nærliggende også at diskutere, hvorvidt medlemskab af denne bestyrelse er foreneligt med medlemskab af teknisk udvalg.

Selskabets ret omfattende projekt henhører hovedsagelig under teknisk udvalgs kompetence. Der har således i dette udvalg været behandlet et stort antal dagsordenspunkter vedrørende forskellige sider af projektet.

*) Dette udsagn bygger bl.a. på, at bestyrelsen tillige fungerer som direktion for selskabet, og at kun to af bestyrelsens medlemmer kan tegne og forpligte selskabet i forhold til tredjemand, dog således at køb, salg og pantsætning af fast ejendom samt låneoptagelse kun kan foretages under medvirken af den samlede bestyrelse.

Såvel sagens genstand som vedkommende udvalgsmedlems tilknytning og interesse er af en art, som klart understreger det anførte om relevansen af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter.

Hvad angår tilfældets forhold til hensyn, hvis sigte er foregribelse af speciel inhabilitet, kan anføres, at vedkommende i forhold til nogle af møderne i teknisk udvalg har erklæret sig specielt inhabil og har respekteret retsvirkningen heraf. I forhold til andre møder, hvor han også har været specielt inhabil, lader det sig ikke klart fastslå, om han har forladt mødet, da protokollerne har været ført meget mangelfuldt. I forhold til en tredje kategori af møder er det klart, at han ikke har efterlevet de specielle habilitetskrav, idet han har deltaget i sagsbehandlingen trods speciel inhabilitet. Og endelig kan det anføres, at han deltager i nogle nærmere angivne møder, hvilket i habilitetsmæssig henseende af ombudsmanden bliver betragtet som acceptabelt med henvisning til, at han har været til stede »*som repræsentant for konsortiet*«. (Om denne konstruktion se nærmere kap. VI, afsnit 2.5.).

Der er naturligvis en snæver forbindelse mellem det forhold, at ombudsmanden end ikke rejser spørgsmålet om vedkommendes generelle habilitet, og på den anden side, at den af ombudsmanden i samme sag tilkendegivne retsopfattelse vedrørende borgmesterpostens betydning som inhabilitetsgrund, er udtryk for en så tilbageholdende afgrænsning, som tilfældet er.

Det forekommer sandsynligt, at den første Helsing-dom fra 1975 også har sat sit præg på den ovenfor omtalte afgørelse i en lignende sag, om en ingeniør kan være medlem af og *formand* for teknisk udvalg, når han er medindehaver af et rådgivende ingeniørfirma (TR Sønderjyllands amt 089-8-99-1-76 af 19. juli 1976).

Selv om det forholdsmæssige omfang af de samlede arbejder, der er blevet overladt dette firma er mindre end tilfældet var i Helsing-sagen, er de aktuelle (og formentlig også potentielle) interesser absolut omfattende. Således er et beløb på ca. 2,5 mill. kr. inden for stadsarkitektens område blevet udbetalt til det pågældende firma for rådgivende ingeniørbistand.

Tilsynsrådet udtaler blot, at der ikke efter rådets opfattelse »findes en så kontraktmæssig forbindelse mellem kommunen og nævnte firma«, at den pågældende på grund af generel inhabilitet må anses for afskåret »fra medlemskab eller *formandskabet* for nævnte udvalg«.

Tredje del. Kap.IX.5.2.

5.2. Den hierarkiske placerings betydning for tendensen til intensiveret regulering

Som anført ovenfor går tendensen i hvert tilfælde inden højesterets dom, jfr. nedenfor afsnit 7, i retning af en mere intens regulering af de her omhandlede generelle habilitetskrav. Man kan på baggrund heraf stille det spørgsmål, om og i bekræftende fald i hvilket omfang denne udvikling har sit grundlag i en inddragelse og opprioritering af kriterier vedrørende placering i det kommunale hierarki.

I afgørelsen om formanden for ejendomsudvalget er generelt inhabil, når han privat virker som entreprenør og gennem adskillige år har udstykket, byggemodnet og solgt byggegrunde samt opkøbt jord til samme formål, statuerer tilsynsrådet, at han »må betegnes som generelt inhabil *som medlem og formand* for ejendomsudvalget» (TR Sønderjylland 089-2-99-1-1978 af 14. august 1978).

Imidlertid lader det sig næppe på grundlag af denne sag afgøre, om og i bekræftende fald i hvilket omfang den intensitet, afgørelsen er udtryk for, er båret af vedkommendes placering som formand.

Tilsynsrådet er ret udførligt i dets redegørelse for de inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold. Således udtaler rådet, »at ...'s private erhvervs-mæssige virksomhed *ikke mindst hans egen udstykningsvirksomhed og hustruens virksomhed som ejendomshandler* er af en sådan karakter, at der til stadighed består en sådan risiko for konflikt mellem medlemmets private interesser og de kommunale anliggender ...«. Om dette kan opfattes som udtryk for, at den foreliggende forbindelse i sig selv begrundeder generel inhabilitet også som menigt medlem, således at ordene »og formand« blot er medtaget for at give en fuldstændig beskrivelse af retsvirkningen, eller om denne for så vidt selvfølgelig tilføjelse er at betragte som en integreret del af habilitetsvurderingens årsagsside, lader sig ikke afgøre.

Som et andet eksempel af relevans for denne problemstilling kan anføres den fase af Helsingesagen, som fulgte efter den første dom i 1975. Som anført ovenfor i afsnit 4.2.3 bygger det sagsforhold, der fører frem til den anden dom (1980) på et faktum, som er praktisk taget identisk med det, som lå til grund for sagens forløb til og med den første dom i 1975. Men medens habilitetsbedømmelsen i den første fase vedrører vedkommendes generelle habilitet som *menigt medlem* af økonomiudvalget, drejer sagen

sig i den anden fase herudover om vedkommendes status af 1. viceborgmester.

Tilsynsrådet annullerer såvel medlemskabet af økonomiudvalget som valget til 1. viceborgmester (TR Frederiksborg amt 089-215-99-4-1978 af 7. juni 1978).

Selv om disse to forhold er tæt indbyrdes forbundne, kan den egentlige årsag til, at der nu i modsætning til tidligere statueres generel inhabilitet næppe søges i valget til 1. viceborgmester, idet tilsynsrådet *dels* annullerer medlemskabet af økonomiudvalget *og dels* valget til 1. viceborgmester. I modsætning til den netop behandlede sag, hvor der kan sluttes fra vedkommendes inhabilitet som menigt medlem til inhabilitet som formand for udvalget, ville der i nærværende sag intet være i vejen for alene at statuere generel inhabilitet i forhold til viceborgmesterposten, da en sådan afgørelse ikke automatisk implicerer vedkommendes inhabilitet som medlem af økonomiudvalget. Annulation af valget til viceborgmester er derimod omvendt nærmest en logisk konsekvens af vedkommendes generelle inhabilitet som medlem af økonomiudvalget, idet viceborgmesteren i tilfælde af borgmesterens forfald under visse omstændigheder også indtræder i borgmesterens sted som formand for økonomiudvalget. Afgørende for, om dette i det enkelte tilfælde bliver aktuelt er, om karakteren og udstrækningen af borgmesterens forfald ikke blot fordrer substitution i funktionen som kommunalbestyrelsens mødeleder men også i funktionen som *kommunens administrative leder*. Er dette sidste tilfældet, vil vedkommende også indtræde på borgmesterens plads som formand for økonomiudvalget (jfr. Dansk kommunalforvaltning I s.166).

Denne sidstnævnte mulighed er helt klart en del af grundlaget for ministeriets sanktionering af tilsynsrådets afgørelse. Indenrigsministeriet udtaler således, »at ministeriet deler tilsynsrådets betænkeligheder ved dette valg, *ikke blot på grund af det af tilsynsrådet anførte moment, at 1. viceborgmester fungerer som formand for økonomiudvalget i borgmesterens fravær, men tillige fordi 1. viceborgmester i denne situation skal varetage funktionerne som leder af kommunens administration, hvad ministeriet må anse for uforeneligt med ...'s nære forretningsforbindelse med kommunen*«.

Selv om det således klart fremgår, at der som grundlag for tilsynsmyndighedernes og i særlig grad indenrigsministeriets afgørelse af sagen er blevet lagt vægt på vedkommendes placering i det kommunale hierarki,

Tredje del. Kap.IX.5.2.

kan man heller ikke i denne sag drage den slutning, at graden af reguleringsintensitet er resultat af dette kriteriums inddragelse i bedømmelsesgrundlaget. Såvel tilsynsrådet som indenrigsministeriet synes klart at antage, at betingelserne for annullation af valget som menigt medlem af økonomiudvalget er til stede uafhængigt af spørgsmålet om vedkommendes status af 1. viceborgmester. Dette sidste forhold styrker formentlig resultatet men er ikke en nødvendig forudsætning for dette. Afgørelsen lader sig forklare og legitimere ved det ovenfor anførte om udviklingen i bedømmelsesgrundlagets indhold i øvrigt. Ud over et angiveligt klarere og mere sikkert retsgrundlag er forandringen af bedømmelsesgrundlaget således karakteriseret ved en vægtforskydning fra hensyn, som hovedsagelig sigter mod foregribelse af speciel inhabilitet, til hensyn hvis mål også uafhængigt heraf er afskæring af latente interessekonflikter.

Hvordan Østre Landsret stiller sig til spørgsmålet, fremgår ikke klart, idet retten i sin angivelse af forbindelsen mellem habilitetsspørgsmålets årsags- og virkningsside sprogligt integrerer disse to elementer. Således udtaler retten, at »efter det oplyste om ...'s tilknytning til det rådgivende ingeniørfirma ... og dette firmas tilknytning til ... kommune *sammenholdt med indholdet af hvervene som medlem af økonomiudvalget og som 1. viceborgmester*, findes sagsøgte at burde frifindes for de af sagsøgeren i sagen nedlagte påstande«.

Indtrykket af intensitetsniveauets relative uafhængighed af vedkommendes placering i det kommunale hierarki bestyrkes yderligere af det forhold, at tendensen til intensivering også slår igennem i de tilfælde, hvor alene generel habilitet som menigt medlem af udvalget er genstand for bedømmelsen. Som eksempel herpå kan anføres tilfældet, der meget lig Helsingesagen vedrører spørgsmålet, om medindehaveren af et landinspektørfirma, som kommunen gennem mange år har benyttet, kan være menigt medlem af økonomiudvalget (TR Århus amt 089-711-90-9-1978, af 1. juni 1979).

Som anført ovenfor er de af kommunen udbetalte honorarer til firmaet af ganske samme størrelsesorden som i Helsingesagen, ca. 230-400.000 kr. om året i perioden 1974-78, ligesom dette beløb udgør en tilsvarende andel af firmaets samlede omsætning (6-7%). Det kommunalbestyrelsesmedlem, der indgiver klagen, henviser da også til de netop ovenfor behandlede afgørelser truffet af tilsynsmyndighederne i Helsingesagen.

Tilsynsrådet statuerer generel inhabilitet, hvorefter vedkommende må vige sit sæde i økonomiudvalget.

Anføres kan også sagen om generel habilitet som menigt medlem af havneudvalget, når vedkommende er ansat i en overordnet stilling i et færgeelskab, der bidrager med en væsentlig del af havnens indtægter.

Såvel kommunalbestyrelsen som tilsynsmyndighederne statuerer generel inhabilitet.

Nævnes skal også nogle eksempler på mulige afvigelser fra tendensen til intensiveret regulering, eller som i hvert tilfælde er karakteristisk ved at vedkommendes placering i det kommunale hierarki ikke ses at have virket i denne retning.

I sagen om en borgmester kan være kommunens advokat mener tilsynsrådet ikke, at vedkommende i almindelighed er specielt habil i forhold til sager om kommunale ejendomshandler. Derimod kan vedkommendes habilitet efter rådets opfattelse måske nok drages i tvivl, »hvor hans økonomiske interesse har været betydelig« (IM 1978/123/1418-2, af 19. marts 1979).

Indenrigsministeriet tilslutter sig denne opfattelse og udtaler som begrundelse for ikke at skride ind over for de tilfælde af speciel inhabilitet, der måtte have foreligget, »at det i betragtning af, at borgmesteren har givet afkald på sit virke som kommunens advokat, samt at kommunalbestyrelsen stiltiende har godkendt borgmesterens virke som advokat, ikke nu giver anledning til at foretage yderligere«.

Det fremgår således ikke klart heraf, hvilken opfattelse indenrigsministeriet har af vedkommendes generelle habilitet i den forgangne periode. Ministeriet tager umiddelbart kun stilling til spørgsmålet om muligheden for eller hensigtsmæssigheden af efterfølgende foranstaltning over for tilfælde af speciel inhabilitet. At indenrigsministeriet næppe har anset vedkommende for generelt inhabil, synes indirekte at fremgå af ministeriets tilslutning til den af tilsynsrådet foretagne meget liberale afgrænsning af de specielle habilitetskrav, og måske også af det forhold at man, efter borgmesterens »frivillige« tilbagetræden som advokat for kommunen, vælger borgmesterens kompagnon som advokat. Om dette forhold udtaler indenrigsministeriet, at ministeriet kan henholde sig til det af tilsynsrådet udtalte, »hvorefter rådet ud fra sit kendskab til forholdene har ment, at *den af advokat ... afgivne erklæring afværger de betænkeligheder, der kunne være knyttet til, at advokaten antages til kommunens advokat*« (IM 1978/123/1418-2 af 19. marts 1979).

Som klarere eksempel kan anføres en sag om de habilitetsmæssige

Tredje del. Kap.IX.5.2.

konsekvenser af, at borgmesteren er bestyrelsesformand for en bank, hvori en stor del af kommunens likvide kapital er anbragt (FOB 1981 s. 98).

Om vedkommendes specielle habilitet udtaler indenrigsministeriet, at borgmesteren på grund af sin tilknytning til det pågældende pengeinstitut »vil være inhabil såvel i kommunalbestyrelsen som i økonomiudvalget ved behandlingen af sager, der vedrører kommunens engagement med banken«. For så vidt angår spørgsmålet om generel habilitet tilslutter indenrigsministeriet sig tilsynsrådets vurdering, hvorefter tilknytningen til banken »ikke er af en art og et omfang, der kan begrunde, at borgmesteren er udelukket fra medlemskab af økonomiudvalget«. Ud over at indenrigsministeriet rent negativt giver udtryk for, at ministeriet »ikke har fundet grundlag for at tilsidesætte denne vurdering«, udtaler ministeriet yderligere positivt, at ministeriet »måtte i øvrigt nære betænkelighed ved at anse hvervet som borgmester (og dermed som formand for kommunens økonomiudvalg) som uforeneligt med hvervet som *formand for eller medlem af bestyrelsen* i et pengeinstitut, uanset at dette benyttes som kommunens forretningsforbindelse«. Denne retsopfattelse skal formentlig ses i snæver sammenhæng med opfattelsen af den vægt hensynet til ikke i for vidt omfang at udelukke bestemte befolknings/erhvervsgrupper indtager i tilsynsmyndighedernes bedømmelsesgrundlag.

Dette skal yderligere ses i forbindelse med det af klagerne anførte, hvorefter borgmesteren ved flere lejligheder har forladt møder, både i økonomiudvalget og kommunalbestyrelsen, når man har debatteret kommunens anbringelse af sin likvide kapital, der p.t. er på ca. 16 mill. kr. Klagerne finder det absurd, »at en økonomiudvalgsformand erklærer sig ude af stand til at deltage i en drøftelse angående den mest hensigtsmæssige måde at anbringe kommunens kapital på«. Klagerne mener, at det vil svække tilliden til kommunalforvaltningen, at borgmesteren som bankbestyrelsesformand ikke ser sig i stand til at udføre sådanne opgaver.

Indenrigsministeriet henviser i øvrigt til en anden sag vedrørende den habilitetsmæssige betydning af en amtsborgmesters medlemskab af en sparekassebestyrelse (IM 1980/132/0500-4 af 10. marts 1981). Indenrigsministeriet fastslår indledningsvis, at ikke blot vedkommendes egne personlige interesser men også interesser af formidlet karakter kan begrunde inhabilitet. Om vedkommendes specielle inhabilitet udtaler indenrigsministeriet, at ministeriet ikke kan fastslå, at borgmesteren vil være inhabil »med hensyn til *alle beslutninger*, der vedrører anbringelse af amtskommu-

nens likvide aktiver«. Inhabilitet vil foreligge med hensyn til såvel økonomiudvalgets samt amtsrådets behandling af sager, der konkret vedrører amtskommunens engagement med den pågældende sparekasse. Herudover anfører indenrigsministeriet, at inhabilitet kan forekomme, »hvor et forslag vedrørende amtskommunens engagement med pengeinstituttet vel ikke *direkte* berører forbindelsen med sparekassen, men hvor forbindelsen indirekte berører på en sådan måde eller i en sådan grad, at amtsborgmesteren under forhandlingerne og afstemningen af den pågældende sag vil være inhabil«.

På trods af dette sidstnævnte forbehold, hvorefter også indirekte grader af tilknytning anerkendes som inhabilitetsgrund, synes der ikke i indenrigsministeriets bedømmelsesgrundlag at indgå overvejelser som de der kommer til udtryk i hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter. Indenrigsministeriet mener, »at befolkningens tillid til den offentlige forvaltning vil kunne tilgodeses gennem fastlæggelse af retningslinjer for den daglige administration af amtsrådet samt en løbende kontrol fra økonomiudvalget og amtsrådet med, at retningslinjerne følges«.

I forhold hertil mener ombudsmanden, at såvel borgmesterens status af formand som menigt medlem i et pengeinstitut hvori kommunens midler er anbragt »*klart*« må medføre, at han på grund af speciel inhabilitet er afskåret fra »dels at udføre sin tilsynsforpligtelse, dels at udøve sin tilsynskompetence (med hensyn til mere principielle dispositioner) i det omfang, tilsynsbeføjelserne respektive beslutningskompetencen *direkte eller indirekte* har betydning for kommunens forbindelse til det pågældende pengeinstitut«. Herudover mener ombudsmanden også, at borgmesteren er inhabil med hensyn til sager i kommunalbestyrelsen og økonomiudvalget »*vedrørende anbringelsen af kommunens økonomiske midler*«. Endelig fastslår ombudsmanden, at vedkommende også vil kunne være inhabil i andre sager, f.eks. byggesager hvori det pågældende pengeinstitut har en væsentlig interesse. På baggrund heraf mener ombudsmanden, at vedkommendes tilknytning til banken »må give anledning til meget væsentlige betænkeligheder«.

Om indenrigsministeriets inddragelse og afvejning af de respektive hensyn hedder det, at indenrigsministeriet for så vidt ikke er uenig i ombudsmandens retsopfattelse, »men at de nævnte betænkeligheder efter ministeriets opfattelse ikke kan vurderes isoleret men må ses på baggrund af de betænkeligheder, som ville være forbundet med en antagelse af, at

Tredje del. Kap.IX.5.2.

hvervene som borgmester og som bestyrelsesformand/medlem i et pengeinstitut, der benyttes som kommunens forretningsforbindelse, ikke kan forenes (med den virkning at sådanne personer faktisk vil kunne være afskåret fra at opnå/beholde hvervet som borgmester)«. Mere enkelt udtrykt har indenrigsministeriet prioriteret hensynet til ikke at afskære bestemte befolknings- og erhvervsgrupper fra kommunalt arbejde i forhold til garanti- og tillidshensynet. At den af tilsynsmyndighederne valgte afgrænsning efter ombudsmandens opfattelse ikke lader sig omfatte af garantihensynet fremgår af ombudsmandens udtalelse om, at foreningen af de to hverv giver anledning til betænkeligheder, der er så væsentlige, »at det må give anledning til nogen tvivl, om de i tilstrækkelig grad vil kunne afbødes gennem fastlæggelse af retningslinjer som nævnt«.

Ombudsmanden finder imidlertid ikke »at have tilstrækkeligt grundlag for at anse tilsynsrådets og indenrigsministeriets opfattelse herom som uholdbar, når - som jeg i øvrigt må forstå ministeriets udtalelse til mig i den foreliggende sag - det er indenrigsministeriets opfattelse, at fastlæggelse af retningslinjer som nævnt kun kommer på tale som et alternativ i tilfælde, hvor en *konkret vurdering* af arten og omfanget af kommunens engagement med det pågældende pengeinstitut ikke gør en forening af hvervene *ubetinget udelukket*« (ombudsmanden kursiv).

Ombudsmanden opstiller herefter nogle retningslinjer som forudsætning for, »at ordningen *reelt* kan begrænse betænkelighederne ved borgmestrens dobbeltstilling« (jfr. herom s. 116f). Om den eksisterende ordning faktisk er i overensstemmelse hermed, ser ombudsmanden sig ikke i stand til at vurdere.

Tilfældet falder således godt ind i det mønster der i øvrigt tegner sig på retsområdet, hvorefter ombudsmandens retsopfattelse er udtryk for den relativt mest intense afgrænsning af de omhandlede generelle habilitetskrav.

Sammenfattende kan anføres, at der næppe er grundlag for en antagelse om at den intensivering af reguleringen, der udvikler sig i slutningen af 70'erne særligt skulle være knyttet til bedømmelselementer vedrørende placering i det kommunale hierarki. Den mere centrale placering af kriterier desangående må nærmest ses som en følgevirkning af den almindelige tendens til intensivering, i forhold til hvilken placeringen som borgmester, viceborgmester eller udvalgsformand kan danne grundlag for a fortiori slutninger.

6. Subjektivt udvist forhold til saglige krav og specielle habilitetskrav som grundlag for afgørelsen af generel habilitet

Spørgsmålet om og i bekræftende fald på hvilken måde vedkommende udvalgsmedlems subjektivt udviste forhold til specielle habilitetskrav og saglige krav indgår i bedømmelsesgrundlaget er af utvivlsom praktisk betydning. Dette er for så vidt overraskende, da vedkommendes subjektivt udviste forhold til gældende ret synes at stride mod den almindelige antagelse om habilitetskravenes objektive karakter, jfr. kap. VI, afsnit 6.2.

Sådanne kriteriers rækkevidde og adækvans må naturligvis vurderes i sammenhæng med det øvrige om bedømmelsesgrundlagets indhold og sammensætning anførte. Man må således være opmærksom på, at formålet med de generelle habilitetskrav jo ikke blot er at undgå tilfælde af speciel inhabilitet men også at undgå *sager* om speciel inhabilitet overhovedet, jfr. det anførte mod bedømmelsesgrundlag, som udelukkende eller hovedsagelig sigter mod foregribelse af speciel inhabilitet.

Den anførte argumentation mod at tillægge sådanne kriterier nogen afgørende vægt understreges i forhold til det tilsvarende spørgsmål om betydningen af subjektivt udvist forhold til overholdelse af saglige krav. Et bedømmelsesgrundlag, hvorefter de generelle habilitetskrav tildels kommer til at fungere som sanktionsmidler rettet mod konkrete tilfælde af speciel inhabilitet og/eller magtfordrejning i den forstand, at overholdelse respektive ikke-overholdelse af disse krav tillægges betydning for afgrænsningen af de generelle habilitetskrav, kan indebære en svækkelse af habilitetskravenes karakter af *foregreben* magtfordrejning. I forhold til de saglige krav er habilitetskravenes pointe, at de på objektivt grundlag kan udelukke bestemte interessebærere fra at deltage i en sags behandling og afgørelse for derved at afskære usaglige hensyn fra indflydelse på afgørelsens indhold. Behovet for sådanne formelle krav udspringer jo netop af det forhold, at det typisk er uhyre vanskeligt at påvise den saglige mangel (magtfordrejning), endsige i en form der muliggør sanktionsanvendelse.

I en argumentation for adækvansen af sådanne kriterier kan omvendt anføres, at i det omfang de generelle habilitetskrav er begrundet i risikoen for, at speciel inhabilitet eller usaglige hensyn ikke kommer for dagen eller først efterfølgende konstateres, må vedkommendes subjektivt udviste forhold til disse krav også kunne være af relevans for vurderingen af, om

Tredje del. Kap.IX.6.1.

det er nødvendigt at statuere generel inhabilitet. Som et afledt udtryk for vedkommendes etiske habitus kan disse kriterier således siges at harmonere med samtlige de hensyn, der antages at ligge til grund for de generelle habilitetskrav.

Imidlertid lader spørgsmålet om kriteriernes adækvans sig ikke besvare uafhængigt af deres nærmere indhold og anvendelse. På baggrund af den anførte argumentation vil et bedømmelsesgrundlag, hvorefter dokumenteret *tilsidesættelse* af de specielle habilitetskrav og/eller saglige krav indgår i bedømmelsesgrundlaget, i højere grad være et adækvat bidrag til realisering af hensynene end et bedømmelsesgrundlag, der også tillægger det betydning, at vedkommende positivt *har respekteret* disse retlige krav.

6.1. Det subjektivt udviste forholds betydning i praksis

Kriterier vedrørende subjektivt udvist forhold til de specielle habilitetskrav er klart anerkendt i praksis. I sagen, om medindehaveren af et rådgivende ingeniørfirma kan være medlem af ejendomsudvalget og økonomiudvalget, giver Østre Landsret således sagsøgeren (vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem) medhold i hans påstand om, at han i henseende til generel habilitet er lovligt valgt som medlem af økonomiudvalget. Denne afgørelse begrundes bl.a. med, at det efter »det om sagsøgerens virke oplyste herunder, at der er udvist omhu med, at han ikke er til stede, når der behandles sager vedrørende ... firmaet, ... finder retten det betænkeligt at anse betingelserne for opfyldt for ... at tilsidesætte dette valg«.

Retten tillægger således oplysninger om vedkommendes efterlevelse af de specielle habilitetskrav afgørende betydning for afgrænsningen af de uskrrevne grundsætninger om generel habilitet.

Kriteriet anvendes ikke som et intensiverende element. Tværtimod bidrager det åbenbart til en yderst tilbageholdende afgrænsning. Dette indtryk bestyrkes yderligere af, at der i sagen faktisk foreligger positive oplysninger om vedkommendes manglende efterlevelse af de specielle habilitetskrav. *)

*) Jfr. UfR 1975 s. 704, hvor der refereres til en skrivelse fra tilsynsrådet, hvori dette anmoder om at udtale, med hvilken begrundelse ... har deltaget i økonomiudvalgets behandling af sagen om regnskab vedrørende rådhusbyggeriet »uagtet hans firma var direkte økonomisk interesseret i det byggeri, der var til behandling i udvalgmødet«.

Denne anvendelse af kriteriet adopteres tilsyneladende ganske af tilsynsmyndighederne i sagen, om et kommunalbestyrelsesmedlem kan være medlem af byplanudvalget, når han driver ejendomsmæglervirksomhed i kommunen (TR Ribe amt 089-561-90-4-77 af 19. september 1977).

Tilsynsrådet kobler på samme måde som Østre Landsret kriteriet vedrørende det forholdsmæssige omfang af speciel inhabilitet og udvalgets samlede antal dagsordenspunkter sammen med spørgsmålet om vedkommendes respekt for de specielle habilitetskrav og saglige krav. Tilsynsrådet skønner således, at »antallet af sager hvori medlemmet har været inhabil, ikke har været så væsentligt i forhold til det samlede antal sager i udvalget, at dette i sig selv kan medføre manglende valgbarhed til udvalgshvervet«. Hertil følger tilsynsrådet, at det *»har lagt vægt på, at der ikke på grundlag af det for tilsynsrådet forelagte materiale kan antages, at medlemmet i den forløbne del af valgperioden har deltaget i behandlingen af sager, hvor hans konkrete habilitet har kunnet drages i tvivl«*, og tilsynsrådet udtaler videre, *»endelig er der ikke fremkommet oplysninger om, at medlemmet skulle have søgt at udøve usaglige indflydelse på sagernes behandling eller på anden måde have svigtet den tillid, som hvervet kræver«*.

Kriteriets indhold og vægt i bedømmelsesgrundlaget belyses ret nuanceret i sagen, om en ejendomshandler kan være formand for teknisk udvalg (IM 1972/1130/1600-1, skrivelse af 14. februar 1973).

Kommunalbestyrelsens flertal vedtager at betragte vedkommende som generelt inhabil. Denne beslutning begrundes med, at speciel inhabilitet må antages at ville foreligge i et omfang, der begrundes generel inhabilitet, og at vedkommende ikke har respekteret de specielle habilitetskrav, idet han har deltaget i behandlingen af sager, i forhold til hvilke han var specielt inhabil. (Den specielle inhabilitet er autoritativt fastslået af tilsynsrådet for Nordjyllands amt, jfr. dettes skrivelse af 29. juni 1972).

Tilsynsrådet statuerer ikke generel inhabilitet, hvorefter kommunalbestyrelsen indbringer sagen for indenrigsministeriet.

I skrivelsen til indenrigsministeriet præciserer kommunalbestyrelsen det anvendte bedømmelsesgrundlag derhen, at den konkret foreliggende despekt for de gældende habilitetskrav i sig selv bør kunne medføre generel inhabilitet. Således udtaler kommunalbestyrelsen, »at ...'s sammenblanding af offentlige og private interesser i de to (konkrete) sager (hvor han er erklæret inhabil) er af en sådan karakter, at disse *alene* bør føre til en afgørelse af, at ... skal udtræde som medlem af teknisk udvalg«.

Tredje del. Kap.IX.6.1.

Kommunalbestyrelsen kobler sin retsopfattelse af dette kriteriums betydning sammen med tillidshensynet, jfr. udtalelsen om at man fortsat er »af den opfattelse, at ...'s forbliven som medlem af teknisk udvalg i vid udstrækning vil give anledning til *mistilid til det offentlige hverv*, han som sådan beklæder«.

Heroverfor udtaler indenrigsministeriet, at det forhold, at ... må anses for at have været inhabil og derfor burde have afstået fra deltagelse i behandlingen af og afstemningen om de to sager i kommunalbestyrelsen og teknisk udvalg, *»ikke i sig selv kan medføre, at han som følge heraf generelt er afskåret fra medlemskab af teknisk udvalg«*.

At eksempler på manglende efterlevelse af de specielle habilitetskrav ikke uden videre, d.v.s. uafhængigt af de kriterier, der i øvrigt kan eller skal inddrages, kan bevirke generel inhabilitet, er en selvfølge. Af indenrigsministeriets udtalelse må man vel på den ene side kunne udlæse, at kriteriet principielt er af relevans i bedømmelsesgrundlaget, jfr. formuleringen at manglende efterlevelse *»ikke i sig selv«* kan bevirke generel inhabilitet. Imidlertid må afgørelsen nok også tages som udtryk for, at dokumenteret manglende efterlevelse af de specielle habilitetskrav ikke har nogen synderlig intensiverende vægt i afgrænsningen af de generelle habilitetskrav. Tilsynsmyndighederne tilsidesætter således en kommunalbestyrelses afgørelse (som ganske vist er truffet med 9 stemmer for inhabilitet og 8 imod), om at en ejendomshandler ikke bør være *formand* for et udvalg, i forhold til hvis arbejde han efter kommunalbestyrelsens skøn på grund af speciel inhabilitet vil være afskåret fra »regelmæssig deltagelse«. Et kommunalbestyrelsesskøn, som i hvert tilfælde til dels er bekræftet og tilmed bekræftet i form af manglende respekt for retsvirkningen af speciel inhabilitet.

Tilsynsmyndighedernes tilbageholdenhed bekræftes af og skal ses i sammenhæng med det ovenfor anførte om den udtalte usikkerhed, der i denne periode gjorde sig gældende i henseende til retsgrundlaget for og afgrænsningen af disse uskrevne grundsætninger om generel inhabilitet, jfr. således ministeriets afsluttende udtalelse om, at ministeriet ikke har »ment på det foreliggende grundlag at burde tage endelig stilling til spørgsmålet om lovligheden af ...'s medlemskab af byrådets tekniske udvalg«.

Medens positiv efterlevelse eller manglende oplysning om tilsidesættelse af kravene om speciel habilitet og magtfordrejning således inddrages i de retsanvendende myndigheders bedømmelsesgrundlag som elementer, der

virker imod at statuere generel inhabilitet, er det vanskeligt at eftervise betydningen af kriterier vedrørende manglende efterlevelse af disse retlige krav. Bortset fra den ovenfor anførte vage indenrigsministerielle udtalelse om, at manglende efterlevelse af de specielle habilitetskrav »ikke i sig selv« bevirker generel inhabilitet, ses der ikke at foreligge eksempler på, at tilsynsmyndighederne positivt har henvist til manglende efterlevelse som et bedømmelseselement af betydning for reguleringens intensitet, hvilket naturligvis ikke er ensbetydende med, at sådanne forhold ikke faktisk kan være inddraget i bedømmelsesgrundlaget.

I sagen, om medindehaveren af et landinspektørfirma, som kommunen benyttede til udførelse af forskellige arbejder, kan være medlem af økonomiudvalget, anfører klageren, at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem har været til stede »ved en lang række sager for firmaet, når disse har været behandlet i byrådet« (TR Århus amt 089-711-90-9-1978, af 1. juni 1979). Denne oplysning bestrides kun delvist, idet kommunalbestyrelsen anfører, at styrelseslovens § 14 er iagttaget »i de tilfælde, hvor der har foreligget interessekollision, *når landinspektørfirmaet har indsendt ansøgninger på private klienters vegne*«, og det fremgår i øvrigt ikke, om forholdet har været inddraget i bedømmelsesgrundlaget. I forhold til afgørelsen i denne sag er spørgsmålet måske også af mindre praktisk interesse, idet tilsynsrådet statuerer generel inhabilitet.

Hvor betingelserne for at statuere generel inhabilitet er opfyldt uafhængigt af spørgsmålet om efterlevelse af de specielle habilitetskrav og saglige krav, er tilsynsmyndighedernes tilskyndelse til at bringe klarhed over eksistensen og omfanget af manglende efterlevelse formentlig beskeden. Oplysnings- og bevisvanskeligheder samt tilsynsmyndighedernes almindelige tilbageholdenhed taler for i stedet at vælge en »allerede fordi«-afgørelse.*)

*) Sagen rummer i øvrigt en mængde interessante aspekter i henseende til spørgsmålet om oplysning af interessens art og omfang. Tilsynsrådets oplysningsteknik synes meget effektiv. Bl.a. opfordres kommunen til at benytte sig af adgangen til kontradiktion i forhold til de af klageren fremførte oplysninger og påstande. På denne måde tvinges en ellers modvillig kommunalbestyrelse til detaljeret at redegøre for det pågældende firmas engagement i kommunens aktiviteter samt disse aktiviteter forhold til økonomiudvalgets kompetence, jfr. i øvrigt kap. XIII.

Tredje del. Kap.IX.6.1.

Tilsvarende kan anføres sagen, om et kommunalbestyrelsesmedlem, der driver entreprenørvirksomhed, kan være formand for kommunens ejendomsudvalg (TR Sønderjyllands amt 089-2-99-1-1978 af 14. august 1978).

Udover de almindelige oplysninger om interessens karakter og omfang fremføres i klagen også den påstand, at vedkommende har misbrugt den til medlemskabet knyttede adgang til oplysninger, idet han til teknisk udvalg formelt har fremsendt en ansøgning med ønske om at erhverve et større areal i umodnet stand med henblik på modning, udstykning og salg af parceller. Som bevis for, at der hermed foreligger misbrug af oplysninger anfører klageren, at kommunen endnu ikke har erhvervet det pågældende areal.

Heroverfor anfører kommunalbestyrelsen, at hans kendskab »ikke behøver« at hidrøre fra hans byråds- eller udvalgsarbejde, da kommunens planer for det pågældende område på daværende tidspunkt var omtalt i dagspressen.

Herefter udtaler tilsynsrådet, »at det i sagen fremkomne ikke giver tilsynsrådet grundlag for at antage, at ... i den ... nævnte konkrete sag har misbrugt en viden, som kun har været tilgængelig for ham i hans egenskab af byrådsmedlem«.

Alligevel annullerer tilsynsrådet såvel hans medlemskab af som formandskab for ejendomsudvalget.

Til illustration af de vanskeligheder, der er forbundet med en klarlæggelse af tilsynsmyndighedernes forhold til konkrete tilfælde vedrørende spørgsmålet om tilsidesættelse af saglige krav, kan anføres en sag, i hvilket det af klagerne påstås, at et kommunalbestyrelsesmedlem har udnyttet viden, han er kommet i besiddelse af som kommunalbestyrelsesmedlem. Denne viden skulle være anvendt til fordel for en boligforening, i hvilken han beklæder formandsposten.

Boligforeningen har erhvervet en ejendom for ca. 31.000 kr. pr. td land ifølge tilbud fremsat af ejeren den 4. december 1967. Handelen afsluttes den 9. december 1967.

Kommunen har i september 1967 tilbudt vedkommende sælger 25.000 kr. pr. td land. Klagerne påstår, at dette hændelsesforløb er udtryk for, at vedkommende har udnyttet »den viden, han som medlem af kommunernes byplanudvalg har haft om arealets fremtidige anvendelse i forhold til kommunens dispositionsplan«.

Området var i henhold til byudviklingsplan af 1966 placeret i yderzone. Den 4.

december 1967 forelægges dispositionsplanen for kommunalbestyrelsen, der med visse ændringer vedtager planen. Efter denne er det pågældende område nu udlagt til etagebyggeri, parcel- og rækkehuse. Der kan efter planen opføres 3-400 lejligheder på ejendommen.

Som medlem af byråd og byplanudvalg har vedkommende haft kendskab til forslag til dispositionsplan, hvoraf det fremgår »hvad der forventeligt vil ske i det omhandlede område«.

Vedkommende erklærer ikke at have videregivet oplysninger til uvedkommende, og at han i øvrigt ikke har udnyttet viden erhvervet gennem medlemskab af vej- og byplanudvalget.

Amtsrådet beslutter ikke at foretage sig noget over for ..., »da den handling, klagen angår, ikke er foretaget af ... i hans egenskab af sognerådsmedlem«. Og amtsrådet »finder ikke grundlag for at anmode anklagemyndigheden om at foretage en undersøgelse af, om ... har overtrådt den ham som sognerådsmedlem påhvilende tavshedspligt« (Århus amtsråd, af 4. marts 1968).

Spørgsmålet om disse kriteriers placering og vægt i bedømmelsesgrundlaget taber naturligvis betydning i det omfang, de generelle habilitetskrav uafhængigt heraf udfyldes meget intenst. Eksempelvis blev der i sagen, om et kommunalbestyrelsesmedlem som følge af sit ægteskab med skoleinspektøren ved en af kommunens skoler var afskåret fra medlemskab af kulturelt udvalg, peget på, at vedkommende via sit medlemskab på forskellig vis skulle have fremmet sin mands personlige interesser. Når spørgsmålet herom ikke ses at være tillagt betydning for afgørelsen, som statuerer generel inhabilitet, hænger det formentlig sammen med, at denne afgørelse som anført i kapitel VIII nok må ses som udtryk for en tendens til at afgrænse de uskrevne grundsætninger om generel habilitet som følge af ægteskabelig tilknytning til kommunalt ansatte med en intensitet, der giver associationer til analog anvendelse af styrelseslovens § 29, stk. 2 (IM 1974/12012/1403-1 af 10. marts 1975).

Ligesom en høj grad af intensitet i afgrænsningen kan overflødiggøre disse kriteriers inddragelse i bedømmelsesgrundlaget, således kan en tilbageholdende afgrænsning omvendt også være såvel årsag til som udtryk for at subjektivt udvist despekt for de specielle habilitetskrav og magtfordrejningskravet ikke indgår i bedømmelsesgrundlaget, eller i hvert tilfælde ikke indgår med en vægt, som afgørende påvirker resultatet.

Dette forhold kan belyses på grundlag af sagen vedrørende forskellige spørgsmål om kommunalbestyrelsesmedlemmers specielle habilitet som

Tredje del. Kap.IX.6.1.

følge af deres engagement i et erhvervs- og udviklingsselskab, som forestod et omfattende feriecenterprojekt i kommunen (OBM j.nr. 1975-1141-42 af 27. maj 1977).

Blandt de adskillige kommunalbestyrelsesmedlemmer engageret i selskabet var også borgmesteren. Udover at besidde aktier, et forhold som ikke i sig selv blev betragtet som inhabilitetsgrund, var han også medlem af selskabets bestyrelse. Denne bestyrelse fungerer tillige som direktion og har efter ombudsmandens opfattelse »en meget stærk stilling i selskabet«. Tilknytning via medlemskab af bestyrelsen bevirker derfor speciel inhabilitet i forhold til sager vedrørende selskabet.

De specielle habilitetskrav var imidlertid langt fra blevet respekteret. Tilsynsrådet udtaler således om nogle møder, hvor byplanvedtægten forhandles, og desuden om »møder hvor udstykningsplan for ... har været behandlet«, at *»det er uheldigt, at borgmesteren på grund af sit medlemskab af bestyrelsen for ... selskab ikke har undladt at deltage i kommunalbestyrelsens behandling af sager, der berørte ... selskabs interesser«* (TR Viborg amt 089-99-15-75 af 3. november 1975).

Herudover påpeger ombudsmanden yderligere nogle tilfælde, hvor de specielle habilitetskrav var blevet tilsidesat af borgmesteren. Denne har således deltaget i kommunalbestyrelsens behandling af en økonomiudvalgsindstilling om anlæg af adgangsvej fra amtsvejen til det af selskabet erhvervede udstykningsområde, og anlæg af interne veje i selve udstykningsområdet samt detailkloakeringsprojektet for området. Borgmesteren deltager i yderligere et kommunalbestyrelses- og økonomiudvalgsmøde vedrørende spørgsmål om anlæg af adgangsvejen til udstykningsområdet. Ombudsmanden peger også på, at borgmesteren som repræsentant for kommunen har deltaget i et møde mellem amtets tekniske udvalg og fredningsplanudvalg om udkast til byplanvedtægt for området. Da dette møde finder sted på et tidspunkt, hvor ... selskab er involveret i forhandlinger om køb af en del af området, udtaler ombudsmanden: »Jeg går ud fra, at tilsynsrådet må mene, at ... allerede på dette tidspunkt var inhabil ved kommunens behandling af sager vedrørende udstykningen af ... området ...«.

Endelig foreligger der tilfælde, hvor det ikke af beslutningsprotokollen fremgår, om borgmesteren har forladt mødet, når sager, i forhold til hvilke han var specielt inhabil, har været til behandling.

Ombudsmanden giver ikke udtryk for nogen forbindelse mellem det

således dokumenterede ret lemfældige forhold til de specielle habilitetskrav og spørgsmålet om vedkommendes generelle habilitet. Dette spørgsmål tages derimod op i et særligt afsnit, uden at det af borgmesteren udviste forhold til de specielle habilitetskrav synes at indgå i bedømmelsesgrundlaget.

Ombudsmanden træffer en afgørelse og fremsætter en udtalelse om forholdet, der som ovenfor anført er udtryk for en yderst tilbageholdende afgrænsning af de generelle habilitetskrav: »jeg har fundet det rettest - *uden derved at give udtryk for nogen stillingtagen til spørgsmålet* - at foreslå tilsynsrådet nærmere at overveje, hvorvidt rådet finder det foreneligt med ...'s hverv som borgmester, at han samtidig har den foreliggende nærmere tilknytning til ... selskab«. Som anført synes denne passus, hvorefter der ikke med hjemvisningen (forslaget til nærmere overvejelse) er givet udtryk for nogen stillingtagen i sagen, at skulle tages bogstaveligt, hvilket langt fra er det sædvanlige indhold af ombudsmandsudtalelser formuleret som hjemvisninger til fornyet behandling.

Ombudsmandens faktiske tilbageholdenhed understreges af den omstændighed, at spørgsmålet om generel inhabilitet ikke rejses i forhold til nogen af de øvrige i selskabet involverede kommunalbestyrelsesmedlemmer. Et af disse (en advokat) er medlem af teknisk udvalg og er tilknyttet selskabet som medstifter, aktionær og medlem af dettes bestyrelse. Spørgsmålet om hans specielle habilitet og hans efterlevelse af de specielle habilitetskrav inddeler ombudsmanden i fire kategorier:

I første kategori opsummeres de tilfælde, hvor han har erklæret sig inhabil under behandling af sager vedrørende selskabet i henholdsvis kommunalbestyrelse og teknisk udvalg.

I den anden kategori opregnes fem tilfælde, hvor det ikke af beslutningsprotokollen fremgår, om han har forladt møderne under sagernes behandling.

Den tredje kategori omfatter nogle tilfælde, hvor vedkommende har været til stede »som repræsentant for kommunen«. Disse møder har således været afholdt mellem repræsentanter for kommunen og fredningsplanudvalget for ... amt samt amtskommunens tekniske udvalg og tekniske forvaltning, lige som også det planlægningsfirma, der har medvirket ved sommerhusudstykningsplan, har deltaget. Som repræsentant for kommunen har han ligeledes deltaget i teknisk udvalgs møder vedrørende behandling af forslag til udstykningsplan.

Ombudsmanden må antages at betragte vedkommende som specielt inhabil under disse møder, idet det udtales, »at det havde været rigtigt, om

Tredje del. Kap.IX.6.1.

tilsynsrådet i forbindelse med behandlingen af ...'s klager havde taget stilling til ...'s deltagelse som kommunens repræsentant i ...«.

Endelig omfatter den fjerde kategori nogle tilfælde, hvor vedkommende har deltaget »som repræsentant for selskabet under fællesmøder med teknisk udvalg samt ... økonomiudvalget«.

Nogle af disse møder synes af ombudsmanden nærmest at måtte karakteriseres som »fælles forberedende møder om forslag til bebyggelsesplan, som kunne danne grundlag for udkast til partiel byplanvedtægt og en udstykningsplan for området«. Som følge heraf finder ombudsmanden ikke, at »der kan være anledning til at kritisere, at der ikke på disse møder blev foretaget en skarp opdeling af mødernes fællesfase og de faser, hvorunder kommunens udvalg forhandlede indbyrdes og traf beslutninger om de rejste spørgsmål« (Om indholdet/betydningen af konstruktionen »fælles forberedende møde« se kap. VI, afsnit 2.5.).

Derimod rejser ombudsmanden det spørgsmål, om ikke en sådan skarp opdeling burde være foretaget med hensyn til et møde, hvor der stilles to alternative forslag til bebyggelse af ... området. På dette møde beslutter teknisk udvalg at indstille til kommunalbestyrelsen, at et af forslagene fremmes »i øvrigt i overensstemmelse med udstykningskonsortiets ønsker«.

Ombudsmanden påpeger som en fejl, at det ikke af beslutningsprotokollen klart kan ses, »hvorvidt ... har forladt mødet under udvalgets forhandling og afstemning om de to alternative bebyggelsesforslag vedrørende området«.

På baggrund af det anførte om de involverede interessers art og omfang synes en afgørelse, der statuerer generel inhabilitet, ikke at fordre en særlig intens afgrænsning. Når hertil kommer det anførte om vedkommandes subjektivt udviste forhold til de specielle habilitetskrav sammenholdt med, at spørgsmålet om generel inhabilitet tilsyneladende slet ikke har været overvejet, kan man vel konkludere, at kriterier, hvorefter manglende efterlevelse af de specielle habilitetskrav bevirker en intensivering af reguleringen, næppe af ombudsmanden har været inddraget i bedømmelsesgrundlaget.

Sammenfattende kan om disse kriteriers betydning som elementer i bedømmelsesgrundlaget anføres, at medens der er klart grundlag for at tillægge positivt udvist respekt for de specielle habilitetskrav betydning som et bedømmelseselement, der taler mod at statuere inhabilitet, er det meget usikkert, om kriterier vedrørende manglende efterlevelse faktisk indgår som et intensiverende element i bedømmelsesgrundlaget. (Om højesterets stilling til spørgsmålet, jfr. nedenfor afsnit 7.).

7. Det af Højesteret anvendte bedømmelsesgrundlag

I dette afsnit vil Højesterets retsopfattelse, som denne fremtræder af den endelige afgørelse i Helsingesagen, blive behandlet (UfR 1981 s. 637ff).

Som anført falder Højesterets afgørelse ud til, at vedkommende hverken er afskåret fra medlemskab af økonomiudvalget eller fra hvervet som 1. viceborgmester. Højesterets afgørelse bygger afgørende på fire i dommen understregede sæt af præmisser. Det fremgår ikke, om den heri liggende opregning af kriterier for vedkommendes habilitet helt eller delvis skal opfattes kumulativt, eller om og i bekræftende fald i hvilket omfang kriterierne hver for sig kan bære afgørelsen. Som anført er habilitetsafgørelsens bedømmelsesgrundlag ofte yderst sammensat. De enkelte kriterier der indgår, er nok isoleret betragtet udtryk for en afgrænsning. Imidlertid indgår de typisk i et samspil med andre kriterier som dele af bedømmelsesgrundlagets jus-side, hvorfor den afgrænsning de enkelte kriterier hver for sig er udtryk for, alene kan have status af en tendens, hvis gennemslag afhænger af vægtfordelingen i samspillet. Med dette forbehold in mente vil de i domsbegrundelsen angivne præmisser i det følgende blive behandlet hver for sig, jfr. afsnittene 8.1.-8.4., medens grundlaget for afgørelsen af vedkommendes habilitet som 1. viceborgmester vil blive behandlet særskilt, jfr. afsnit 8.5.

7.1. Det generelt inhabilitetsbegrundende omfang af speciel inhabilitet

Højesteret lægger vægt på, at vedkommende i perioden 1/4 1974 til 31/3 1978 »kun har måttet forlade økonomiudvalgets møder på grund af inhabilitet under behandlingen af 78 dagsordenspunkter ud af de 2.891, som udvalget behandlede i samme tidsrum«.

Hermed synes den af ombudsmanden introducerede og af tilsynsmyndighederne adopterede modvilje mod kriterier vedrørende det kvantitative forhold mellem antallet af dagsordenspunkter, hvor vedkommende er specielt inhabil og udvalgets øvrige dagsordenspunkter at være underkendt. Højesterets standpunkt understreges af det forhold, at indenrigsministeriet over for Østre Landsret som grundlag for sin retsopfattelse anfører, at en væsentlig del af det samlede antal dagsordenspunkter f.eks. vedrører »sager til efterretning« og således ikke indholdsmæssigt har nogen særlige betydning i økonomiudvalgets arbejde«. Et forhold der hverken for Østre Landsret eller Højesteret ses at være blevet bestridt. Det oplyses

Tredje del. Kap.IX.7.2.

omvendt positivt, at han i perioden 1974-78 »har måttet forlade økonomiudvalget i op til hvert tredje møde på grund af speciel inhabilitet«.

7.2. Det subjektivt udviste forhold til de retlige krav

Det netop anførte skal ses i snæver sammenhæng med at Højesteret også tillægger det vægt, »at bestemmelserne i styrelseslovens § 14 og 29, stk. 1 nøje har været overholdt ...«.

Højesteret tillægger således den af vedkommende udviste respekt for de specielle habilitetskrav betydning for afgrænsningen af de generelle habilitetskrav.

Højesterets præmisser er i denne henseende helt i overensstemmelse med bedømmelsesgrundlaget i den første Østre Landsretsdom, hvor retten som begrundelse for at give medhold i hans påstand om, at han i henseende til generel habilitet er lovligt valgt som medlem af økonomiudvalget bl.a. henviser til »det om sagsøgerens virke oplyste, *herunder at der er udvist omhu med, at han ikke er til stede, når der behandles sager vedrørende ... firmaet ...*« (UfR 1975 s. 710).

Også i forhold til dette kriterium eksisterer der et modsætningsforhold til det af ombudsmanden og tilsynsmyndighederne anvendte bedømmelsesgrundlag. Således anfører indenrigsministeriet, at »uanset at den specielle inhabilitet respekteres vil medlemskab af økonomiudvalget uundgåeligt påvirke hans kolleger i udvalget« (UfR 1981 s. 644). Og ombudsmanden har under sagens første fase tilkendegivet det principielt uheldige i, at udvalgets øvrige medlemmer skal føre tilsyn med et andet udvalgsmedlems meget omfattende arbejde for kommunen (UfR 1975 s. 702. *Rønsholdt: Juristen* 1976 s. 280).

Højesteret lægger således tilsyneladende hverken vægt på disse af ombudsmanden og tilsynsmyndighederne fremførte tilkendegivelser eller de øvrige anførte indsigelser mod adækvansen af et sådant bedømmelsesgrundlag.

7.3. Graden af tilknytning set i forhold til kompetencefordelingen udvalgene imellem

Højesteret lægger også vægt på, »at ejendomsudvalget og ikke økonomiudvalget efter det oplyste træffer de beslutninger, som umiddelbart har indflydelse på hans firmas arbejde for kommunen«.

Også denne præmis repræsenterer en distancering fra et bedømmelses-

grundlag, der inddrager hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter. Når højesteret således som et kriterium for vedkommendes habilitet lægger vægt på, at ejendomsudvalget i modsætning til økonomiudvalget træffer de beslutninger som »umiddelbart« har indflydelse på firmaets arbejde for kommunen, er dette udtryk for, at de ydre grænser for inhabilitetsbegrundende grader af tilknytningsforhold sættes ved sådanne grader af direkte forbindelser, som disse eksempelvis kommer til udtryk i ejendomsudvalgets afgørelser vedrørende antagelse af arkitekt- og ingeniørbistand.*)

Hermed statueres, at netop de indirekte grader af forbindelser mellem vedkommende og udvalgets sager, som hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter sigter mod, ikke konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse.

Højesteret lægger ved afgrænsningen af økonomiudvalgets kompetence i forhold til ejendomsudvalget til grund, at »økonomiudvalget skal behandle projekterne og anlægsudgifterne - herunder eventuelle tillægsbevillinger - samt regnskaberne ...«, medens »alle andre beslutninger vedrørende byggeriet herunder antagelse af rådgivende teknikere træffes af ejendomsudvalget ...«.**)

For indenrigsministeriet er det forhold, at ejendomsudvalget har kompetence til at antage fremmed teknikerbistand af mindre betydning, når det konstateres, at vedkommendes firma »stort set altid benyttes ..., hvor der overhovedet antages fremmed ingeniørbistand«. Et forhold der skal ses i

*) Jfr. UfR 1981 s. 641, hvor det om kompetenceforholdet mellem ejendomsudvalget og økonomiudvalget oplyses, at de enkelte fagudvalg fremsætter deres ønsker i henseende til bygge- og anlægsarbejder over for ejendomsudvalget, der forestår planlægningen, projekteringen og træffer beslutning om antagelse af arkitekt- og ingeniørbistand. Hvad derimod angår ejendomsudvalgets budgettering, økonomiske planlægning samt godkendelse af projekter og frigivelse af anlægsudgifter foretages indstilling gennem økonomiudvalget og kommunalbestyrelsen.

**) Højesteret har eventuelt lagt vægt på, at økonomiudvalgets sagsbehandling sigter mod forelæggelse for den samlede kommunalbestyrelse, medens ejendomsudvalgets afgørelser træffes uden forelæggelse for økonomiudvalget eller kommunalbestyrelse, jfr. UfR 1981 s. 642.

Tredje del. Kap.IX.7.3.

forbindelse med, at de projekter firmaet engageres til at forestå beløbsmæssigt er væsentligt større end værdien af de projekter, som udføres af kommunens egen tekniske forvaltning. Denne del af den kommunale forvaltning forestår således hovedsageligt kun anlægsarbejder vedrørende kloakering. Det er på baggrund heraf, at indenrigsministeriet som grundlag for inddragelse af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter kan udtale, at vedkommende har en »så massiv personlig erhvervsmæssig økonomisk interesse i ... kommunes økonomi ...«, at han må være generelt inhabil.

De specifikke muligheder for at udnytte og opretholde denne interesse ser indenrigsministeriet netop i den eksisterende kompetencefordeling mellem udvalgene, idet økonomiudvalget som anført deltager i den mere overordnede budgettering og planlægning, i forbindelse med hvilken vedkommende vil have en »væsentlig interesse i at arbejder inden for social- og sundhedsforvaltningen og kulturforvaltningen fremmes fremfor kloakarbejder, der normalt varetages af kommunens egen tekniske forvaltning«.

Hertil kommer at netop det overordnede budget- og planlægningsarbejde efter indenrigsministeriets vurdering »giver mulighed for at få oplysninger frem for konkurrenterne«. Et forhold som naturligvis i relation til det netop anførte vil repræsentere en fjernere /mere indirekte grad af tilknytning og dermed udnyttelsesmulighed.

7.4. Tilknytningsforholdets karakter

Højesteret lægger vægt på, »at han ikke driver entreprenørvirksomhed, men som rådgivende og tilsynsførende er kommunens tillidsmand«.

I denne præmis synes i hvert tilfælde at indgå tre kriterier vedrørende:

Forbindelsens formelle grundlag (7.4.1.)

Forbindelsens funktionelle karakter (7.4.2.)

Interessens materielle karakter (7.4.3.).

7.4.1. Tilknytningsforholdets formelle grundlag

Som anført kap. VI kan det formelle grundlag for eksistensen af en given forbindelse være afgørende for, om der af forbindelsen udspringer en inhabilitetsbegrundende interesse.

Spørgsmålet har foreligget i forskellige situationer, hvor kommunalbestyrelsen behandler sager vedrørende foreninger og selskaber, i hvis

styrende organer enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer har siddet, jfr. kap. VI, afsnit 3. I forhold til sådanne tilfælde har det været helt afgørende for habilitetsvurderingen, om det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem kan siges at have status af kommunalbestyrelsens repræsentant. Bygger repræsentationen således på kommunalbestyrelsens udpegning, statueres ikke inhabilitet, selv om vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem som medlem af foreningen eller selskabets organer naturligvis *også* er forpligtet til at varetage selskabets/foreningens interesser.

En sådan situation foreligger imidlertid ikke i det her omhandlede tilfælde. Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems interesse i det rådgivende ingeniørfirma er så langt fra funderet i et mandat fra kommunalbestyrelsen men udspringer af et privatretligt medejerskab af firmaet.

7.4.2. Tilknytningsforholdets funktionelle karakter

I dommens passus om, at vedkommende som »rådgivende og tilsynsførende er kommunens tillidsmand«, synes at ligge en forudsætning om, at den funktionelle karakter af kontrol og rådgivningsvirksomheden betinger andre - mindre intensivt dragne - habilitetsgrænser.

Umiddelbart ville man vel ellers forvente en modsat slutning, således at status af kommunens »tillidsmand« i ganske særlig grad må forudsætte en for uvedkommende interesser frigjort person og dermed en intensiv afgrænsning af de relevante habilitetskrav. Hvordan man end benævner vedkommendes funktion, må det vel stå fast, at han med sin erhvervsmæssige tilknytning til kommunen *også* er genstand for kommunalbestyrelsens kontrol, som især udøves af udvalgene. Vedkommende må således med sit medlemskab af økonomiudvalget siges at indtage en dobbeltrolle. Med udgangspunkt i tilsynsmyndighedernes ovenfor refererede bedømmelse, hvorefter »der mellem kommunen og firmaet foreligger et kontraktsforhold, der i realiteten bringer ... i en stilling, *som ikke adskiller sig væsentligt fra et egentligt ansættelsesforhold som omhandlet i styrelseslovens § 29, stk. 2*«, kan det som grundlag for vurderingen af denne dobbeltrolle være nyttigt at drage en parallel til de tilsvarende kriterier, der indgår ved afgrænsningen af de for kommunalt ansatte gældende habilitetskrav.

Som kriterier af betydning i denne henseende er i kap. VI og VIII peget på stillingens karakter i henseende til dens art og placering i det administrative hierarki respektive det pågældende private firma. For så vidt angår kommunale ansættelsesforhold bliver spørgsmålet herefter, om stillingen

Tredje del. Kap.IX.7.4.2.

er af ledende karakter, om den omfatter en hel forvaltningsgren eller blot en enkelt institution, om den er af administrativ eller anden karakter, o.s.v. Som tilnærmelsesvis parallel hertil bliver det af betydning, om tilknytning til et privat firma giver sig udtryk i personligt ejerforhold, passiv økonomisk interesse, stilling som direktør, medlem af bestyrelse eller repræsentantskab etc. Sådanne kriterier repræsenterer som mulige retsfakta forskellige grader af intensitet i afgrænsningen.

Spørgsmålet er herefter, hvilken grad af tilknytning der konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse. Fordres en direkte forbindelse eller anerkendes også mere indirekte grader af forbindelse mellem vedkommende og udvalget/dettes funktioner, evt. således at der i habilitetsmæssig henseende opereres med identifikationsformodninger mellem mere eller mindre vidt afgrænsede grupper af kommunalt ansatte respektive personer tilknyttet den private virksomhed, og er stillingens funktionelle karakter eventuelt af betydning for denne afgrænsning?

Besvarelsen af disse spørgsmål må naturligvis foretages på grundlag af det funktionelle samspil mellem udvalget og den relevante del af den kommunale forvaltning/det pågældende firma.

Som anført i kap. VIII er udviklingen gået i retning af særligt at understrege udvalgets kontrolfunktion.

Denne udvikling kommer som anført helt klart til udtryk i styrelseslovens § 29, stk. 3, hvorefter den afgrænsning § 29, stk. 2 er udtryk for kun fastholdes over for de forvaltningsområder, i forhold til hvilke økonomiudvalget fungerer som stående udvalg, jfr. stk. 3, litra a. I modsætning hertil vedrører litra b og c den øvrige del af den kommunale forvaltning, i forhold til hvilken økonomiudvalget alene har partiel udvalgskompetence, en kompetence som især giver sig udtryk i udøvelse af kontrolfunktioner. I medfør af disse bestemmelser drages de habilitetsmæssige grænser ved ansatte, »der er *umiddelbart ansvarlige* for eller i øvrigt har *ledende administrativ funktion* inden for andre forvaltningsområder, som forestås af økonomiudvalget, og ansatte, der er *umiddelbart ansvarlige* for ledelsen af et under et stående udvalg hørende forvaltningsområde«.

Denne afgrænsning er udtryk for en udelukkende fokusering på økonomiudvalgets kontrolfunktioner, og i forhold hertil er formodningen for identifikation de kommunalt ansatte imellem opgivet.

Sammenfattende kan anføres, at tendensen til at fokusere på hensynet til udvalgets kontrolfunktioner i modsætning til udvalgets øvrige funktioner,

trækker afgrænsningen i retning af kun at betragte de umiddelbart ansvarlige for generelt inhabile. En sådan afgrænsning gældende for kommunalt ansatte er i forhold til de stående udvalg i strid med ordlyden af § 29, stk.2. Derimod kan en sådan afgrænsning - som nu for økonomiudvalgets vedkommende er lovfæstet, jfr. § 29, stk. 3 - måske også anerkendes i forhold til privatøkonomiske interesser. At vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem ville være generelt inhabil som medlem af ejendomsudvalget synes forudsætningsvis anerkendt i Højesterets passus om, »at ejendomsudvalget og ikke økonomiudvalget ... træffer de beslutninger, som umiddelbart har indflydelse på hans firmas arbejde for kommunen«.

Hvad endelig angår kommunalt ansattes medlemskab af økonomiudvalget, skal afgrænsningen som den kommer til udtryk i litra b og c ses som udtryk for ønsket om at lempe habilitetskravene gældende for dette overordnede udvalg. Hvis man - som tilsynsmyndighederne - lægger til grund, at vedkommende i forhold til kommunen indtager en stilling, »som ikke adskiller sig væsentligt fra et egentligt ansættelsesforhold som omhandlet i styrelseslovens § 29, stk. 2«, må man vel også, som følge af vedkommendes placering og status i det rådgivende ingeniørfirma, komme til det resultat, at forholdet er at sammenligne med det i § 29, stk. 3, litra b og c omfattede.

Antages dette resultat og lægges det yderligere til grund at afgrænsningen i litra b og c er at opfatte som en habilitetsmæssig minimumsfordring, synes enhver yderligere svækkelse af reguleringsintensiteten at være faktisk ensbetydende med en opgivelse af de generelle habilitetskrav på dette område.

En så vidtgående slutning kan imidlertid ikke antages at være draget af Højesteret, jfr. nedenfor.

7.4.3. Interessens materielle karakter

Højesteret lægger ikke blot vægt på det positive forhold, at vedkommende fungerer som kommunens »tillidsmand«, jfr. ovenfor, men også - i snæver forbindelse hermed - på det negative forhold, at han *ikke driver entreprenørvirksomhed*. Man kan vel næppe heraf slutte, at vedkommende ville have været generelt inhabil, hvis hans virksomhed for kommunen - alt andet lige - havde bestået i udførelse af traditionelle entreprenørarbejder. I modsat fald ville resultatet af højesterets distinktion lidt firkantet udtrykt blive, at en entreprenørs interesse i at få overdraget et projekt kvalitativt er

Tredje del. Kap.IX.7.4.3.

mere inhabilitetsbegrundende end en rådgivende ingeniørs interesse i det selvsamme projekt.

Tilsynsmyndighederne og ombudsmanden har behandlet disse to interessevarianter som kvalitativt ens i habilitetsmæssig henseende. Dette resultat er formentlig funderet i en retsopfattelse, hvorefter funktionernes materielle karakter er underordnet i forhold til den bagved liggende hovedinteresse, at få overdraget projekter med det primære formål for øje at tjene penge. En sådan retsopfattelse afspejles også klart i spørgsmålet om vedkommendes specielle habilitet. Der er således ikke rejst tvivl om, at han er specielt inhabil i forhold til alle sager, der involverer firmaet. Og det til trods for, at han også i disse sager vil have status af kommunens tillidsmand.

Når der således ikke er tvivl om hans specielle inhabilitet, må det som påpeget i kap. VI, afsnit 3 naturligvis bero på, at spørgsmålet om en interesses inhabilitetsbegrundende karakter kun i begrænset udstrækning lader sig besvare på grundlag af slutninger fra den materielle karakter af de funktioner, vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem udøver for kommunen. Foreligger der en inhabilitetsbegrundende forbindelse, *bliver* den heraf udspringende interesse og det med denne interesse korresponderende hensyn ulovligt/usagligt.

Såvel de funktioner, der varetages af traditionelle entreprenører, som de der varetages af rådgivende ingeniører, er naturligvis i sig selv udtryk for lovlige kommunale interesser. De habilitetsmæssige spørgsmål udspringer af *grundlaget for de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmers interesser i disse funktioner*, som for såvel entreprenøren som den rådgivende ingeniør er kontraktsforhold, hvis hovedsigte er af erhvervsøkonomisk karakter.

Det er således vanskeligt at se, at den af Højesteret anlagte distinktion mellem karakteren af de funktioner, der udøves af henholdsvis entreprenører og rådgivende ingeniører, kan danne grundlag for antagelsen af en forskel i henseende til de respektive interessers materielle og dermed inhabilitetsbegrundende karakter

7.5. Den habilitetsmæssige betydning af placering i det kommunale hierarki

Som tidligere anført bygger sagsforholdet i første fase på et faktum, som er praktisk taget identisk med det der ligger til grund for sagsforløbets anden

fase. Men medens habilitetsbedømmelsen i første fase alene vedrører vedkommendes generelle habilitet som menigt medlem af økonomiudvalget, drejer sagen sig i anden fase herudover om hans habilitet som 1. viceborgmester.

Tilsynsrådet annullerer såvel hans medlemskab af økonomiudvalget som valget til 1. viceborgmester (TR Frederiksborg 089-215-99-4-78 af 7. juni 1978).

Selv om disse to forhold er tæt indbyrdes forbundne, kan den egentlige årsag til, at der nu i modsætning til tidligere statueres generel inhabilitet, som anført ovenfor, næppe søges i valget til 1. viceborgmester. Der ville som påpeget intet være i vejen for alene at statuere generel inhabilitet i forhold til viceborgmesterposten, da en sådan afgørelse ikke automatisk implicerer vedkommendes inhabilitet som medlem af økonomiudvalget. Omvendt er annulation af valget til viceborgmester derimod nærmest en logisk konsekvens af vedkommendes generelle inhabilitet som medlem af økonomiudvalget, idet viceborgmesteren i tilfælde af borgmesterens forfald under visse omstændigheder også indtræder i borgmesterens sted som formand for økonomiudvalget.

Muligheden herfor er helt klart en del af grundlaget for indenrigsministeriets sanktionering af tilsynsrådets afgørelse. Indenrigsministeriet udtaler således, »at ministeriet deler tilsynsrådets betænkeligheder ved dette valg, *ikke blot på grund af det af tilsynsrådet anførte moment, at 1. viceborgmester fungerer som formand for økonomiudvalget i borgmesterens fravær, men tillige fordi 1. viceborgmester i denne situation skal varetage funktionerne som leder af kommunens administration, hvad ministeriet må anse for uforeneligt med ...'s nære forretningsforbindelse med kommunen*«.

Men såvel tilsynsrådet som indenrigsministeriet synes herudover klart at antage, at betingelserne for annulation af valget som menigt medlem af økonomiudvalget er tilstede uafhængigt af spørgsmålet om vedkommendes status af 1. viceborgmester. Dette sidste forhold styrker formentlig resultatet men er ikke en nødvendig forudsætning for dette.

Hvordan Østre Landsret stiller sig til spørgsmålet fremgår som anført ikke klart, idet retten i sin angivelse af forbindelsen mellem habilitetsspørgsmålets årsags- og virkningsside sprogligt integrerer disse to elementer. Således udtaler retten, at »efter det oplyste om ...'s tilknytning til det rådgivende ingeniørfirma ... og dette firmas tilknytning til ... kommune sammenholdt med indholdet af hvervene som medlem af økonomiudvalget

Tredje del. Kap.IX.8.

og som 1. viceborgmester, findes sagsøgte at burde frifindes for de af sagsøgeren i sagen nedlagte påstande«.

Højesteret udskiller klart spørgsmålet om vedkommendes habilitet som 1. viceborgmester til selvstændig vurdering, idet retten efter at have taget stilling til hans habilitet som medlem af økonomiudvalget udtaler, at hans »arbejdsopgaver for kommunen findes heller ikke at have en sådan tilknytning til de funktioner, som skal varetages af kommunens 1. viceborgmester, at han bør anses for inhabil til at beklæde denne stilling«.

Heraf fremgår det, at Højesteret har taget stilling til den habilitetsmæssige betydning af, at funktionerne som 1. viceborgmester aktualiseres, jfr. formuleringen »... til de funktioner, som skal varetages af kommunens 1. viceborgmester«. Højesteret betragter således ikke den mellem vedkommende og kommunen eksisterende tilknytning og den heraf udspringende interesse som uforenelig med formandskab for økonomiudvalget eller de øvrige til borgmesterembedet knyttede funktioner og beføjelser.

8. Sammenfatning og vurdering

Det står herefter klart, at Højesterets afgørelse såvel i henseende til resultat som i henseende til karakteren og indholdet af det bedømmelsesgrundlag den bygger på, repræsenterer et afgørende brud med ombudsmandens og tilsynsmyndighedernes retsopfattelse. Den af ombudsmanden klart formulerede afvejning mellem på den ene side garanti- og tillidshensynet og på den anden side hensynet til ikke i unødigt omfang at afskære bestemte befolknings- og erhvervsgrupper og den til disse knyttede særlige sagkundskab og erfaring fra deltagelse i kommunalt arbejde, er klart faldet ud til en prioritering af sidstnævnte hensyn. Set i forhold til tillidshensynet kan der vel næppe - uanset hvordan grundlaget for vurderingen af befolkningens tillid afgrænses - være tvivl om, at legaliseringen af en så massiv privatøkonomisk interesserepræsentation i kommunalbestyrelsens mest centrale udvalg ikke vil styrke befolkningens almindelige tillid til en kommunalforvaltning fri for uvedkommende hensyn.

Højesterets dom bekræfter den nære sammenhæng mellem ringe intensitet i afgrænsningen af de inhabilitetsbegrundende forhold og et bedømmelsesgrundlag, som fokuserer på foregribelse af speciel inhabilitet. En sammenhæng som i vidt omfang er udtryk for og betinget af negliger

eller i hvert tilfælde en lav prioritering af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter. Men også herudover forekommer det af Højesteret anvendte bedømmelsesgrundlag at være et mindre adækvat middel til realisering af de af garanti- og tillidshensynene omfattede målsætninger, jfr. det i afsnittene 7.2.-7.5. anførte.

Højesterets dom har sat fokus på skismaet mellem traditionelle habilitetsforestillinger og grundlæggende forudsætninger knyttet til den omfattende kommunalisering af forvaltningen. Hvad man end måtte mene om de ideologiske og retlige forudsætninger for udvalgspladsers fordeling, er det som anført en kendsgerning, at en meget stor del af aktørerne i det politiske liv - såvel det kommunale som det statsligt parlamentariske - præges af ønsket om at placere de medlemmer i udvalgene, som har de største faglige forudsætninger for at bestride de enkelte udvalgsposter. Følgen heraf er bl.a. øget risiko for sammenblanding af offentlige og private interesser i en form og i et omfang, som hidtil har været betragtet som fremmed for vort retssystem.

At rækkevidden af de generelle habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser med Højesterets dom er blevet stærkt indskrænket er utvivlsomt. På den anden side er dommens konkrete genstand medlemskab af økonomiudvalget. Selv om styrelseslovens § 29, stk. 3 kun omfatter offentligt ansattes generelle habilitet i økonomiudvalget, er der ikke tvivl om, at de hensyn som ligger til grund for den slækkelse af reguleringsintensiteten denne bestemmelse er udtryk for, i hvert tilfælde til dels også er relevant for afgrænsningen af habilitetskravene vedrørende privatøkonomiske interesser. Med forbeholdet sigtes især til forskellen mellem interesser, der udspringer af henholdsvis kommunal ansættelse og privatøkonomisk tilknytning, som denne forskel afspejler sig i hensynene, der ligger til grund for disse interesselag. Såvel som følge heraf og det forhold, at dommens genstand og § 29, stk. 3 faktisk er de for økonomiudvalget gældende habilitetskrav, kan der for så vidt angår de stående udvalg være mulighed for at fastholde den strengere afgrænsning tilsynsmyndighederne, ombudsmanden og Østre Landsret har markeret. At dette også kan være forudsat af Højesteret lader sig måske udlede af udtalelsen om, at vedkommende ville have været inhabil som formand for ejendomsudvalget (jfr. Gersings kommentar til dommen UfR B 1982 s. 2ff).

Som et udtryk for viljen til at fastholde en sådan mere intens afgrænsning kan anføres en nyere sag vedrørende spørgsmålet, om en ejendomshandler

Tredje del. Kap.IX.8.

er generelt inhabil som medlem af kommunalbestyrelsens stående udvalg for faste ejendomme (TR Storstrøms amt 089-395-99-1-1984 af 26. marts 1984).

Kommunalbestyrelsen udtaler over for tilsynsrådet, at man ikke mener, at vedkommende er inhabil og henviser som grundlag herfor bl.a. til, at »udvalget ikke handler med kommunale ejendomme, grunde, etc., og at denne funktion varetages af økonomiudvalget ...«.

Heroverfor anfører det kommunalbestyrelsesmedlem, som har indbragt sagen for tilsynsrådet, at vedkommende har nedsat sig som ejendomshandler i netop det område i kommunen, hvor langt de fleste sager, som behandles i ejendomsudvalget, kommer fra. Det oplyses videre, at der er tale om et sommerhusområde med adskillige sager om godkendelse, dispensationer m.v., og at mange af ejendommene er solgt af det pågældende byrådsmedlem.

Tilsynsrådet opererer med »en almindelig retsgrundsætning ...«, hvorefter udvalgshvervet skal bringes til ophør, »når det er åbenbart, at medlemmet regelmæssigt har en privat erhvervsmæssig interesse i de sagers oplysning og udfald, som behandles af udvalget«. Og tilsynsrådet er yderligere af den opfattelse, at der er grund til at anlægge »en forholds-mæssig streng vurdering i tilfælde, hvor den pågældende er *formand* for udvalget«.

Tilsynsrådet statuerer generel inhabilitet og anmoder kommunalbestyrelsen om snarest at bringe medlemskabet til ophør.

I forhold til det ovenfor om Højesterets bedømmelsesgrundlag anførte bemærker man sig, at tilsynsrådet udover hensynet til udvalgets funktionsduelighed også anfører hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter samt hensynet til befolkningens tillid. Rådet udtaler således, »at den regelmæssige tilstedeværelse af en interessekonflikt som den omhandlede, er egnet til at svække tilliden til, at der ved bestridelse af kommunale hverv alene handles til varetagelse af kommunale interesser«. Og tilsynsrådet henleder endvidere kommunalbestyrelsens opmærksomhed på, »at ... som medlem af *økonomiudvalget* vil kunne være konkret inhabil i sager om køb og salg af fast ejendom og i sager, *der kan give en forhåndsviden om områder, der vedrører hans hverv, når sagerne behandles i økonomiudvalget*«.

Med Højesterets dom er en udvikling søgt bremset, som gennem de sidste 10 år klart har tenderet mod en intensivering af den habilitetsmæssi-

ge regulering på dette område. Kommunalbestyrelser og tilsynsmyndigheder vil muligvis i vidt omfang opgive generelle habilitetskrav i forhold til privatøkonomiske interesser, for i stedet alene at forlade sig på de specielle habilitetskrav. Om og i bekræftende fald hvor langt udviklingen vil bevæge sig i denne retning vil bl.a. bero på, hvordan de retsanvendende myndigheder på det administrative niveau vælger at placere sig i forhold til dommen, jfr. eksemplet ovenfor, og naturligvis - i snæver sammenhæng hermed - hvilken generelt normerende status og rækkevidde dommen prætenderer at have, jfr. nedenfor kap. XV, afsnit 4.

8.1. Reguleringen bedømt på grundlag af de øvrige habilitets- og interesse-typer

Som følge af de forskelle, der eksisterer med hensyn til de respektive tilknytnings- og interestetypers indhold og fremtrædelsesform, må en sammenligning af reguleringsintensiteten, som den kommer til udtryk i afgrænsningen af de generelle habilitetskrav vedrørende henholdsvis kommunale ansættelsesforhold og privatøkonomiske interesser, være forbundet med nogen usikkerhed. Men lægger man - i lighed med indenrigsministeriet og ombudsmanden - til grund, at medindehaveren af ingeniørfirmaet i højesteretssagen indtager en stilling, som i habilitetsmæssig henseende ganske er at sammenligne med tilknytning ved kommunal ansættelse, må man tage Højesterets dom som udtryk for, at reguleringen af privatøkonomiske interesser er mindre intensiv end reguleringen af kommunale ansættelsesforhold. I forhold til de til grund for habilitetskravene liggende hensyn og forudsætningerne, der lå til grund for at netop kommunal ansættelse blev reguleret ved formel lov - synes der så langt fra at være tale om et selvfølgelig resultat. Man bemærker sig i den sammenhæng særligt, at Højesteret statuerer habilitet til trods for, at indenrigsministeriet som en del af grundlaget for at statuere inhabilitet har klassificeret tilknytningsforholdet som udtryk for en *»massiv erhvervsøkonomisk interesse i kommunens økonomi«*.

Som anført har såvel forarbejderne til § 29 som teori og praksis stedse været opmærksom på forbindelsen mellem de generelle habilitetskrav vedrørende kommunale ansættelsesforhold og habilitetskravene vedrørende privatøkonomiske interesser, uden at det nærmere forhold mellem disse habilitetskravs indhold og rækkevidde synes overvejet. Opmærksomheden har som påpeget helt overvejende været rettet mod de habilitetsmæssige

Tredje del. Kap.IX.8.1.

følger af kommunal ansættelse. I forlængelse heraf får man indtryk af, at Højesterets stillingtagen til habilitetskravene vedrørende privatøkonomiske interesser nærmest må betegnes som en simpel refleks af den udviklingsretning, som har kendetegnet habilitetskravene vedrørende kommunalt ansatte. På grundlag af en sådan forståelse, har den slækkelse af reguleringsintensiteten § 29, stk. 3 og 4 er udtryk for, uden videre betinget en begrænsning af habilitetskravene vedrørende privatøkonomiske interesser. Denne afledte effekt er slået igennem, uden at der er taget hensyn til de respektive interessekonflikters fundamentalt forskellige karakter, og uden hensyntagen til, at udgangspunktet for begrænsningen af § 29, stk. 2's rækkevidde var et *meget højt* intensitetsniveau uden blot tilnærmelsesvis lighed med reguleringen af privatøkonomiske interesser.

Anskuet under ét ser det således ud som om, at samtlige de her omhandlede habilitetskrav er blevet lempet en bloc, uden at der som grundlag herfor har foreligget samlede retlige overvejelser endsige undersøgelser af habilitetskravenes placering og funktion i det samlede kompleks af retsregler. Retsregler, som på én gang skal imødegå og afspejle den kommunalisering som såvel kvalitativt som kvantitativt i sig selv repræsenterer afgørende brud på traditionelle forvaltningsretlige og retssikkerhedsmæssige forestillinger.

Resultatet heraf kan være en høj grad af tilfældighed. Eksempelvis kan man ikke se bort fra, at de i kap. VI beskrevne tendenser i retning af at indskrænke rækkevidden af specielle habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser i hvert tilfælde delvist er inspireret af Højesterets dom. Hvis man så også lægger til grund, at Højesterets dom i nok så høj grad er båret af formelle retskildeindvendinger og hjemmelsbetragtninger i modsætning til egentlige materielle overvejelser over habilitetskravenes afgrænsning, bliver det samlede resultat, at tilsynsmyndighedernes og ombudsmandens opfattelse af et behov for intensiveret regulering erstattes af en massiv slækkelse af ikke blot de generelle habilitetskrav, som er højesteretsdommens direkte genstand, men også de specielle habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser. At en sådan sammenhæng så langt fra er en logisk nødvendighed, fremgår også klart af udenlandsk, herunder især engelsk ret, som har afskaffet generelle habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser for i stedet at bygge på intensiv regulering ved specielle habilitetskrav.

Sammenhængen mellem Højesterets dom og de i kap. VI påviste

Kap.IX.8.1.

tendenser i udviklingen af specielle habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser kan måske også søges mere specifikt i grundlaget for disse habilitetskrav. Når således tilsynsmyndighederne i sagen vedrørende borgmesteren i bestyrelsen for en erhvervsfond, som er komplementar i en række kommanditselskaber, statuerer habilitet med henvisning til borgmesteren *som kommunalbestyrelsens repræsentant*, synes tankegangen at kunne finde en vis støtte i den af Højesteret anvendte konstruktion, hvorefter medindehaveren af det rådgivende ingeniørfirma kan betragtes som kommunens »*tillidsmand*«. Og mere generelt kan man se en parallel mellem Højesterets nedprioritering af hensynet til foregribelse af latente interessekonflikter og den påpegede tendens til at begrænse de specielle habilitetskravs rækkevidde på grundlag af konstruktioner vedrørende graden af tilknytning, jfr. kap. VI om diverse kriterier for sagsbehandlingsstadier, dobbeltroller, maskeskift etc. Og endelig kan man se en sammenhæng mellem Højesterets inddragelse og bedømmelse af spørgsmålet om interessens materielle karakter og den i kap. VI påpegede tendens til at statuere speciel habilitet på tilsvarende eller nært beslægtet grundlag.

Fjerde del

Den retlige kontrol

Kontrol med kommunalbestyrelsens overholdelse af gældende ret

Indledning, afgrænsning og systematik

De retlige kravs indhold og fremtræden er i meget høj grad bundet til relationen kommunalbestyrelse/kontrolmyndighed. Og da de omhandlede retsreglers udvikling og retskildegrundlag således ikke kan forstås løsrevet fra den retlige kontrol som en meget væsentlig del af rettens eksistens og udviklingsrum, må fremstillingen også omfatte denne fjerde del af afhandlingen. Spørgsmålet herom er tæt forbundet med spørgsmålet om placeringen og fordelingen af kompetencen til at afgrænse og udfylde de retlige krav, som er kontrollens genstand. I flere tilfælde har kommunalbestyrelser givet udtryk for den opfattelse, at kompetencen til endeligt at træffe afgørelse i habilitetsspørgsmål tilkommer kommunalbestyrelsen. Heroverfor har indenrigsministeriet - med forskellige grader af klarhed - udtalt, at kompetencen til endeligt at afgøre habilitetsspørgsmål ikke tilkommer kommunalbestyrelsen (jfr. nedenfor kap XI). Den heri tilkendegivne uoverensstemmelse synes delvis at være reel men er formentlig også i vidt omfang udtryk for uklarhed med hensyn til det anvendte kompetencebegrebs indhold og forhold til spørgsmålet om kontrol. At kommunalbestyrelsen har kompetence til at træffe habilitetsafgørelse betyder, at kommunalbestyrelsen har ret og pligt til at overvåge kommunalbestyrelsesmedlemmernes overholdelse af og om fornødent træffe afgørelse i overensstemmelse med gældende habilitetskrav. At en anden myndighed i forhold hertil har kontrolkompetence betyder, at denne myndighed har ret og pligt til at overvåge - og om fornødent at gennemtvinge - kommunalbestyrelsens varetagelse af ovennævnte kompetence. Denne relation mellem kontrollet og kontrollant må - hvor retsgrundlaget er uskrevent og delvis ubestemt - også indbefatte, at kontrollens egentlige genstand - gældende ret - ikke kan bestemmes uafhængigt af kontrolmyndighedens adfærd. Uskrevne krav etableres og udvikles netop i vidt omfang som resultat af kontrol. Kompetencen til formelt at træffe habilitetsafgørelse er således ikke

nødvendigvis sammenfaldende med adkomsten til materielt at fastlægge det retlige grundlag herfor.

Selve det forhold, at en myndighed som 1. instans overdrages en kompetence rummer i sig selv nogle forudsætninger med hensyn til denne myndigheds gennemsnitlige egnethed til at varetage kompetencen. Et system af *efterfølgende retlig kontrol* bygger således normalt på en forudsætning om, at omgørelse/tilsidesættelse af 1. instansens afgørelser er undtagelsen. Første instansens afgørelser forudsættes allerede af retstekniske grunde at have en vis bestand. Dette forhold kommer til udtryk i spørgsmålet om graden af *prøvelsesintensitet*. I en kontrolsammenhæng bliver graden af prøvelsesintensitet også udtryk for kompetencefordelingen mellem prøvelsesinstansen og den myndighed, hvis afgørelser er prøvelsens genstand. Jo højere grad af prøvelsesintensitet, jo lavere grad af frihed/kompetence har 1. instansen i sin retsanvendelse og vice versa.

Spørgsmålet om kompetencefordelingen mellem kommunalbestyrelse og de forskellige kontrolmyndigheder og i snæver forbindelse hermed spørgsmålet om disses afgørelser som udtryk for gældende ret kompliceres af de særlige forudsætninger, der gør sig gældende i forholdet mellem kommunalbestyrelsen og kontrolmyndighederne.

Hvor er kompetencen til materiel udfyldning af de uskrevne retsgrundsatninger placeret, og hvilken bestand har den enkelte myndigheds retsopfattelse i forhold til andre myndigheders eventuelt divergerende retsopfattelse. Med andre ord hvornår og under hvilke omstændigheder kan en given retsopfattelse siges at være udtryk for gældende ret. Spørgsmålet herom er særlig kompliceret inden for kommunalretten, fordi forholdet mellem de retsanvendende myndigheder: Kommunalbestyrelse, tilsynsråd, indenrigsministerium, ombudsmand og domstole er præget af en række forudsætninger vedrørende de enkelte myndigheders autonomi, som kan gøre det vanskeligt præcist at lodde rækkevidden og betydningsindholdet af en given adfærd/passivitet. Udover de sædvanlige begrænsninger knyttet til prøvelse af forvaltningsmyndigheders afgørelser er samtlige prøvelsesinstansers adfærd i forhold til kommunale afgørelser i større eller mindre grad præget af kommunal selvstyreideologi, hvortil kommer at særlige autonomiforestillinger også gør sig gældende i de respektive prøvelsesinstansers indbyrdes forhold (jfr. yderligere kap. XV).

Spørgsmålet om kontrollens udstrækning og indhold vil dels blive vurderet i relation til prøvelsen af, om der foreligger en *retlig mangel*, og

Fjerde del. Indledning

dels i relation til spørgsmålet om *ugyldighed lannullation* som reaktion herpå. Første del af denne afgrænsning er uomgængelig, når undersøgelsens genstand er *retlig* kontrol. Anden del af afgrænsningen kan i forhold hertil forekomme snæver, da annulation og ugyldighed langt fra er de eneste i praksis forekommende reaktionsmidler. Når den valgte afgrænsning alligevel forekommer forsvarlig og hensigtsmæssig, beror det på, at annulation og ugyldighed er sikre udtryk for eksistensen af en retlig mangel og dermed også et særligt kvalificeret udtryk for indholdet af gældende ret.

Hertil kommer, at ugyldighed er det eneste praktisk betydningsfulde reaktionsmiddel domstolene råder over, med den heraf følgende centrale placering denne reaktionstype indtager i moderne prøvelseslære (jfr. bemærkningerne til forvaltningslovsforslag s. 10). Og også det almindelige tilsyn er henvist til annulation som det eneste praktisk anvendelige retsmiddel i forhold til de her omhandlede retlige mangler, hvilket klart reflekteres i den retskildemæssige betydning kommunalretten tillægger annulation i medfør af styrelseslovens § 61. I modsætning hertil er ombudsmanden afskåret fra at hævde sin retsopfattelse ved egentlige retsmidler. Alligevel indtager spørgsmålet om de retlige manglers (mulige) ugyldighedsvirkning en central placering i ombudsmandens bedømmelsesgrundlag og udtalelser. Endelig skal der peges på, at den forvaltnings- og kommunalretlige doktrin i særlig grad har angivet ugyldighed som retsvirkningen af inhabilitet.

Med tilføjelsen af § 61c i styrelsesloven er der åbnet mulighed for at straffe kommunalbestyrelsesmedlemmer som »gør sig skyldig i grov tilsidesættelse af de pligter, som den pågældendes hverv medfører straffes med bøde...«. Bestemmelsen har endnu ikke været i brug og kan næppe forventes at få stor praktisk betydning. Tilsvarende gælder muligheden for at ikende enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer erstatningsansvar for tab opstået som følge af inhabilitet, jfr. *Harder*: Dansk kommunalforvaltning I, 3. udg. 1978 s. 207.

Hovedvægten vil blive lagt på det almindelige tilsyns - dvs. indenrigsministerium og tilsynsråd - kontrol med kommunale afgørelser. Årsagen hertil er, at det almindelige tilsyn kvantitativt og til dels kvalitativt spiller den helt dominerende rolle i det samlede kontrolsystem. Forbeholdet om de mere kvalitative aspekter af kontrolinsatsen sigter til den meget fremtræ-

dende placering også ombudsmanden - på trods af ombudsmandslovens meget restriktive kompetenceforeskrifter - har indtaget i udviklingen af habilitetskravene i almindelighed og de for kommunalbestyrelsesmedlemmer gældende habilitetskrav i særdeleshed (Jfr. *Rønsholdt*: NAT 1977 s. 1ff og *Nordskov Nielsen*: Juristen 1980 s. 277).

Også den forholdsmæssigt sparsomme retspraksis vedrørende habilitetsspørgsmål medtages. Men herudover vil domstolskontrol også blive inddraget med henblik på nogle i den almindelige prøvelseslære klassiske og til dels velbearbejdede spørgsmål, der kan tjene til perspektivering af og som grundlag for kontrolproblematikken i almindelighed. Spørgsmålet om domstolenes rolle i det samlede kontrolsystem berøres særlig i afsnit 2 og kap. XIV om magtfordrejning som selvstændig prøvelseskategori. Og endelig behandles spørgsmålet om domstolskontrol også i kap. XV, som afsluttende behandler nogle overordnede overvejelser over administrativ praksis som retskilde, og i forbindelse hermed nogle - til dels retspolitiske - overvejelser vedrørende forholdet og samspillet mellem de enkelte prøvelsesinstanser og lovgivningsmagten i den til grund for især habilitetskravenes eksistens og udvikling liggende retsskabelsesproces.

Som følge af den i styrelsesloven forudsatte kompetencefordeling mellem det almindelige tilsyn og sektortilsynet spiller sidstnævnte praktisk taget ingen rolle i forhold til de her omhandlede habilitetskrav, hvorfor sektortilsynets praksis kun sporadisk vil blive berørt (Om kompetenceforholdet mellem det almindelige tilsyn og sektortilsynet, se *Harder*: II s. 215ff).

Om kapitlerne XII og XIV skal særligt anføres, at når der i en afhandling, som i øvrigt hovedsageligt omhandler habilitet, yderligere inddrages spørgsmålet om magtfordrejning, beror det på den særlige sammenhæng, der eksisterer mellem inhabilitet og magtfordrejning. En sammenhæng som ikke uden videre er identisk med den sammenhæng, som i øvrigt kendetegner forholdet mellem formelle og saglige krav. På baggrund heraf vil forholdet mellem magtfordrejningsprøvelse og den inhabilitetsprøvelse, hvis sigte er spørgsmålet om den primære afgørelses gyldighed, blive analyseret med henblik på afklaring af indholdet og den forholdsmæssige rækkevidde af disse to mangelstyper. Spørgsmålet bliver således bl.a., om magtfordrejning som selvstændig retlig kategori betinger en anden og videregående prøvelse end den prøvelse, der har sin årsag i inhabilitet.

Kapitel X

Alment om forskellige udtryk for prøvelsens grundlag og rækkevidde

I dette kapitel vil blive søgt givet en abstrakt fremstilling af nogle begreber, som dels udgør en del af det normative grundlag for vurderingen af en retlig mangels eksistens og betydning for den trufne afgørelses gyldighed, dels kan fungere som udtryk og målestok for den retlige kontrols rækkevidde. Disse begreber vil i de følgende kapitler blive konkret relateret til de retsanvendende myndigheders praksis.

1. Generel eller konkret prøvelse som udtryk for kontrollens rækkevidde

Eksistensen af en retlig mangel er en nødvendig men ikke altid tilstrækkelig forudsætning for annulation som reaktionsmiddel i forbindelse med retlig kontrol. Herudover fordres således typisk, at den retlige mangel også er væsentlig. Og selv hvor disse to grundlæggende betingelser er opfyldt, kan annulation undlades, når særlige omstændigheder taler derfor.

I forhold til spørgsmålet om der foreligger en retlig mangel, omfatter retlig kontrol principielt alle den trufne afgørelses bestanddele, d.v.s. jus, faktum og subsumptionen. Imidlertid kan dette principielle udgangspunkt i det enkelte tilfælde faktisk fraviges. De heraf følgende begrænsninger i prøvelsens udstrækning kan - og vil typisk - være af forskelligt omfang i forhold til afgørelsens enkelte bestanddele. Svaret på spørgsmålet om prøvelsens rækkevidde vil således ofte være yderst sammensat. Imidlertid kan graden af kontrolintensitet alment udtrykkes i spørgsmålet, om prøvelsen er *generel* eller *konkret*.

Den generelle prøvelse er karakteriseret ved, at prøvelsesinstansen - under abstraktion fra den foreliggende sags særegenheder - tager stilling til

indholdet af en regel eller et sæt af regler. Kontrolinstansen begrænser sig således i denne situation til - under delvis abstraktion fra sagens faktiske omstændigheder - at tage stilling til indholdet af jus.

I forhold hertil er det udtryk for en intensivering af prøvelsen, når prøvelsesinstansen yderligere tager stilling til faktum og til hvordan den af 1. instansen trufne afgørelse i det enkelte tilfælde forholder sig til retsgrundlaget. Det vil sige, at kontrolinstansen går ind i en prøvelse af, om *netop den trufne afgørelse* konkret er i overensstemmelse med den retsregel, i medfør af hvilken den er truffet. Altså spørgsmålet om den i sagen trufne afgørelse er udtryk for en korrekt anvendelse af reglen. Eller sagt på en anden måde om sagens faktum korrekt subsummeres under reglen. *)

Selvom begreberne generel og konkret bedømmelse i deres oprindelse sigter mod prøvelse af forvaltningsafgørelsens saglige bestanddele, lader sontringen sig med tilnærmelse også tillempe kontrollen med overholdelse af sagsbehandlingskrav. I forhold til habilitetskravene bliver den abstrakte prøvelses genstand således spørgsmålet om - under abstraktion fra den

*) I Øvrighedsmyndighedens grænser s. 277 opererer Ole Krarup med begreberne konkret/abstrakt eller generel præmisbedømmelse. Om disse begreber siges det s. 71-72, at den konkrete præmisbedømmelse »overvejende angår faktum, idet genstanden for prøvelsen er spørgsmålet om, hvorvidt den trufne afgørelse kan opretholdes under hensyntagen til denne sags særlige omstændigheder«.

»Ved den abstrakte eller generaliserede præmisbedømmelse generaliserer dommeren den pågældende præmismulighed for at tage stilling til, om den nogensinde kan være medbestemmende for ministeriets afgørelse«. Der er således tale om en prøvelse løsrevet fra sagens øvrige omstændigheder. Sammenhængen mellem begreberne jus og faktum og generaliseret/konkret præmisbedømmelse omtales også s. 254: »I en teoretisk tankebane kan man udskille visse situationer, der aldeles overvejende angår jus, en generaliseret præmisbedømmelse, som stort set kan løses uden granskning af faktum. I andre tilfælde kan man omvendt påvise spørgsmål, hvis besvarelse er uden betydning med hensyn til fortolkningen af det retlige grundlag, der kan komme i betragtning, d.v.s. rene bevisspørgsmål. Disse forskellige spørgsmål om hhv. jus og faktum kan ofte - skønt de i en foreliggende forvaltningsafgørelse synes vævet uadskilleligt sammen - tidsligt eller logisk afgrænses indbyrdes i en prøvelsessituation«. S. 252 siges det imidlertid, at grænsen mellem generaliseret og konkret bevisbedømmelse i praksis er ganske flydende. Imidlertid synes sontringen ganske klar.

Fjerde del. Kap.X.1.

foreliggende konkrete sag - at drage grænserne for inhabilitetsbegrundende interesser, medens den konkrete prøvelse som sin genstand har spørgsmålet, om det (konkret) foreliggende tilknytningsforhold subsummeret under reglen konstituerer en inhabilitetsbegrundende interesse. Sondringen kommer i praksis klart til udtryk, når tilsynsmyndighederne udtaler sig om et forelagt habilitetsspørgsmål med et tilføjede standardforbehold om, at afgørelsen i øvrigt må *bero på en konkret vurdering* af tilfældet.

Sondringen er også relevant med hensyn til den del af prøvelsen, der vedrører spørgsmålet, om en konstateret retlig mangel skal sanktioneres med annulation. Som grundlæggende betingelse herfor sættes som anført traditionelt, at den retlige mangel er *væsentlig*, hvilket vil sige, at manglen skal være af betydning for den trufne afgørelses materielle lovlighed og rigtighed. En sådan afgrænsning af væsentlighedsbegrebet må naturligvis indebære forskelle afhængig af, om prøvelsens genstand er saglige eller formelle krav, og for så vidt angår habilitetsmangler, om annulationens genstand er den trufne habilitetsafgørelse og/eller den primære afgørelse.

Men uanset hvilke af disse anførte muligheder, der er den aktuelle i den enkelte prøvelsessituation, vil væsentlighedsvurderingen kunne karakteriseres som generel eller konkret med hertil hørende varianter og blandingsforhold, jfr. nedenfor afsnittene 1.1.1. - 1.1.4.

Hvad endelig angår den tredje kategori af betingelser for annulation, de såkaldte »*særlige omstændigheder*«, lader sondringen generel/konkret prøvelse sig også anvende, omend sondringens begrebsmæssige klarhed og rækkevidde er stærkt afhængig af den nærmere afgrænsning af de forhold, der medtages under denne kategori. Traditionelt har man i praksis opereret med, om afgørelsen er bebyrdende eller begunstigende for adressaten, om denne har indrettet sig på afgørelsen, om adressaten har været i god eller ond tro, om adressaten kan tillægges egen skyld, værdispildsbetragtninger etc.

I forhold til samtlige disse traditionelle kategorier er sondringen generel/konkret bedømmelse umiddelbart anvendelig. Den generelle vurdering kommer eksempelvis klart til udtryk i hovedreglen, hvorefter begunstigende afgørelser ikke annulleres på grund af sagsbehandlingsfejl. At annulation heller ikke tages i anvendelse, hvor følgen vil blive omfattende værdispild. Disse og andre lignende regler kan imidlertid fraviges af konkrete vurderinger, hvis genstand bl.a. er adressatens subjektive forhold: Ond tro, medvirken med hensyn til den retlige mangels opståen, etc.

Går man derimod ud over den traditionelle afgrænsning af de »særlige omstændigheder«, idet også forvaltningsafgørelser, som ikke retter sig udad mod »borgeren« omfattes, bliver det betydeligt vanskeligere at operere med en tilsvarende grad af klarhed i begrebsanvendelsen. »Særlige omstændigheder« får i forhold til sådanne afgørelser mere karakter af et opsamlingsforbehold, hvis nærmere indhold bestemmes af en række varierende forudsætninger, som disse kommer til udtryk i og bliver bestemt af prøvelsesinstansens strukturelle indretning, forholdet mellem prøvelsesinstansen og den myndighed hvis afgørelser er prøvelsens genstand, overordnede styringshensyn af blandet politisk retlig karakter etc. (jfr. herom nærmere kap. XV).

Afslutningsvis skal det påpeges, at betydningsindholdet af begreberne generel/konkret prøvelse ikke er éntydigt eller konstant i forhold til spørgsmålet om prøvelsens intensitet, men bl.a. vil variere afhængigt af, om intensitetsvurderingens genstand er den retlige mangels eksistens eller annullation som reaktion herpå. Og i snæver sammenhæng hermed, om begreberne generel/ konkret betegner nogle for prøvelsesinstansen gældende grænser (og en hermed korresponderende frihed for 1. instansen) eller blot som udtryk for, hvilken grad af kontrolintensitet prøvelsesinstansen i det enkelte tilfælde finder fornøden eller hensigtsmæssig.

Den generelle prøvelse er således på den ene side udtryk for en mindre grad af intensitet end den konkrete, når spørgsmålet ses i relation til, i hvilket omfang prøvelsesinstansen går ind i 1. instansens bedømmelsesgrundlag i betydningen »sætter sig i 1. instansens sted«. På den anden side - eller måske netop som følge heraf - vil annullation alene på grundlag af en generel vurdering, være udtryk for en mere intensiv kontrol end den konkrete vurdering, netop fordi dette - i hvert tilfælde principielt - vidtgående reaktionsmiddel således bringes i anvendelse uden kontrolinstansens fulde prøvelse af 1. instansens samlede bedømmelsesgrundlag.

Der må således sondres mellem intensiteten i forhold til kontrolinstansens undersøgelse af 1. instansens afgørelsesgrundlag, og intensiteten med hensyn til kontrolinstansens sanktionsanvendelse.

I valget mellem eller kombinationen af generel og konkret prøvelse vil ofte kunne aflæses prøvelsesinstansens mål med kontrollen, omend det hertil fornødne tolkningsskema rummer talrige og komplicerede kombinationsmuligheder. En overvejende generelt orienteret prøvelse vil således kunne pege i retning af en *styrings-* i modsætning til en *retshåndhævelses-*

Fjerde del. Kap.X.1.1.

orienteret kontrolindsats. Hovedsigtet vil være bestemmelsen af gældende ret i det foreliggende men - og måske især - også med henblik på fremtidige tilfælde. I forhold hertil vil en konkret prøvelse i højere grad kunne være udtryk for ønsket om aktuel håndhævelse. Udsagnets rækkevidde begrænses imidlertid allerede af, at konkret retshåndhævelse i sig selv kan være et vigtigt styringsmiddel uafhængigt af konkrete retsbeskyttelsesinteresser. Men også herudover må udsagnets rækkevidde forstås med forbehold af det ovenfor anførte om relativiteten i forholdet mellem generel/konkret prøvelse og prøvelsens intensitet.

1.1. Den materielle afgrænsning af betingelserne for annulation

Som anført er de to hovedbetingelser for, at en forvaltningsafgørelse kan annulleres som resultat af retlig prøvelse, 1) at der foreligger en retlig mangel, og 2) at denne retlige mangel er væsentlig. Principielt skal disse to betingelser hver for sig være opfyldt uafhængigt af hinanden. Graden af ubetingethed er imidlertid faktisk forskellig. Alene betingelse 1) er således ufravigelig. Der kan ikke annulleres, hvis prøvelsesinstansen når til det resultat, at der ikke foreligger en retlig mangel. Imidlertid er såvel indholdet som det indbyrdes forhold mellem disse to betingelser forbundet med en usikkerhed, som delvis har sin årsag i begrebernes indre sammenhæng. Denne sammenhæng forstærkes af mulighederne for i praksis at lade bedømmelsen af de respektive betingelsers opfyldelse forstærke eller erstatte hinanden. Klarest kommer dette samspil vel til udtryk i de tilfælde, hvor prøvelsesinstansen undlader at statuere en retlig mangel fordi denne i givet fald ville have været konkret uvæsentlig! (jfr. Ole Krarup UfR 1963 B, s. 73 og samme forfatter Øvrighedsmyndighedens grænser s. 166ff. Jørgen Mathiassen Om formelle mangler – Juristen 1976, s. 230). En begrebskombination som jo alene er mulig, hvor retsgrundlaget giver den fornødne margin med hensyn til afgrænsningen af gældende ret, d.v.s. overlader den retsanvendende myndighed mulighed for at bestemme det retlige kravs indhold. Som en anden mulighed kan også peges på, at de juridiske begreber - som de præsenteres i loven, litteraturen eller praksis - ikke eller kun delvist er adækvate udtryk for den politiske/administrative virkelighed, som er begrebernes genstand.

Som anført kan annulationens genstand være habilitetsafgørelsen som sådan, d.v.s. myndighedens afgørelse af om der foreligger inhabilitet, og/eller den (primære) afgørelse, som er truffet under medvirken af det

inhabile medlem. I førstnævnte tilfælde bliver svaret på spørgsmålet om den retlige mangels væsentlighed - ligesom ved saglige mangler som følge af forkert fortolkning - sammenfaldende med spørgsmålet om den retlige mangels eksistens. Når en prøvelsesinstans således har fastslået en forkert fortolkning/retsopfattelse, er manglen pr. definition væsentlig. Væsentlighedsproblematikken får i denne situation alene selvstændigt indhold som udtryk for spørgsmålet om, hvorvidt prøvelsesinstansen vil overlade 1. instansen (kommunalbestyrelsen) en vis margin med hensyn til afgrænsningen af gældende ret. Dette forhold kommer klart til udtryk i kravet om den retlige mangels *klarhed* som betingelse for tilsynsmyndighedernes annullation i medfør af styrelseslovens § 61. Spørgsmålet om væsentlighed som udtryk for den retlige mangels kvalificering eller eksistens vil blive behandlet udførligt nedenfor afsnit 3.2., medens fremstillingen i afsnit 3.3. og 2.2.1-2.2.5. vil blive koncentreret om væsentlighed som udtryk for forholdet mellem inhabilitet og den primære afgørelses saglige rigtighed.

1.1.1. Om væsentlighed som udtryk for forbindelsen mellem den retlige mangel inhabilitet og den primære afgørelses saglige rigtighed

Væsentlighedsbegrebets årsags-/virkningsforbindelse har som sin forudsætning, at indholdet af det retlige krav ligger fast i en sådan grad, at der kan konstateres en retlig mangel. Afgørelsen af habilitetsspørgsmålet må således principielt holdes adskilt fra afgørelsen af spørgsmålet om inhabilitetens væsentlighed. For habilitetskravenes vedkommende er forholdet imidlertid det, at det retlige krav i sig selv er formuleret som en kausal forbindelse, hvis tilstedeværelse kun i et vist omfang lader sig regelbinde. Spørgsmålet om kausalitet indtager således en central placering i såvel afgørelsen af, om der foreligger en retlig mangel (inhabilitet) som i afgørelsen af dennes væsentlighed.

Habilitetsbedømmelsens genstand er således som anført i kap. VI, om et foreliggende tilknytningsforhold korresponderer med eksistensen af en motiverende interesse. Denne sammenhæng benævnes *første kausalforbindelse*. I forhold hertil benævnes spørgsmålet om inhabilitetens indvirkning på den primære afgørelse - altså spørgsmålet om den retlige mangels væsentlighed - som *anden kausalforbindelse*.

Logisk eksisterer der en til sammenfald grænsende sammenhæng mellem de to kausalforbindelsers betydning for henholdsvis spørgsmålet om inhabilitet og inhabilitetens indvirkning på den primære afgørelse. Man

Fjerde del. Kap.X.1.1.1.

bemærker sig således, at inhabilitet begrebsligt afgrænses som tilknytningsforhold der konstituerer en »væsentlig interesse«, hvor væsentlighed henviser til, at interessen skal være af en sådan betydning, »at den med rimelighed kan antages at kunne øve indflydelse på afgørelsen« (Poul Andersen Juristen 1967 s. 306-08).

Som eksempel på formuleringen af denne forbindelse kan anføres følgende:

»A further general exclusion from these requirements in respect of an interest which a member may have, whether direct or indirect which is so remote or insignificant that it cannot reasonably be regarded as likely to influence a member in the consideration or discussion of or in voting on any question with respect to the contract or matter« (*Halsbury's Laws of England*, 4th edition, s. 517).

Og »*The court* will not inquire whether he did, in fact, favour one side unfairly«, Wade s. 411. »The court does not look to see if there was a real likelihood that he would, or did, in fact favour one side at the expense of the other. The court looks at the impression which would be given to other people«. (Op.cit.).

De to sæt af kausalforbindelser udtrykkes her nærmest under ét. Da interessen er for fjern eller insignifikant til at danne grundlag for en sandsynlig påvirkning af vedkommende medlem, kan interessen naturligvis heller ikke antages at være væsentlig i forhold til den primære afgørelse.

Denne sammenhæng kan danne grundlag for et nuanceret samspil mellem de respektive dele af den *dobbelte* kausalforbindelse. Man kan således forestille sig, at en høj grad af intensitet i habilitetsreguleringen forstærkes af ugyldighedsvirkning på grundlag af generelle væsentligheds-vurderinger, eller afsvækkes af krav om konkret væsentlighed. Og ringe intensitet i habilitetsreguleringen kan såvel kompenseres som understreges af henholdsvis generelle og konkrete væsentligheds-vurderinger som grundlag for afgørelsen af gyldighedsspørgsmålet, jfr. nedenfor. Udtrykt på en anden måde kan reguleringsintensiteten med hensyn til spørgsmålet, om der foreligger inhabilitet, modificere og kompensere graden af intensitet i reguleringen af spørgsmålet om inhabilitetens ugyldighedsvirkning og omvendt.

Sammenhængen mellem det til henholdsvis første og anden kausalsammenhæng hørende væsentlighedsbegreb kommer i engelsk ret også klart til udtryk i

Kap.X.1.1.1.

forbindelse med afgrænsningen af økonomiske interesser som inhabilitets- og ugylighedsgrund.

Som anført kap. VI afgrænses de for økonomiske interesser gældende habilitetskrav således, at »any pecuniary interest in a decision however small, disqualifies. A person with such an interest is conclusively presumed to be biased ...« (*David Faulkes: Administrative Law, fifth edition 1982 s. 247*)

Som undergrænse sættes, at inhabilitet ikke indtræder, hvis forbindelsen er meget spinkel/indirekte, eller hvis den økonomiske interesse kun vil blive aktualiseret som følge af en umulig/usandsynlig begivenhed, (*De Smith: Juricial Review of Administrative Action, 1981 s. 258*) og det antages, at domstolene også i marginaltilfældene vil anlægge et meget strengt syn på væsentligheden af økonomiske interesser (*DeSmith op.cit. s. 258-59*)

Afgrænsningen er teknisk betinget: Når et tilknytningsforhold af den pågældende materielle karakter (økonomisk interesse) foreligger, indtræder inhabilitet uden videre. At tilknytningsforholdet betragtes som generelt væsentligt i henseende til antagelsen af en med tilknytningsforholdet korresponderende bias er at betragte som en retsteknisk konsekvens af den høje grad af formalisering, reglen er udtryk for.

Dette må være den egentlige forklaring på sondringen mellem *pecuniary interest* og *likelihood of bias*. Denne sondring må have sit grundlag i den netop anførte regel, hvorefter praktisk taget enhver økonomisk interesse begrunder inhabilitet.

Sondringen er naturligvis ikke udtryk for en antagelse om, at økonomiske interesser ikke korresponderer med en grad af sandsynlighed for eksistensen af bias. Sandsynlighedsvurderinger i denne henseende overflødiggøres blot i det omfang, reguleringsintensiteten i forbindelse med en høj grad af formalisering bevirker, at interessen som sådan - efter sin art - er inhabilitetsbegrundende. Sondringens selvstændige betydning er en konsekvens heraf, idet også økonomiske interesser af et omfang, som ikke kan danne grundlag for en formodning om bias, begrunder inhabilitet.

Uanset om tilknytningsforholdet i det enkelte tilfælde repræsenterer en interesse, hvis kvantitative omfang gør den egnet til at fremkalde bias, vil domstolene afholde sig fra en konkret væsentlighedsvurdering heraf (*David Faulkes: Administrative Law, fifth edition, 1982 s. 247*).

Domstolene vil lade grundlaget for vurderingen af såvel første som anden kausalsammenhæng bero på en generel væsentlighedsvurdering eller lade såvel habilitets- som gylighedsafgørelsen bero på den blotte konstatering af det inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold.

Dette kommer også klart til udtryk i den ovenfor anførte sag - som med hensyn

Fjerde del. Kap.X.1.1.1.

til det endelige udfald må siges at afvige fra det angivne udgangspunkt - vedrørende Lord Chancellor Cottenham's aktieinteresse i et kanalselskab, hvor der statueres inhabilitet og ugyldighed, selv om det positivt anses for godtgjort, *at inhabiliteten vurderet på grundlag af såvel første som anden kausalsammenhæng er konkret uvæsentlig*. Der statueredes således inhabilitet til trods for, at det blev lagt til grund, at ingen kunne have den fjerneste mistanke om eksistensen af bias. Og da domstolene som anført ikke giver sig af med konkrete væsentlighedsvurderinger i denne henseende, må en understregning af, at der end ikke var den ringeste sandsynlighed for, at Lord Cottenham kunne være motiveret/influeret af sine interesser i selskabet være ensbetydende med, at tilknytningsforholdet i relation til første kausalsammenhæng end ikke anses for generelt væsentlig. Det stemmer da også hermed, at inhabilitet blev statueret på grundlag af tillidshensynet. Og sammenhængen mellem grundlaget for afgørelsen af henholdsvis første og anden kausalsammenhæng understreges af det forhold, at den af Lord Cottenham truffne afgørelse opretholdes i klageinstansen. Denne afgørelse truffet af Overhuset kunne i sin form synes baseret på en konkret væsentlighedsvurdering, idet det ikke påvises, at Lord Cottenham's afgørelse på nogen måde er påvirket af hans interesser som aktiebesidder (*Wade* s. 400). Imidlertid er antagelsen af konkret uvæsentlighed nok så meget funderet på overvejelser over, om den foreliggende forbindelse i form af aktiebesiddelse kan antages at korrespondere med bias. Herom udtaler Lord Campbell: »no one can suppose that Lord Cottenham could be, in the remotest degree, influenced by the interest that he had in this concern« (*Op.cit.* s. 400).

Der foreligger således ingen sandsynlighed for eksistensen af en motiverende interesse. Inhabilitetens grundlag er alene det foreliggende tilknytningsforhold, der repræsenterer en fremtrædelsesform, som kan give *indtryk* af bias, hvorfor der statueres inhabilitet med henvisning til tillidshensynet, jfr. også Lord Campbell herom, *op.cit.* s. 400.*).

1.1.2. Forholdet mellem de til grund for habilitetskravene liggende hensyn og væsentlighedsvurderingen

Som grundlæggende forudsætning for at foretage en væsentlighedsvurdering sættes, at det tilsidesatte retlige krav har karakter af en *garantiforskrift*, hvilket vil sige, at den retlige mangel principielt er af betydning for den primære afgørelses indhold.

*) Jfr. i det hele til denne sag *Wade: Administrative Law* 1977 s. 400f og *David Faulkes: Administrative Law* 1982 s. 247 samt *De Smith: Judicial Review of Administrative Action* 1980 s. 258.

Det er almindeligt antaget, at habilitetskravene har karakter af garanti-forskrifter. Dette må da også siges at være et overbevisende udgangspunkt. Imidlertid må en nuanceret stillingtagen hertil forudsætte inddragelse af indholdet og karakteren af de til grund for habilitetskravene liggende hensyn, jfr. kapitel V og de respektive afsnit herom i kapitlerne VI-IX. Spørgsmålet om inhabilitetens væsentlighed lader sig således kun med mening stille, i det omfang grundlaget for det tilsidesatte habilitetskrav er *garantihensynet*. Hvor grundlaget for at statuere inhabilitet derimod er *tillidshensynet* eller andre hensyn og aspekter heraf uden garantifunktioner, kan ugyldighed ikke logisk statueres med henvisning til inhabilitetens væsentlighed. I sin rene form giver tillidshensynet som anført mulighed for at statuere inhabilitet, selvom det inhabilitetsbegrundende forhold ikke med nogen grad af sandsynlighed giver grundlag for at antage eksistensen af en motiverende interesse. Og det er jo netop eksistensen af en motiverende interesse, der betinger inhabiliteten som en retlig mangel af generel væsentlig betydning for den primære afgørelses indhold. Når der ikke lader sig konstatere sammenhæng mellem det inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold og eksistensen af en motiverende interesse (første kausalsammenhæng), er den grundlæggende forudsætning for sammenhængen mellem inhabiliteten og den primære afgørelses indhold heller ikke tilstede. Inhabilitetens årsag - d.v.s. det inhabilitetsbegrundende tilknytningsforhold - er således *generelt uvæsentligt* i forhold til såvel første som anden kausalsammenhæng.

Imidlertid er grundlaget for at statuere inhabilitet typisk sammensat af bedømmelseselementer, der har deres udspring i såvel garanti- som tillidshensynet. Selvom bedømmelsesgrundlaget således ofte ikke lader sig beskrive som et klart enten/eller, må man være opmærksom på, at tendenser til at statuere inhabilitet på grundlag af endog meget ringe grader af sandsynlighed for eksistensen af en motiverende interesse kan betinge en faktisk eliminering af den forskel, der knytter sig til bedømmelsesgrundlagets fundering i henholdsvis garanti- og tillidshensynet.

1.1.3 Forholdet mellem bedømmelsen af den formelle mangels væsentlighed og en materiel bedømmelse af den primære afgørelses lovlighed/rigtighed

I det omfang habilitetskravene har karakter af garantiforskrifter er inhabiliteten pr. definition en generel væsentlig mangel. Spørgsmålet bliver

Fjerde del. Kap.X.1.1.3.

herefter, om og i bekræftende fald i hvilket omfang kontrolinstanser alene støtter annullation på det generelle væsentlighedskriterium, d.v.s. annullerer uden at tage stilling til spørgsmålet, om inhabiliteten også konkret har indvirket på den primære afgørelse. Medens den generelle væsentlighedsvurdering kan foretages ganske uafhængigt af spørgsmålet om den primære afgørelses materielle indhold, er genstanden for den konkrete væsentlighedsvurdering som anført, om den retlige mangel/inhabiliteten *har* indvirket på den primære afgørelses indhold. Spørgsmålet bliver herefter, hvorvidt den konkrete væsentlighedsvurdering forudsætter eller er identisk med en egentlig materiel prøvelse.

Genstanden for den konkrete væsentlighedsvurdering kan være enten den primære afgørelses materielle *rigtighed* eller *identitet*.

Er den konkrete væsentlighedsvurdering rettet mod afgørelsens rigtighed, lader den i væsentlighedskriteriet indeholdte årsags/virkningsforbindelse mellem den retlige mangel (inhabiliteten) og dennes indvirkning på den primære afgørelse sig ikke besvare uafhængigt af en *materiel prøvelse af afgørelsens saglige rigtighed*.

Er væsentlighedsvurderingens genstand derimod afgørelsens identitet, besvares spørgsmålet om den retlige mangels væsentlighed på grundlag af en undersøgelse af, om afgørelsen ville være blevet *en anden*, om ikke den retlige mangel havde foreligget. Denne vurdering kan principielt foretages uafhængigt af en egentlig materiel prøvelse.*)

*) Sondringen kommer eksempelvis praktisk til udtryk, når det om retsvirkningen af en kommunalbestyrelses retsstridige undladelse af approbationsbegæring hedder »at dersom det ligger klart, at betingelserne er opfyldt, vil i hvert tilfælde tilsynsmyndighederne formentlig aldrig rejse ugyldighedsspørgsmål, da undladelser af at indhente approbation jo har været uden relevans i tilsynsmæssig henseende på beslutningstidspunktet« (*Preben Espersen: Beslutning og samtykke* s. 248), sammenholdt med tilfælde, hvor tilsynsmyndighederne godkender »efter omstændighederne« til trods for dispositionens materielle ulovlighed (op.cit. s. 97f).

Spørgsmålet om forholdet mellem forvaltningsafgørelsens identitet/legalitet accentueres i takt med graden af materiel frihed for forvaltningsmyndigheden. Således eksempelvis tilfælde, hvor forvaltningsmyndigheden *har ret* til at nægte en tilladelse.

På grundlag af det ovenfor anførte om habilitetskravenes karakter af garantiforskrifter, er det formelt set logisk at betragte habilitetskravene og den med disse forbundne prøvelse som subsidær i forhold til en umiddelbar materiel prøvelse af den primære afgørelses saglige rigtighed. At forestillinger herom faktisk tillægges betydning fremgår bl.a. af bemærkningerne til forvaltningsloven, når det anses »forsvarligt i et vist omfang at tillade en lempelse af habilitetskravene ...« med henvisning til, »at domstolene under udøvelse af deres kontrol med forvaltningens virksomhed i medfør af grundlovens § 63 bl.a. også foretager en efterprøvelse af om en anfægtet forvaltningsafgørelse er motiveret af hensyn, som i den foreliggende sammenhæng må karakteriseres som uvedkommende« (Bemærkningerne til lovforslaget s. 13).

Hvilken betydning der konkret kan tillægges dette principielt rigtige udgangspunkt må imidlertid afhænge af, hvilken intensitet den enkelte kontrolinstans faktisk praktiserer i henseende til en materiel prøvelse af den primære afgørelse. Og om det i forhold hertil gør nogen forskel, at prøvelsens årsag er inhabilitet eller andre indicier for usaglige hensyn. I forhold til dette spørgsmål er sondringen mellem og det nærmere indhold af konkret væsentlighedsvurdering som legalitets- eller identitetsprøvelse af betydning.

Teoriens behandling af spørgsmålet, om der ved bedømmelsen af formelle manglers betydning for den primære afgørelses gyldighed skal anlægges en generel eller konkret væsentlighedsvurdering, har hovedsageligt haft domstolenes forhold til forvaltningens afgørelser for øje. Spørgsmålet har således været snævert knyttet til diskussionen om domstolenes adgang til at prøve forvaltningsafgørelsens materielle rigtighed.

I det omfang afgørelsens materielle rigtighed prøves udtømmende af domstolene, har det principielt ingen betydning, om forvaltningen har begået formelle fejl (*Ole Krarup*: UfR B 1963 s. 74). Den formelle mangel reduceres i så fald til at have processuel betydning, idet den tjener som årsag/påskud til at foretage en materiel prøvelse som domstolene ellers ville have afholdt sig fra, eller i hvert tilfælde ville have gennemført mindre intensivt (op. cit. s. 75).

En væsentlig grund til Poul Andersens bestemte afvisning af i højere grad at lade gyldighedsspørgsmålet være afhængigt af konkrete væsentlighedsvurderinger, udspringer da også af hans opfattelse af kompetenceforholdet mellem forvaltningen og domstolene i henseende til den primære

Fjerde del. Kap.X.1.1.3.

afgørelses skønsmæssige bestanddele. Poul Andersen mente, at domstolene *principielt* var afskåret fra at prøve afgørelsens materielle rigtighed. Forvaltningen havde et frit skøn.*)

Med nedbrydningen af denne kompetenceforestilling bliver skabt plads for den opfattelse, at annullation på grund af formelle fejl kun skal foretages, når fejlen konkret har haft betydning for afgørelsens saglige rigtighed (*Ole Krarup*: International Review of Administrative Science 1967, nr. 1).

Imidlertid er et opgør med teorien om forvaltningens frie skøn ikke en nødvendig forudsætning for introduktionen af det konkrete væsentligheds-kriterium, idet genstanden for den konkrete væsentlighedsprøvelse, som anført ovenfor, kan indskrænkes til spørgsmålet om den formelle fejls indvirkning på afgørelsens identitet.

Også *Poul Andersen* var opmærksom på denne niveaudeling af genstanden for den konkrete væsentlighedsprøvelse, jfr. *Juristen* 1967 s. 287, hvor det udtales, at »når domstolene prøver om formelle mangler har været af materiel betydning for afgørelsen, er de *principielt* endnu ikke inde på en materiel stillingtagen til selve afgørelsen; men det er en selvfølge, at spørgsmålet om fejlen har været af konkret betydning *let glider over i en materiel prøve af forvaltningsaktens resultat*«. Det er formentlig det samme der sigtes til, når *Ole Krarup* udtaler, at »en mangels konkrete indflydelse kan måles på flere forskellige måder« (UfR 1963 B s. 72, note 6).

Sammenfattende kan det siges, at det konkrete væsentligheds-kriterium ikke volder principielle problemer, i det omfang der ikke eksisterer materielle grænser for prøvelsen, og at en konkret væsentligheds-vurdering kan foretages uden at implicere en egentlig materiel prøve af afgørelsen.

*) Udover de hensyn af retssikkerhedsmæssig og forvaltningsteknisk karakter som kan anføres for annullation alene på grundlag af generel væsentlighed (jfr. nedenfor) er det klart, at Poul Andersens standpunkt for generel væsentlighed som grundlag for annullation var snævert forbundet med den opfattelse, at forvaltningens skønsmæssige afgørelser ikke af domstolene kan underkastes en egentlig materiel prøve. Det til grund for habilitetskravene liggende hoved-hensyn er (også) for Poul Andersen at foregribe magtfordrejning. »Læren om détournement de pouvoir retter sig netop *direkte* mod de misbrug som regler om forvaltningsmyndighedens specielle inhabilitet vil skabe garantier mod« (*Poul Andersen*: Ugyldige forvaltningsakter s. 306-08).

Ved stillingtagen til spørgsmålet om formelle manglers selvstændige betydning som ugyldighedsgrund, kan man ikke udelukkende forlade sig på den anførte forbindelse til spørgsmålet om udstrækningen af den materielle prøvelse. Selv når denne antages principielt at være ubegrænset (*Ole Krarup*: Øvrighedsmyndighedens grænser), er dette netop et *principielt* udgangspunkt. Faktisk kan det være vanskeligt eller umuligt at foretage en sådan prøvelse, fordi afgørelsens retsgrundlag ikke gør det muligt at bestemme den primære afgørelse som objektivt rigtig eller urigtig med en grad af sikkerhed, som af prøvelsesinstansen anses for fornøden til at annullere afgørelsen. Det retsgrundlag kommunerne administrerer, er således i stigende omfang karakteriseret ved en sådan ufuldstændighed i angivelsen af retsfaktum og/eller retsfølge, at der eksisterer endog meget vide rammer for afgørelsens saglige rigtighed. Hertil kommer, at kommunerne, også uafhængigt af denne retsudvikling, træffer afgørelser, som slet ikke er lovregulerede, og hvis legalitet derfor alene begrænses af uskrevne retsgrundsætninger (jfr. om kommunalfuldmagten *Harder*: De kommunale opgaver 1965 og Dansk kommunalret II s. 101ff. *Claus Haagen Jensen*: Kommunalret s. 44ff).

På baggrund heraf kan man således diskutere om ikke sondringen mellem egentlig materiel og identitetsprøvelse i højere grad bliver udtryk for grads- end væsensforskelle. Det kan således forekomme formalistisk at sondre mellem tilfælde, hvor en retlig mangel er konkret væsentlig i betydningen, at afgørelsen ville være blevet *en anden*, om ikke manglen havde foreligget, og de tilfælde hvor prøvelsesinstansen tilsidesætter afgørelsen som materielt ulovlig. Man kan også spørge, om ikke det forhold at sagsbehandlings/procedurekrav i vidt omfang fungerer som substitut for materielretlig regulering bør føre til et ændret materielretligt begreb. Hvis eksempelvis en lokalplan eller kommuneplan på grund af inhabile kommunalbestyrelsesmedlemmers deltagelse i sagens behandling og afgørelse får et *andet* indhold end tilfældet ville have været, om de pågældende havde respekteret retsvirkningen af inhabilitet, er den vedtagne plan vel efter sit indhold *forkert*. At man i et sådant tilfælde skulle lade det være afgørende, at planen ikke efter sit indhold falder uden for kommuneplanlovens overordentligt vide rammer for materielt lovlige afgørelser, forekommer formalistisk og i strid med tanken om borgerdeltagelse/nærdemokrati som substitut for retlige grænser af materiel karakter.

Fjerde del. Kap.X.1.1.4.

Umiddelbart synes problemstillingen alene at være af relevans for spørgsmålet om annullationens virkning. *)

Annulation alene på grundlag af formelle fejl vil under alle omstændigheder kunne fungere som substitut for annullation på materielt grundlag. Om en annullation får denne virkning vil afhænge af, om der i det enkelte tilfælde er forskel på retsvirkningen af en annullation på henholdsvis formelt og materielt grundlag, og hvor retsvirkningen af en annullation er den samme; hjemvisning til fornyet behandling, om hjemvisningen reelt fungerer som en helbredelse af den retlige mangel, hvad enten den er af formel eller saglig karakter. **) Under alle omstændigheder kan annullationen - også når den ikke har denne materielle reparerende effekt - have til funktion at indskærpe respekten for det tilsidesatte retlige krav.

Det er på denne baggrund af relevans at diskutere, om den til formelle mangler knyttede væsentlighedsvurdering bør erstattes af et materielt retligt bedømmelsesgrundlag (*Jørgen Mathiassen*: *Juristen* 1976 s. 235 og *Ole Krarup*: *UfR* 1963B s. 75).

1.1.4. Den formelle mangel som prøvelsens påskud eller egentlige genstand
Hvorvidt grundlaget for annullationen er den formelle mangel eller egentlig materiel prøvelse kan i det enkelte tilfælde være vanskeligt at afgøre. Hvor annullationens reelle grundlag er formelle mangler, som ikke

*) Hvor ugyldighedens årsag alene er en formel mangel, kan annullationen ikke være definitiv. Hvor grundlaget for annullationen derimod er saglige mangler, vil spørgsmålet om ugyldigheden er definitiv afhænge af den saglige mangels karakter. (Om muligheden for at sige noget abstrakt om, hvornår virkningen af ugyldighed er definitiv, og hvornår den er foreløbig, se *Poul Andersen*: *Dansk Forvaltningsret*, s. 635ff, *Ole Krarup*: *UfR* 1963B s. 75, Øvrighedsmyndighedens grænser 341ff og *Bent Christensen*: *Domstolsprøvelse* 1980, s. 41ff).

**) Der er således ingen modsigelse i at operere med konkrete væsentlighedsvurderinger, som ikke indebærer en udtømmende materiel prøvelse, og en processuel regel gående ud på, at påstande om formelle mangler kun tages til påkendelse i forbindelse med indsigelser vedrørende afgørelsens saglige rigtighed, jfr. *Harder* om ændringer af forvaltningsafgørelser s. 3. Også den annullation hvis virkning er af formel karakter har materiel interesse.

har karakter af garantiforskrifter, eller hvor tilsidesættelse af garantiforskrifter fører til annullation på grundlag af generelle væsentlighedsvurderinger, er prøvelsens genstand og annullationens årsag helt klart den formelle mangel som sådan. Annullationens faktiske virkning vil som følge heraf være den primære afgørelses hjemvisning. Med lige så stor sikkerhed kan det om den modsatte ende af spektret anføres, at i det omfang annullationens virkning er en definitiv tilsidesættelse af den primære afgørelse, må prøvelsens genstand/annullationens grundlag være den primære afgørelses materielle rigtighed.

I forhold hertil er mellemtilfældene karakteriseret ved konkrete væsentlighedsvurderinger spændende fra tilfælde, hvor annullationens grundlag utvivlsomt er den formelle mangel over tilfælde, som er sammensat i henseende til graden af materiel prøvelse præget af flydende overgange til de tilfælde, hvor den formelle mangel alene fungerer som *påskud* for en egentlig materiel prøvelse.

At det er en formel mangel, som er anledning til en materiel prøvelse af definitiv karakter, betyder således blot, at den formelle mangel ikke er prøvelsens genstand men et processuelt element i den materielle prøvelse (*Ole Krarup*: UfR 1963 s. 75). Den formelle mangel kan således være anledning til den materielle prøvelse ligesom den kan være årsagen til, at denne prøvelse intensiveres (*Ole Krarup*: Øvrighedsmyndighedens grænser s. 166ff, *Henrik Zahle*: Om det juridiske bevis s. 548).

I det omfang prøvelsens grundlag ikke er af egentligt materiel karakter, må den konkrete væsentlighedsvurdering bygge på sandsynlighedsberegninger over den formelle mangels betydning for afgørelsens indhold.*) Dette gælder uanset om væsentlighedsvurderingens genstand er afgørelsens identitet eller legalitet.

*) En sådan årsagsvurdering kan også være aktuel i forbindelse med saglige mangler, jfr. nedenfor kap. XIV og Poul Andersen om ulovlige vilkår, Dansk Forvaltningsret s. 417. Bent Christensen om blandede kriterier Domstolsprøvelse s. 34.

Jo lavere kravet til sandsynligheden for konkret væsentlighed sættes, jo mere nærmer retsstillingen sig den generelle væsentlighed som betingelse for annullation. Indholdet af det generelle væsentlighedskriterium er jo netop, at manglen i almindelighed skal være egnet til at påvirke den primære afgørelses indhold, hvilket nærmest er synonymt med, at der er *mulighed* for, at manglen har indvirket. Den reelle forskel mellem det generelle og det konkrete væsentlig-

Fjerde del. Kap.X.1.1.5.

1.1.5. Om doktrinen valg mellem generel eller konkret væsentlighedsvurdering

Som afslutning på den teoretiske behandling af væsentlighedsspørgsmålet vil i det følgende doktrinen stillingtagen hertil blive beskrevet som optakt til den efterfølgende undersøgelse af dansk tilsynspraksis.

1.1.5.1. Fremmed ret

Engelsk ret er kendetegnet ved yderst strenge habilitetskrav. Intensiteten i afgrænsningen af habilitetskravene korresponderer med en tilsvarende høj grad af intensitet i reguleringen af spørgsmålet om inhabilitets indvirkning på den primære afgørelses gyldighed: »In a sense our courts have placed more emphasis upon the need to keep to the rules of the game - than upon the actual decision reached by an interior authority in any instance« (*Yardley: Principles of Administrative Law* 1981 s. 105).

De strenge habilitetskrav forstærkes af en udtalt rigoristisk sanktionering med ugyldighed (*Wade, Administrative law* 1977 s. 404).

Sammenhængen mellem en høj grad af intensitet i afgrænsningen af habilitetskravene og den tilsvarende intensitet i sanktioneringen af inhabilitet tenderer således i retning af en automatisk slutning fra inhabilitet til den primære afgørelses ugyldighed.

Dette synes da også ganske konsekvent. Når der statueres inhabilitet på et bedømmelsesgrundlag i medfør af hvilket der stilles meget ringe eller ingen krav til sandsynligheden for eksistensen af en motiverende interesse, kan det synes at harmonere meget dårligt hermed, om grundlaget for afgørelsen af den primære afgørelses ugyldighed er den retlige mangels væsentlighed endsige konkrete væsentlighed. I denne henseende er grundlaget for bedømmelsen af de to kausalsammenhænge således synkroniseret.

Til illustration heraf kan anføres et ældre tilfælde, hvor der statueres inhabilitet og ugyldighed på grundlag af en endog meget indirekte grad af tilknytning. Retten tilsidesætter således en ordre om fjernelse af et fattiglem i medfør af

hedskriterium bliver ved meget små krav til sandsynlighedsgraden, at prøvelsesinstansen, når den konkrete væsentlighedsvurdering lægges til grund, har mulighed for at undgå annulation, hvor den generelle væsentlighedsvurdering ikke levner en sådan mulighed. Den generelle væsentlighedsbedømmelse som grundlag for annulation kan på én gang vurderes som udtryk for en uforbeholden hævde af de retlige krav og som forenkling af prøvelsen i såvel materiel, processuel og bevismæssig henseende.

Kap.X.1.1.5.1.

fattiglovgivningen. Grundlaget herfor var inhabilitet som følge af, at en af dommerne var indbygger og skatteyder i den kommune (Perrish), fra hvilken vedkommende blev fjernet. Om grundlaget for at kende afgørelsen ugyldig udtaler en dommer i forbindelse med en tilsvarende sag: »...three magistrates who were interested took part in the decision. It is enough to shew that this decision was followed by an order: and I will not inquire that the particular question was, nor how the majority was made up, nor what the result would have been if the magistrates who were interested had retired. The court was improperly instituted; and that rendered the decision invalid« (*Wade op.cit.* s. 402).

Tilsvarende kan anføres en sag, i hvilken en dom kendes ugyldig til trods for, at inhabiliteten nærmest antages at være *konkret uvæsentlig*: »...even though it was proved that the justices has not in fact consulted the clerck and that he had scrupulously refrained from saying anything prejudicial« (*David Faulkes*: fifth edition 1982, s. 247). (*Garner*, Administrative law fifth edition 1979 s. 409 note 13 anfører, at en afgørelse truffet af en underret (magistrate) vil blive tilsidesat, når det påvises, at et af medlemmerne har været inhabile).

Endelig kan anføres en sag, i hvilken en kommunalbestyrelses afgørelse om udstedelse af en tilladelse - som i en ejendomshandel var blevet anført som betingelse for handelens gennemførelse - blev tilsidesat fordi et kommunalbestyrelsesmedlem fungerede som ejendomsmægler i sagen. Om grundlaget for at statuere ugyldighed anføres: »The council resolution granting him permission was quashed by order of certiorary on the ground that one of the councillors who voted for it was acting as Y's estate agent in the transaction. Notice that the financial interest of *one* member was enough to invalidate the council's decision« (*David Faulkes*: Administrative law fifth edition 1982 s. 247).

Myndighedens og den primære afgørelses karakter som element i væsentlighedsvurderingen

Som anført ovenfor i kap. II og ekskurs til kap. II og III er den i engelsk ret gængse sontring med hensyn til myndighedens og afgørelsens karakter af judicial, quasijudicial, administrative, political - bortset fra ydertilfældene - næppe af betydning for, om natural justice eller retlige krav nært beslægtet hermed er gældende. Derimod er afgørelsens og myndighedens karakter nok af betydning for spørgsmålet om den retlige mangels betydning for den primære afgørelsens gyldighed: »However there is no doubt that (apart from statutes above mentioned) 'bias' or 'interest' applies as a vitiating element only to a judicial decision, and where the decision process involves an element of application to policy this principle of natural justice has no relevance to that element« (*Garner*: Administrative law s. 137).

Fjerde del. Kap.X.1.1.5.1.

Der ligger således ikke i udsagnet en afskæring af habilitetskravene på grundlag af sontringen, men kravenes sanktionering ved domstolene kan komme til afhænge af, om alternative sanktionsmidler, eksempelvis straf, er for hånden. (Om sontringens betydning for den primære afgørelses gyldighed, se også *Yardley: Principles of administrative law* 1981 s. 103ff).

I det omfang den kompetente myndighed - i lighed med domstolene - er af en karakter, der lader sig omfatte af begrebet judicial, er udgangspunktet - som ovenfor anført med hensyn til domstolene - at den primære afgørelse tilsidesættes på grundlag af en generel væsentlighedsvurdering.

Den myndighedstype, der kommer nærmest domstolene, er de såkaldte tribunals. Medens disse som anført ovenfor kap. II og III ikke uden videre kan antages at være omfattet af de samme retlige krav - herunder habilitetskrav - som de der gælder ved de egentlige domstole, antages retsvirkningen - og det hertil hørende bedømmelsesgrundlag - at være identisk med det om domstolene anførte. Den primære afgørelse tilsidesættes uden videre, d.v.s. som en umiddelbar - eventuelt formidlet ved en generel væsentlighedsvurdering - følge af inhabiliteten.

Hvor der derimod er tale om afgørelser truffet af forvaltningsmyndigheder og/eller kommunale myndigheder »*exercising judicial functions*« synes der at blive opereret med en forskel i henseende til, om inhabilitetens årsag er pecuniary interests or likelihood of bias (*De Smith: Judicial review og administrative action* 1980 s. 273).

Forskellen skulle bestå i, at den enkelte persons økonomiske interesser umiddelbart vil påvirke den primære afgørelses gyldighed, hvorimod likelihood of bias på andet grundlag eventuelt ikke har nogen betydning for gyldigheden, *med mindre vedkommende spiller en fremtrædende rolle i sagsbehandlingen*. »In magisterial law the courts have consistently held that the decision of the bench must be set aside if any individual justice has a pecuniary interest in the result. They have declined to »conduct a poll of the bench« or to »enter into a discussion as to the extent of influence exercised by the interested party«. The same principle seems to prevail where the ground of challenge is not pecuniary interest but likelihood of bias. The attitude toward the proceedings of administrative and local government bodies exercising judicial functions may conceivably differ according as the ground of challenge is pecuniary interest or likelihood of bias. The pecuniary interest of a single member will affect the validity of the proceedings, but perhaps the likelihood of bias on his part may not unless he plays a prominent part in the proceedings« (*De Smith: Judicial Review of Administrative action* 1980 s. 273).

Der gives ingen forklaring på denne forskel i henseende til retsvirkningen af inhabilitet, en forskel som altså skulle udspringe af, om inhabilitetens årsag er

en økonomisk interesse eller likelihood of bias i øvrigt. Skal man udlede en forklaring på grundlag af det ovenfor anførte om sontringens indhold, må det vel være, at det principielt kan være af betydning for bedømmelsen af anden kausalsammenhæng, om der til inhabilitetens årsag er knyttet en grad af usikkerhed i henseende til inhabilitetens korrespondens med en motiverende interesse. Denne konstruktion forudsætter således, at økonomiske interesser - måske som følge af det stærkt formaliserede bedømmelsesgrundlag - uden videre antages at korrespondere med eksistensen af bias.

I forhold til kommunale afgørelser er den anførte sontring mellem økonomiske og andre interesser af særlig relevans for spørgsmålet om ugyldighed: »In the area of local government in particular a distinction has to be drawn between 'bias' and 'interests' as a vitiating element« (*Sebag Shaw og E. Dennis Smith, The Law of Meetings, fifth edition s. 114*).

Betydningen heraf kommer klart til udtryk, når LGA af 1972 alene opererer med pecuniary interest som årsag til inhabilitet. For så vidt angår spørgsmålet om inhabilitet forårsaget af andre årsags/ interessetyper, må svaret findes på grundlag af natural justice og/eller grundsætningerne om fairness, jfr. kap. IV. Imidlertid kan anvendeligheden og rækkevidden af disse uskrevne retskilder blive afhængig af den primære afgørelses karakter: Where a decision can be truly said to be - administrative rather than of a judicial nature, rules of natural justice will not apply, e.g. where a decision simply involves the application of council policy« (op.cit. s. 114).

Når man her introducerer spørgsmålet om rækkevidden af natural justice, skal det netop ses i forbindelse med den begrænsede rækkevidde af bestemmelserne i LGA af 1972, idet natural justice - som anført ovenfor kap. IV - kun kan komme på tale som supplement til denne lov. Medens 1972-loven finder anvendelse uanset afgørelsens karakter af judicial/administrative, kan natural justice som udgangspunkt kun komme ind i billedet (som supplement til loven), hvor den primære afgørelse kan karakteriseres som judicial.*)

Problemstillingen kan sammenfattes derhen, at 1972-lovens habilitetsforskrifter alene finder anvendelse på 'interests' da reguleringens genstand udelukkende er økonomiske interesser/tilknytningsforhold. I øvrigt må habilitetskra-vene søges i natural justice og/eller grundsætningerne om fairness. Rækkevid-

*) The distinction however is a fine one. In *Hannam v. Bradford Corporation* (1979). All E.R. 600 it was held that the likelihood of bias could arise where there was an intermingling of functions in the community when members of a local authority sub-committee were also members of the governing body of the school from which a teacher, employed by the local authority, had been dismissed (op.cit. s. 114).

Fjerde del. Kap.X.1.1.5.1.

den af natural justice er imidlertid begrænset til kommunale afgørelser af judicial/quasi judicial karakter. Det samlede resultat må herefter blive, at for så vidt angår afgørelser af rent administrativ karakter, er disse kun klart omfattede af habilitetsforskrifter for så vidt angår 1972-lovens positive bestemmelser. Herudover, d.v.s. for alle afgørelsestyper, gælder imidlertid grundsætningen om fairness.

For så vidt angår spørgsmålet om inhabilitetens betydning for den primære afgørelses gyldighed anføres, at »it seems to be the general opinion that if a member votes in a matter in which he has an interest in defiance or disregard of the section, this will not invalidate the decision of the council, even if its vote can be shown to have been the deciding factor« (*Garner: Administrative law, fifth edition 1979* s. 409).

Det fremgår således heraf - om end tilsyneladende med en vis usikkerhed - at inhabilitet er uden betydning for den primære afgørelses gyldighed. Og dette gælder vel at mærke også selvom det kan påvises, at inhabiliteten har været konkret væsentlig.

Imidlertid kan dette udgangspunkt fraviges i det omfang, den primære afgørelse er af judicial eller quasijudicial karakter: »this is almost certainly true where the decision of the local authority has an element of a judicial or quasijudicial nature, although it may be logical to argue that a vote given by a person prohibited from voting is in law not a vote at all« (op.cit. s. 409).

Og den anførte modifikation går vel at mærke ikke ud på, at der ubetinget statueres ugyldighed, hvor den primære afgørelse er af judicial karakter. Det anføres blot, at »its decision *may be* quashed by the court if bias can be proved to have influenced the decision«. (Op.cit. s. 409).*)

I forhold til spørgsmålet om habilitetskravenes betydning for den primære afgørelses gyldighed er der således tale om en klar slækkelse af reguleringens intensitet sammenlignet med den for domstolene og domstolslignende organer gældende retsstilling, hvorefter ugyldighed indtræder alene på grundlag eller uafhængigt af en generel væsentlighedsvurdering. At der herudover også i forhold til kommunale afgørelser opereres med usikkerhed, hvor inhabiliteten har været konkret væsentlig, forekommer forbavsende.

Den sammenhæng, der i relation til sontringen judicial/administrative, eksisterer mellem henholdsvis spørgsmålet om habilitetskravenes art/retskilde og

*) Uanset den primære afgørelses karakter af judicial/administrative kan inhabiliteten bevirke tilsidesættelse af den inhabile stemme, hvor vedkommende med vilje har tilsidesat habilitetskravene: »If a member declares an interest and then goes on voting in breach of a section, it seems that in these circumstances his vote is a nullity ...« (op.cit.).

spørgsmålet om retsvirkningen af inhabilitet, kan synes tilfældig. Men sammenhængen forekommer konsistent, for så vidt de retssikkerhedsmæssige implikationer knyttet til den primære afgørelses karakter trækker i samme retning. Dette er eksempelvis tilfældet, når kriteriet for at anerkende ugyldighed som retsvirkning er, at den trufne afgørelse indvirker på enkeltpersoners individuelle rettigheder: »when the authority is acting in a matter that affects the rights of an individual or individuals its decision may be quashed by the courts if bias can be proved to have influenced the decision« (op.cit. s. 409).

Det er i forhold til sådanne afgørelser, at hensynet til retssikkerhed i snæver forstand er af relevans. Samtidig repræsenterer sådanne afgørelser et hovedeksempel på tilfælde omfattet af kriteriet judicial.

Imidlertid må man være opmærksom på det ovenfor i kap. III med hertil hørende ekskurs anførte, hvorefter begrebet »right« afgrænses ret snævert. Begrebet omfatter således ikke uden videre alle tilfælde af enkeltafgørelser, i forhold til hvilke hensynet til retssikkerhed i snæver forstand er af relevans.

I *tysk ret* ses spørgsmålet om generel/konkret væsentlighedsbedømmelse ikke at være gjort til genstand for særlig diskussion. Årsagen hertil kan måske søges i, at sontringen nullitet /anfægtelighed indtager en central placering i forvaltningslovens bestemmelser om retsvirkningen af sagsbehandlingsmangler.*)

Efter forvaltningslovens § 44, stk. 2 medfører en række grove fejl umiddelbart nullitet.

For så vidt angår spørgsmålet om virkningen af speciel inhabilitet anføres det i § 44, stk. 3, nr. 2, at der ikke uden videre foreligger en nullitet blot fordi der i sagsbehandlingen har deltaget en person, som er inhabil i medfør af § 20, stk. 1, nr. 2-6, d.v.s. inhabilitet på grundlag af andre forhold end direkte egeninteresse i sagen. I lovkommentaren til denne bestemmelse gøres opmærksom på, at man ikke kan slutte analogt fra § 43, stk. 3, nr. 2 til sager, i hvilke personer med en direkte egeninteresse har medvirket, men der anføres på den anden side heller ikke noget om den ellers nærliggende mulighed for modsætningsslutning. *Forsthoff* udtaler derimod, at en afgørelse truffet under medvirken af en offentligt ansat, der direkte er part i sagen må være nichtig, og at virkningen af, at en person med en direkte egeninteresse deltager i et kollegialt organs sagsbehandling fører til den trufne afgørelses anfægtelighed (op.cit. s. 234-35). Og der peges også på, at Bayerns Verwaltungsgerichtshof er gået et skridt videre og har statueret nichtigkeit (op.cit. s. 235).

*) Sontringen nullitet »Nichtigkeit« og anfægtelighed »Aufhebbarkeit« ofres stor opmærksomhed i tysk teori. Om sontringen og de hertil knyttede begrebsmæssige komplikationer, se *Ernst Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrecht Band I* s. 220f.

Fjerde del. Kap.X.1.1.5.1.

I forhold til mangler, som begrunder den trufne afgørelses anfægtelighed, synes den konkrete væsentlighedsvurdering at være udgangspunktet, jfr. § 44, stk. 1 og 46 (VwVfG):

»§ 46. Folgen von Verfahrens- und Formfehlern.

Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können« (*Ferdinand O. Kopp*: VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz mit Erläuterungen 1976, s. 485. Og Allgemeines Verwaltungsrecht herausgegeben von *H.U. Erichsen und W. Martens. Walter de Gruyter* 5. Auflage s. 351).

Det samlede billede kompliceres yderligere af det forhold, at bestemmelserne i de enkelte delstaters love fortrænger forbundsforvaltningsloven (jfr. § 1, stk. 3). Og spørgsmålet om habilitetskravenes indhold og retsvirkningen af inhabilitet synes i høj grad at være gjort til genstand for særregulering i diverse delstatsordninger.

I *Gemeindeordnung (GO) for Baden-Württemberg* § 18, stk. 6 bestemmes det således, at en beslutning truffet under medvirken af personer, som er inhabile i medfør af samme bestemmelses stk. 1 og 2, d.v.s. som følge af tilknytning ved ægteskab eller slægtskab, bliver »rechts widrig«, hvilket ifølge kommentaren vil sige, »dass ein auf Grund dieses Beschlusses ergehender Verwaltungsakt wegen eines wesentlichen Verfahrensfehlers anfechtbar ist« (*Kohlhammer* § 18, 284/7).

Med hensyn til spørgsmålet om generel/konkret væsentlighed hedder det blot, at »Dabei braucht nicht bewiesen zu werden, dass die Stimme des Befangenen ausschlaggebend war. Dieser Grundsatz wird auch auf die Stimmabgabe durch den befangenen hauptamtlichen Bürgermeister in einem Gremium angewandt und gilt auch für die beratende Mitwirkung ehrenamtlich tätiger Bürger und der Beigeordneten in einem Beschlussgremium. Die Mitwirkung eines Befangenen bei der Beschlussfassung über den Erlass einer Satzung führt zur Nichtigkeit, die im Normenkontrollverfahren Geltend gemacht werden kann«.

Og i *GO for Bayern* udtales det direkte i artikel 49, (3) at »Die Mitwirkung eines wegen persönlicher Beteiligung ausgeschlossen Mitglieds hat die Ungültigkeit des Beschlusses nur zur Folge, wenn sie für das Abstimmungsergebnis entscheidend war« (*Christoph Masson/Rudolf Samper*).

I *GO for Niedersachsen* § 26, stk. 5 hedder det: »Ein Beschluss, der unter

Kap.X.1.1.5.1.

Verletzung der Vorschriften der Absätze 1 bis 4 gefasst worden ist, ist *unwirksam* (*Süersen-Neuffer* s. 110c og 110f).

Begrebet *unwirksam* anvendes synonymt med *Nichtigkeit* (*Fortshoff* s. 234).

I bemærkningerne til *GO § 23 for Nordrhein-Westfalen* er udgangspunktet anfægtelighed, et udgangspunkt der dog kan skærpes i retning af nullitet (*Kottenberg/Rehn* B IV 62).

Og endelig hedder det i *GO for Hessen § 25 (5)* at »Beschlüsse, die unter Verletzung der Abs. 1 bis 4 gefasst worden sind, sind unwirksam«.

I *norsk ret* er den anførte væsentlighedsproblematik - i modsætning til dansk ret - lovreguleret. I den norske forvaltningslovs § 41 hedder det således, at »vedtaket likevel er gyldigt, når der er grund til at regne med at feilen ikke har virket bestemmende på vedtakets innhold« (*Frihagen*: Forvaltningsrett III s. 201ff). For dommes vedkommende er spørgsmålet reguleret i tvistemålsloven § 384, stk. 1 og straffeproseslovens § 393, stk. 1: »når retten finder det sandsynligt, at de kan have virket bestemmende på afgørelsens indhold«.

Udover at norsk ret således har gjort konkret væsentlighed til en betingelse for annullation på grund af formelle fejl, peges eksplicit på sandsynlighedsberegninger, hvis yderpunkter på en gradueret skala af sandsynlighedsgrader antages at gå fra »helt overbevist« til »det er muligt« (*Frihagen* s. 93). Det har været overvejet (Forvaltningskomitéen s. 299/448) at lade den afgørende sandsynlighedsgrad være, om der er »mulighed« for at fejlen har haft indflydelse, men man lagde sig fast på kriteriet »sandsynligt«. Denne skærpelse af kravet til sandsynligheden er ikke éntydigt blevet fulgt af domspraksis, der således spænder fra krav om, at det »ikke med sikkerhed« over, at det ikke er »overvejende sandsynligt« til nyere praksis, der stiller meget lave krav til graden af sandsynlighed. Højesteret har således statueret det tilstrækkeligt, at »der er mulighed for at manglen har haft indvirkning« (*Arvid Frihagen*: Vildfarelse s. 95 og 325, samme forfatter Forvaltningsrett III 1977 s. 201-09. *Eckhoff*: Forvaltningsrett 2. udg. 1982 s. 584-90. Og *Jan Fridthjof Bernt*: Uten forliggende hensyn som ugyldighetsgrunn TFR 1978 s. 311ff).

Tilsvarende snæver sandsynlighedsmargin synes forudsat i norsk kommunalret, når det hedder, at »har han likevel deltatt i denne og i voteringen, vil dette efter fast praksis medføre vedtakets ugyldighet dersom hans stemme *kan tenkes* a ha haft indflydelse på utfallet«. (Hammer s. 73). På grundlag heraf (og de angivne eksempler) synes det som om sandsynlighedsprøvelsen kun kan føre til afgørelsens opretholdelse, hvis det er klart, at den inhabile stemme *ikke kan have været udslagsgivende*. Med forbehold af de vanskeligheder, der er forbundet med at foretage en skarp afgrænsning på grundlag af de anvendte

Fjerde del. Kap.X.1.1.5.1.

sandsynlighedstermer, synes dette resultat strengere, end det den norske forvaltningslov lægger op til, jfr. kap. V. *)

Praksis' stilling til sandsynlighedskravet er således heller ikke i norsk ret afklaret. Selvom de sproglige formuleringer kun tildels dækker de reelle krav, kan udviklingen siges at have bevæget sig i retning af lavere krav til sandsynligheden. Imidlertid har det faktiske bedømmelsesgrundlag - bag de sproglige formuleringer - formentlig i høj grad karakter af pragmatiske helhedsvurderinger med hensyn til hensigtsmæssigheden af annullation, men at udgangspunktet er ugyldighed synes klart (*Frihagen*: Vildfarelse s. 93 og *Bent Christensen*: UfR 1976B s. 117).

I *svensk ret* er retsvirkningen af, at habilitetsreglerne i forvaltningslovens § 5 tilsidesættes, principielt, at den trufne beslutning »utan vidare blir ugiltig« (*Hellners Förvaltningslagen* 3.udg. 1983 s. 90). Imidlertid modificeres dette udgangspunkt i praksis, således at spørgsmålet må bero på sagsforholdene i det enkelte tilfælde. (Jfr. eksemplerne på formentlige konkrete væsentlighedsvurderinger eller overinstansers krav om at sådanne foretages op.cit. s. 90f og *Fritz Kaijser* s. 163 og 226, op.cit. s. 79 samt *Fritz Kaijser* og *Curt Riberdahl* s. 340f og *Arbejdsgruppen* s. 135).*)

Dette forhold kommer også til udtryk, når klager over inhabilitet *kun kan gøres gældende i forbindelse med klager over den primære afgørelse*, jfr. FL § 5,

*) Som anført ovenfor blev der i forvaltningskomitéens indstilling argumenteret for at statuere ugyldighed »selvom der ville have været flertal også uden hans stemme«, d.v.s. ugyldighed uafhængigt af et konkret væsentlighedskriterium, der hviler på afstemningsresultatet. Sådan var retsstillingen ikke tidligere: »Efter kommuneloven praktiseres imidlertid dette slik at vedtaket bare blir ugyldig, hvis det inhabile medlems stemmeafgivning har været afgørende for resultatet«. (Jfr. *Dybjord*: Lov om kommunestyret på landet af 10. juni 1938 med kommentarer s. 68-69).

Der gives i indstillingen udtryk for, at man ikke ved om princippet også har anvendelse på andre områder. »Men i teorien er man i all fall tilbøjelig til at støtte et strengere krav på dette punkt«, jfr. *Castberg* s. 236.

I forvaltningskomitéens forslag (Innstilling s. 148) til bestemmelser om retsvirkninger udtales: »Her skal man bare understrege at der i almindelighed næppe er grund til at tillægge inhabilitet strengere virkning end andre fejl ved sagsbehandlingen«. Dette sidste kan forbydes al den stund man henviser til *Castberg* s. 235-37.

Kap.X.1.1.5.1.

sidste stk. (*Hellners* s. 80-81). Man har ikke ønsket »overprøvning« af habilitetsspørgsmålet uafhængig af prøvelse af »huvudsaken«. (Arbejdsgruppen s. 229 og Proposition 1971:30 s. 357). Dette står i modsætning til RB § 3. I medfør af denne bestemmelse kan der klages særskilt over inhabilitet. Forskellen begrundes i procesøkonomiske hensyn (jfr. SOU 1964:27 s. 503).

Det er reelt også denne forbindelse, der kommer til udtryk i forvaltningslovenes regler om dispensation fra habilitetskrav. I medfør af NFL § 6, 4. led bestemmes det således, at man ikke behøver at fratræde på grund af inhabilitet *når det er åbenbart*, at hans tilknytning til sagen eller parterne ikke vil kunne påvirke hans standpunkt.

Denne bestemmelse svarer til SFL § 4 om tilknytningsforhold, som »uppenbarligen saknar betydelse« (*Hellners Förvaltningslagen* s. 76-77).

Den i princippet gældende regel om ugyldighed ved tilsidesættelse af forvaltningslovens habilitetsbestemmelser, gælder også i tilfælde af inhabilitet i medfør af kommunallagen, hvor retsvirkningen »hittills i rättspraxis blivit upphävande uavsett jävets antagna inverkan på beslutsinnehållet« (*Fritz Kaijser/Curt Riberdahl: Kommunallagarna II*, 6. opl. 1983 s. 340). Men også i forhold til denne bestemmelse diskuteres, om ikke det radikale udgangspunkt bør modificeres. Argumentationen herfor støttes bl.a. på, at det anførte udgangspunkt historisk har udspring i riksdagsrättens habilitetsregler (1810 års RO § 47), som blev ændret således, at »Ingen lär ifrågasätta riksdagsbesluts giltighet därför att någon enstaka jävig person deltagit däri« (RO 1974 2 Kap. 11§ jfr. op.cit. s. 341) Herudover argumenteres også med almindelig henvisning til, at den kommunale habilitetsproblematik i sig selv (i forvejen) er kompliceret (op.cit s. 341) Jfr. SOU 1974:99 s. 203, hvor der argumenteres for konkret væsentlighedsvurdering. Også forfatterne *Kaijser/Riberdahl* argumenterer for, at lade afgørelsen af gyldighedsspørgsmålet afhænge af konkrete væsentlighedsvurderinger og synes i denne henseende især at have væsentlighedsbedømmelse på grundlag af afstemningsresultatet for øje (op.cit. 342). Det kan på baggrund heraf ikke undre, at de pågældende anser de påpegede vanskeligheder forbundet med konkrete væsentlighedsvurderinger for overdrevne.

1.1.5.2. Dansk ret

Medens den generelle væsentlighedsvurdering, som formuleret af bl.a. Poul Andersen, har været udgangspunktet for afgørelsen af spørgsmålet om annullation af forvaltningsafgørelser som følge af formelle mangler, har den konkrete væsentlighed i såvel dansk som skandinavisk ret - i modsæt-

Fjerde del. Kap.X.1.1.5.1.

ning til engelsk ret - stedse indgået som en forudsætning for annulation af domme som følge af rettergangsfejl. *)

Den faktiske udvikling har imidlertid ført til udligning af forskellen, idet praksis vedrørende forvaltningsafgørelses ugyldighed tenderer i retning af konkrete væsentlighedsvurderinger. **)

Lige så lidt klarhed der er med hensyn til væsentlighedsvurderingens karakter (jfr. eksempelvis *Ole Krarup*: UfR 1963B s. 72ff og *Jørgen Mathiassen* op.cit. s. 229ff), ligeså uklart er det, hvilken grad af sandsynlighed der må kræves for at antage kausalitet mellem den retlige mangel og den primære afgørelses indhold. Som betingelse for at antage væsentlighed anføres »at det med større eller mindre sandsynlighed kan formodes ...« (*Ole Krarup*: UfR 1963B s. 72). *Ole Krarup* omtaler eksempler fra praksis, hvor det afgørende har været, at grundlaget for afgørelsen »var aldeles utvivlsomt«, eller tilfælde hvor manglen ikke får betydning, hvis det »er udelukket«, at manglen har indvirket på afgørelsen (op.cit. s. 74 og *Abitz*: Festskrift til Poul Andersen s. 47), ligesom der nævnes tilfælde, hvor den blotte »mulighed« for at manglen har indvirket er tilstrækkeligt. *Ole Krarup*: op.cit. s. 74).

*) *Gomard*: Civilprocessen 2. udg. 1974 s. 582. *Castberg* udtaler kategorisk, at inhabilitet i forhold til skønsmæssige afgørelser bør medføre ugyldighed s. 235. Hertil føjes, at »så streng er man ikke i processen«.

Denne - i hvert tilfælde tilsyneladende - mindre intense regulering af sanktions-spørgsmålet i forhold til domme kan forekomme overraskende, al den stund den retlige regulering af domstolenes sagsbehandling i almindelighed og habilitetskravene i særdeleshed er mere intensiv end den tilsvarende regulering af forvaltningsprocessen.

Forholdet kan vel til dels anses som begrundet i de bedre muligheder for reparation domstolsprocessen frembyder, ligesom det vel også har spillet ind, at den forvaltningsretlige ugyldighedslære ikke har været knyttet til teori og praksis vedrørende spørgsmålet om dommes ugyldighed på grund af rettergangsfejl (*Jørgen Mathiassen*: *Juristen* 1976 s. 217).

**) *Jørgen Mathiassen*, *Juristen* 1976 s. 230. (Som i øvrigt slet ikke medtager inhabilitet i sin undersøgelse af forholdet mellem rettergangs- og sagsbehandlingsfejl).

Ole Krarup kobler spørgsmålet om graderne af sandsynlighed sammen med spørgsmålet om definitiv materiel prøvelse. Således sættes graden af sandsynlighed meget højt: »Sikkerhed eller aldeles overvejende sandsynlighed« for at resultatet kan blive en definitiv tilsidesættelse af den primære afgørelse, medens generel væsentlighed er en nødvendig og tilstrækkelig betingelse for annulation, når denne blot har karakter af hjemvisning.

Ud fra et retssikkerhedshensyn må det generelle væsentlighedskriterium være at foretrække. En væsentlig grund for *Poul Andersen* til at fastholde det generelle væsentlighedskriterium var hensynet til at fremme anerkendelse af, og respekten for de formelle krav til forvaltningen (Dansk Forvaltningsret s. 287 og 341, *Juristen* 1967 s. 386. *Jørgen Mathiassen: Juristen* 1976, s. 233. *Bent Christensen UfR* 1976 s. 117).

I samme retning trækker hensynet til kontrolinstansens muligheder for at deltage i retsdannelsen (*Bent Christensen op.cit.*). Imidlertid taler andre hensyn mod annulation på grundlag af generel væsentlighed (*op.cit.* s. 116ff. *Jørgen Mathiassen: Juristen* 1976 s. 232ff).

På dette sted skal blot anføres opfattelsen, hvorefter de formelle krav i dag er så indarbejdede, at det næppe i sig selv kan være tilstrækkeligt til at fastholde et generelt væsentlighedskriterium som grundlag for annulation, og at tendensen i retning af konkrete væsentlighedsvurderinger bygger på en formodning om, at forvaltningsafgørelsen - bortset fra den formelle mangel - er lovlig og rigtig (*Jørgen Mathiassen op.cit.* s. 236).

Uanset hvad man måtte mene om det aktuelle niveau af respekt for de retlige krav, bygger det anførte på den samlede forvaltnings forhold til domstolene. En formodning for den primære afgørelses saglige rigtighed må formentlig afsvækkes, når afgørelsen er truffet af en kommune, der i forhold til de traditionelle forvaltningsmyndigheder frembyder atypiske træk i henseende til sammensætning og arbejdsmåde, jfr. kap. II og III. Hvad angår kommunernes kendskab til og respekt for de formelle krav er forholdet næppe afklaret. Hertil kommer, at argumentet om den øgede respekt for formelle krav bl.a. bygger på, at disse krav i stigende omfang holdes i hævd af ombudsmanden og administrative kontrolinstanser (*Jørgen Mathiassen: op.cit.* s. 231).

Uanset hvordan man konkret vurderer de samlede sagsbehandlingskravs udviklingsstade, kan man vel næppe betegne systemet af habilitetskrav som færdigudviklet. Habilitetskravene har i vidt omfang status af uskrevne retsgrundsætninger, som er under konstant udvikling. Annulation uafhæn-

Fjerde del. Kap.X.1.1.5.1.

gigt af spørgsmålet om den primære afgørelses saglige rigtighed eller af inhabilitetens virkning i øvrigt kan være et middel til at markere nye positioner i retsdannelsen (jfr. *Bent Christensen*: UfR 1976 s. 117). I jo højere grad prøvelsesinstansens opgave er at medvirke til udfyldningen af de uskrevne retsgrundsætninger, jo mere hensigtsmæssig vil anvendelsen af det generelle væsentlighedskriterium være.

I denne sammenhæng må man være opmærksom på, at det ovenfor anførte om afvejning af hensynene for/mod generelle respektive konkrete væsentlighedsvurderinger er af større betydning i forhold til domstolskontrol end i forhold til andre kontrolformer. Domstolene er således hovedsageligt henvist til enten at annullere eller opretholde den primære afgørelse (Om kritikken heraf se *Jørgen Mathiassen*: Juristen op.cit. s. 233). Andre kontrolinstanser, der ikke på denne måde er bundet i sanktionsvalget har større muligheder for at operere med ideelle fordringer til forvaltningens overholdelse af eksisterende formelle forskrifter og til udbygning af disse. Dette gælder ombudsmanden, som er afskåret fra at annullere, men også det almindelige tilsyn, som antages at have og faktisk udnytter et vidt råderum for valget mellem annulation og andre sanktionsformer.

Uanset hvordan det forholder sig i de anførte henseender, indtager habilitetsmangler en særstatus i den forvaltningsretlige teori, idet det stadig er »fast antaget, at inhabilitet normalt medfører ugyldighed« (*Nørgaard*: Sagsbehandling 2. udg. v/*Garde* 1981 s. 221).

Helt i overensstemmelse hermed har dansk kommunalretlig teori ligget på linje med de almindelige grundsætninger som gengivet ovenfor af ombudsmanden. *Harder* antager således en generel væsentlighedsvurdering eller i hvert tilfælde en konkret væsentlighedsvurdering, der indebærer så strenge krav til sandsynligheden for inhabilitetens manglende betydning, at forskellen synes meget lille. *Harder* udtaler således, at der ikke kan gribes ind over for den primære afgørelse »hvis det er åbenbart, at deltagelsen ikke har haft nogen indflydelse på resultatet. Men når dette ikke kan udelukkes, kan selve den trufne beslutning anfægtes« (*Sogneråd*-stidende 1956 s. 20. Dansk kommunalforvaltning I 4. udg. s. 218).

Kapitel XI

Tilsynsmyndighedernes kontrol i habilitetssager

1. Indledning

Kommunerne er underlagt et almindeligt tilsyn. Det er almindeligt i den forstand, at det omfatter al kommunal virksomhed. Primærkommunerne er under tilsyn af tilsynsrådene, der består af amtmænd som formand, og fire medlemmer af amtsrådet. Amtskommunerne og Københavns kommune er direkte under tilsyn af indenrigsministeriet. Herudover er indenrigsministeriet øverste tilsynsmyndighed, hvilket vil sige, at ministeriet er ankeinstans i forhold til afgørelser truffet af tilsynsrådene, og herudover forestår det almindelige tilsyn med disse (Jfr. *Harder: Dansk kommunalret* II s. 222ff).

Det almindelige tilsyn er grundlæggende statsligt, men med et væsentligt kommunalt islæt. Reglerne om tilsynets sammensætning og kompetence afspejler en konflikt mellem på den ene side statslig kontrol og hertil knyttede interesser i national retsenhed og retssikkerhed, og på den anden side interessen i kommunalt selvstyre, som dette kommer til udtryk i decentral kompetenceudøvelse tilpasset lokale politiske, miljø- og erhvervsinteresser.

Habilitetskravene og regler om forbud mod usaglig kommunalforvaltning i øvrigt er særligt følsomme for denne konflikt, fordi reguleringens genstand er interesser, som i alle tænkelige blandingsforhold, spænder fra sådanne som måske nok er politisk agtværdige men alligevel udtryk for ulovlige hensyn, over mere dubiøse udtryk for utilladeligt engagement, til de grove tilfælde af korruption og magtmisbrug.

De egentlige retlige sanktionsmidler, som står til tilsynsmyndighedernes rådighed, er annullation og tvangsbøder. Som anført er de grundlæggende betingelser for, at tilsynsmyndighederne kan annullere i medfør af styrelseslovens § 61, at der foreligger en *retlig mangel*, at den retlige mangel er

Fjerde del. Kap.XI.1.

væsentlig, og at der i øvrigt ikke foreligger *særlige omstændigheder*, som taler imod annulation.

Den følgende fremstilling vil blive systematiseret på grundlag af disse tre betingelser. Afsnittet om grundlaget for at statuere den retlige mangel inhabilitet (2.) vil blive indledt med en behandling af det i kommunalretten antagne krav om den retlige mangels *klarhed* som betingelse for annulation (2.1.). I snæver sammenhæng hermed omhandler de følgende to afsnit placeringen og fordelingen af kompetence til at bestemme indholdet af gældende ret (2.2.). Herefter følger afsnittet om tilsynsmyndighedernes grundlag for bedømmelsen af den retlige mangels væsentlighed (3.).

I et efterfølgende kapitel vil de tilsvarende spørgsmål blive behandlet særskilt i forhold til kommunal magtfordrejning (kap. XII). Tilsynets prøvelse af faktum i såvel habilitets- som magtfordrejningssager vil blive behandlet samlet i kap. XIII. Og resultatet af disse kapitler vil samlet blive gjort til genstand for en mere overordnet drøftelse af det almindelige tilsyns strukturelle betingethed (kap. XV).

2. Der skal foreligge en retlig mangel

Anvendelse af egentlige retsmidler kan kun komme på tale i forbindelse med tilsynsmyndighedernes *legalitetskontrol*, idet annulation og tvangsbøder ubetinget forudsætter eksistensen af en *retlig mangel*. Ifølge styrelseslovens § 61 skal kommunalbestyrelsens afgørelse således »være stridende mod lovgivningen«.

Indtil 1919 var der også mulighed for at gribe ind med tvang, når der forelå »fordærvelige foranstaltninger« (ophævet ved lov nr. 112 af 1. marts 1919. *Ernst Andersen*: Administrativt tilsyn med kommunalforvaltningen s. 166). Efter den nugældende styrelseslov kan tilsynsmyndighederne kun bygge deres afgørelser på hensigtsmæssighedsovervejelser, hvor der ifølge loven kræves approbation. På baggrund af approbationsinstituttets svinende betydning, kan udviklingen historisk karakteriseres som en retliggørelse af tilsynet: Fra hensigtsmæssighed til kvalificeret retlig mangel.

2.1. Den retlige mangels klarhed som betingelse for annulation

Der er i den kommunalretlige litteratur og tilsynsmyndighedernes praksis blevet indfortolket en begrænsning i tilsynsmyndighedernes mulighed for

anvendelse af egentlige retsmidler, idet der hertil fordres en kvalificering af den retlige mangel, som regel udtrykt i en fordring om, at manglen skal være *klar* eller *åbenbar*.

Hvor det retlige spørgsmål, som er prøvelsens genstand henhører under en anden ressortmyndighed, ligger der i dette krav om den retlige mangels kvalificering blot, at retsstridigheden utvetydigt skal være fastslået af den respektive ressortmyndighed. Hvor det almindelige tilsyn derimod selv er ressortmyndighed - som i forhold til de her omhandlede retlige krav - bliver kravet om klarhed ensbetydende med en fordring om, at tilsynsmyndigheden med en høj grad af sikkerhed kan fastslå indholdet af gældende ret samt den kommunale afgørelses forhold hertil.

Kravet om, at den retlige mangel skal være kvalificeret ved klarhed for at kunne føre til annullation, blev også lagt til grund ved fortolkningen af den tidligere styrelseslovgivning, jfr. således købstadskommunallovens § 14, om hvilken det anføres, at »annullationsbeføjelsen anvendes ifølge praksis kun, hvor ulovligheden er utvivlsom. Uoverensstemmelse mellem en kommunalbestyrelse og tilsynsmyndigheden om en beslutnings lovmæssighed løses ikke ved annullation men i givet fald ved sagens henvisning til domstolene« (Kommentar i Karnovs Lovsamling 1961 s. 204). Denne opfattelse synes med hensyn til afgrænsningen af styrelseslovens § 61 at have haft udbredt støtte i teorien.*)

Med inkorporeringen af klarhedskravet i forarbejderne til ændringen af styrelseslovens § 61 i 1985 må man vist acceptere klarhedskravet som gældende ret.**)

*) Jfr. *Harder*: Juristen 1979 s. 265 og *Haagen Jensen*: Kommunalret s. 81. Om kritik heraf se *Rønsholdt*: Juristen 1976 s. 269-82.

**) Selv under hensyntagen til den usikkerhed der principielt er knyttet til spørgsmålet om lovmotivers retskildeværdi og rækkevidde (jfr. *W.E. von Eyben*: Juridisk Grundbog 1975 s. 541ff. *Claus Haagen Jensen*: Forvaltningsrettens kilder. Forvaltningsret, almene emner 1979 s. 89ff. *Peter Blume*: Fortolkning af retspraksis UfR 1985 s. 121 og samme forfatter: Hjemmel og praksis 1984 s. 240ff med henvisninger) må motivudtalelsens bastante form i det foreliggende tilfælde siges at yde en ret høj grad af sikkerhed for resultatet: »Det er yderligere en betingelse, at der foreligger den fornødne klarhed, d.v.s. at der ikke er rimelig tvivl om, at lovgivningen er tilsidesat. *Klarhedskriteriet har længe været anerkendt i de kommunale tilsynsmyndigheders praksis*« (FT 1983/84 A sp. 1424).

Fjerde del. Kap.XI.2.1.

Bemærkningerne i lovens forarbejder konstaterer imidlertid blot retstilstanden, hvorfor kravets nærmere indhold må fastlægges på grundlag af den tidligere praktiserede retsopfattelse.

Spørgsmålet bliver så herefter, hvad der er den retlige kvalificerings nærmere indhold.

Selvom klarhedskriteriets eksplicite anvendelse hovedsageligt har været afgrænset til spørgsmålet om afgørelsens jus-side, d.v.s. retsgrundlagets indhold, må kriteriets faktiske betydning også udstrækkes til afgørelsens og prøvelsens øvrige elementer, herunder faktum og dettes subsumption under retsgrundlaget samt spørgsmålet om den retlige mangels væsentlighed. Spørgsmålet herom vil blive taget op i de respektive afsnit nedenfor.

Fordringen om den retlige mangels klarhed indebærer principielt ikke udelukkelse af bestemte retskilder. At der foreligger en retlig mangel betyder altså, at gældende ret er tilsidesat, herunder også den del af retssystemet, der bygger på uskrevent grundlag (jfr. Motiverne, hvorefter »Udtrykket lovgivning må forstås som gældende ret i almindelighed«, op.cit. og *Ernst Andersen* s. 168f og 177-80. Bet. 996/1983 s. 56. *Haagen Jensen*: Kommunalret s. 81f).

Om den nærmere afgrænsning inden for den hermed angivne ramme hedder det i forarbejderne til § 61, at der skal foreligge »den fornødne klarhed, d.v.s. at der ikke er rimelig tvivl om, at lovgivningen er tilsidesat«. I denne upræcise formulering må i hvert tilfælde ligge et ganske vidt spillerum for tilsynsmyndighederne. Til trods herfor har disse i vidt omfang valgt at stille store krav til sikkerheden for eksistensen af den retlige mangel.

Til illustration heraf kan fra praksis før den seneste ændring af § 61 anføres tilfældet vedrørende en lærers og pedels habilitet i en sag om kommunens skolestruktur (TR Nordjylland 089-5-90-1 -1976 af 8. februar 1977). Tilsynsrådet fastslog, at de begge måtte anses for inhabile. Imidlertid undlod tilsynsrådet at annullere den trufne beslutning med henvisning til, at rådets og indenrigsministeriets udtalelser kun havde været vejledende.

I en redegørelse til ombudsmanden begrundet tilsynsrådet sin opfattelse med, at »annulationsbeføjelsen efter § 61 kun bør benyttes i tilfælde, hvor en kommunalbestyrelses beslutnings lovstridighed *fremtræder med klarhed.*«

Om de til klarhedskonstruktionen knyttede retskildespørgsmål udtaler

tilsynsrådet, at habilitetsspørgsmålet »må anses for tvivlsomt, så længe der ikke foreligger domstolsafgørelser herom, eller eventuelle andre retningslinjer herfor.« Dette standpunkt, som tilsynsrådet også har givet udtryk for i anden sammenhæng (j.nr. 1851/42/1976) tager indenrigsministeriet afstand fra, idet ministeriet fastslår, at kravet om klarhed gælder uanset den anvendte retskildes karakter af »styrelseslovgivning - anden lovgivning eller almindelige retsgrundsætninger«.

Under en senere drøftelse mellem ombudsmanden og indenrigsministeriet giver indenrigsministeriet udtryk for, at klarhedskravet ikke skal opfattes som en egentlig betingelse for annullation. Ministeriet udtaler således, at dets ovenfor nævnte udtalelse skal forstås således, »at annullation vel ikke er *betinget* af *klar* ulovlighed, men at tilsynsmyndighederne - fordi § 61 har en fakultativ formulering, jfr. »kan sætte ... ud af kraft« er beføjet til at undlade annullation af en ulovlig afgørelse, når ulovligheden ikke er klar«.

Hermed fastslår indenrigsministeriet således indirekte, at annullationsbeføjelsen også kan anvendes som led i den retsskabende udfyldningsproces, der er en forudsætning for udbygning af habilitetskravene.

Imidlertid sløres indenrigsministeriets opfattelse af det forhold, at ministeriets udtalelser er rettet mod et *tilsynsråds* retsopfattelse, som denne kommer til udtryk i en konkret afgørelse truffet af rådet selv (jfr. kap. XV)

Ombudsmanden har i forskellig sammenhæng været opmærksom på, at indenrigsministeriets kommunikationsform i sig selv kan være kilde til retlig usikkerhed (jfr. kap. VII). Til illustration heraf kan anføres en sag, i hvilken såvel tilsynsrådet som indenrigsministeriet statuerer inhabilitet. Tilsynsrådet undlader imidlertid at annullere kommunalbestyrelsens afgørelse med henvisning til, at såvel tilsynsrådet som indenrigsministeriets udtalelser »alene har været vejledende for kommunalbestyrelsen«, hvorfor tilsynsrådet ikke har ment, »at kunne sætte den foretagne afstemning ud af kraft« (TR Nordjylland 089-5-90 -1-1976 af 8. februar 1977. Og IM 1976/1131/ 1600-23 af 17. juni 1976). Da spørgsmålet senere bringes op igen forklarer tilsynsrådet nærmere (5. april 1977), at rådets afgørelse om ikke at erklære kommunalbestyrelsens beslutning ugyldig var »baseret dels på en opfattelse af, at der foreligger tvivl om, hvorvidt de to ... må anses for inhabile, og dels på en opfattelse af, at annullationsbeføjelsen efter styrelseslovens § 61 kun bør benyttes i tilfælde, hvor en kommunalbestyrelsesbeslutnings lovstridighed fremtræder med klarhed«. Tilsynsrådet har i denne forbindelse lagt vægt på, at indenrigsministeriet »har været i tvivl om ...« de pågældendes inhabilitet. Tilsynsrådet slutter sig til

Fjerde del. Kap.XI.2.1.

denne tvivl på grundlag af, at indenrigsministeriet ikke »klart har tiltrådt rådets udtalelse«, men benyttet vendingen, at ministeriet »ikke har fundet fornødent grundlag for at bestride ...« tilsynsrådets opfattelse (IM 1976/II31/1600-2 af 6. september 1977). Jfr. i øvrigt herom i kap. XV om forholdet mellem tilsynsråd og indenrigsministerium.

Den til grund for indenrigsministeriets egen praksis liggende opfattelse tilkendes i en skrivelse til ombudsmanden vedrørende en anden sag (FOB 1976 s. 150). Det fremgår heraf, at indenrigsministeriet ikke selv i noget tilfælde har ophævet en kommunalbestyrelses afgørelse på grund af inhabilitet. Indenrigsministeriet giver udtryk for, at dette har forbindelse med, at ministeriet kun har ment at burde benytte dette middel i tilfælde, »hvor alene beslutningens striden mod lovgivningen er klar«. De krav, der i denne forbindelse må stilles, fremgår af ministeriets udtalelse om, at det vil være »relativt sjældent«, at der forekommer tilfælde for indenrigsministeriet, hvor kommunalbestyrelsesmedlemmer »hvis inhabilitet *er ganske uomtvistelig*« har deltaget i behandling og afgørelse af sager, i forhold til hvilke de er inhabile.

Indenrigsministeriets praktisering af denne høje grad af sikkerhed for den retlige mangels eksistens og klarhed kommer også til udtryk i denne sag vedrørende en lærers deltagelse i behandlingen og afgørelsen om udnævnelse af en skoleinspektør. (op.cit.).

Indenrigsministeriet fastslår inhabilitet, hvorfor vedkommende lærer »ikke burde have deltaget i behandling og afstemning i kommunalbestyrelsen vedrørende sagen om besættelse af den pågældende stilling«.

Med hensyn til virkningen af denne retlige mangel udtaler indenrigsministeriet, »at den i sagen konstaterede inhabilitet *ikke er af en sådan karakter*, at der er tilstrækkeligt grundlag for at give kommunen pålæg om at annullere den omhandlede ansættelse ...«.

Grundlaget for den manglende klarhed var undervisningsministeriets divergerende opfattelse. Undervisningsministeriet gjorde således i en skrivelse til ombudsmanden opmærksom på, at lærerens stilling »var af en sådan karakter, at hendes inhabilitet for undervisningsministeriet at se ikke var ganske uomtvistelig«, hvorfor undervisningsministeriet ikke havde fundet »fuldt tilstrækkeligt grundlag for at lade inhabiliteten have ugyldighedsvirkning for udnævnelsen«.

Det kan herefter konkluderes, at indenrigsministeriet i hvert tilfælde ikke før ændringen af styrelsesloven i 1984 mener, at der i styrelseslovens §

61 kan indfortolkes en egentlig betingelse om den retlige mangels klarhed, men at ministeriet i sin egen praksis lægger afgørende vægt på dette kriterium, således at såvel indenrigsministeriet som i hvert tilfælde nogle tilsynsråd fortolker styrelseslovens § 61 indskrænkende.

Ombudsmanden deler ikke indenrigsministeriets opfattelse af § 61's afgrænsning i perioden inden lovændringen i 1984, som denne praktiseres af ministeriet. I forbindelse med den førstnævnte sag (TR Nordjylland 089-5-90-1-76 af 8. februar 1977) fastslår ombudsmanden således, at den trufne afgørelse »efter almindelige forvaltningsretlige synspunkter vedrørende ugyldighed af forvaltningsafgørelser var ugyldig«. Som begrundelse for dette resultat anfører ombudsmanden, at de to kommunalbestyrelsesmedlemmer var inhabile, og at manglen var væsentlig, da deres stemmer havde været udslaggivende (jfr. afsnit 3 nedenfor).

Med hensyn til spørgsmålet om den retlige mangels klarhed udtaler ombudsmanden, »at når der på grundlag af gældende ret statueres, at inhabilitet foreligger, kan det ikke være afgørende for gyldighedsspørgsmålet, om den foreliggende inhabilitet er mere eller mindre åbenbar«. Tilsvarende udtaler ombudsmanden i forbindelse med sin behandling af den sidstnævnte sag, at det ikke er almindeligt efter almindelig forvaltningsretlig opfattelse vedrørende inhabilitets ugyldighedsvirkning »at foretage en sondring efter, om den pågældende ... har været mere eller mindre inhabil«.

Ombudsmandens retsopfattelse bygger til dels på en modsætningsslutning fra forarbejdernes udtalelse om, at beføjelsen efter § 61, stk. 2 til at pålægge tvangsbøder er begrænset til tilfælde, »hvor der ikke er rimelig tvivl om, at den foranstaltning, der skal fremtvinges, påhviler kommunen og er hjemlet i loven« (jfr. kommunallovskommissionens betænkning nr. 420/1966 s. 241 og bemærkningerne til forslaget til den kommunale styrelseslov, Folketingstidende 1967/68, 2. samling tillæg A, sp. 665). Ombudsmandens indvending er nok så meget rettet mod klarhed som udtryk for den retlige mangels omfang/grovhed som mod den retskildemæssige sikkerhed for den retlige mangels eksistens.

Det antages almindeligvis, at grove sagsbehandlingsfejl, ligesom tilside sættelse af lovbestemte saglige krav, må bevirke ugyldighed (*Poul Andersen*: Dansk forvaltningsret 1965 s. 280-81, *Ole Krarup*: Juristen 1963B s. 72, *Nørgaard*: Sagsbehandling 1. udg. 1972 s. 183). Der er i sådanne tilfælde ikke plads til væsentlighedsovervejelser. Ræsonnementet er, at

Fjerde del. Kap.XI.2.1.

sådanne grove fejl må sidestilles med, at der slet ikke er foretaget en sagsbehandling, hvorfor retsstillingen må være, at der ikke er truffet en afgørelse:

Tankegangen synes af samtlige forfattere at hvile på en forudsætning om, at den formelle regel, der er tilsidesat, er af en vis omfattende/fundamental betydning for afgørelsen. Hos Poul Andersen udtrykkes det således, at »ulovligheden indebærer en tilsidesættelse af meget væsentlige interesser«. Hos Nørgaard tales der om »grov tilsidesættelse af vigtige regler«. Som eksempler på sådanne formelle fejl kan nævnes regler om kompetence og habilitet. Derimod behøver en nok så åbenbar tilsidesættelse af andre formelle regler ikke at udløse retsvirkningen ugyldighed.

Hermed angives et muligt kriterium for afgrænsningen af begreberne klarhed og grovhed. På trods af den usikkerhed, der er knyttet til kravet om, at den retlige mangel skal være klar som betingelse for, at det almindelige tilsyn kan reagere med annulation, må det kunne fastslås, at begreberne klarhed og grovhed ikke er synonyme. Manglens grovhed henviser til forhold, der eo ipso forudsætter eller kvalificerer den retlige mangel som klar, hvorimod der ikke kan sluttet omvendt, at et forhold, der ikke er groft, heller ikke er klart. Kravet om klar tilsidesættelse af en formel mangel kan være opfyldt med hensyn til et hvilket som helst formelt krav. I forhold hertil er manglens grovhed en yderligere kvalifikation. At en tilsidesættelse af et formelt krav er klar, forudsætter således, at hverken reglens eksistens, indhold eller tilsidesættelse kan drages i tvivl. At tilsidesættelsen er grov forudsætter *herudover*, at den principielt er af en sådan betydning for afgørelsens saglige rigtighed, at det vil bero på et tilfælde, om afgørelsen er blevet saglig korrekt. Dette grovhedskriterium må være en væsentlig del af grundlaget for Poul Andersens sontring mellem nullitet og anfægtelighed. Hos *Poul Andersen* (s. 278ff og s. 386) er manglens grovhed et vigtigt element i afgørelsen af, om ugyldighed har karakter af nullitet eller anfægtelighed. Derimod synes sontringen hos Poul Andersen ikke at være tillagt betydning for spørgsmålet, om en afgørelse er ugyldig.

At manglens grovhed således er et indicium for konkret væsentlighed (*Frihagen*: Vildfarelse s. 99) udelukker ikke, at grovheden i sig selv kan medføre ugyldighed uafhængigt af, om manglen må anses for konkret væsentlig. Dette forudsættes da også hos *Frihagen*, hvor det udtales, at propositionen til forvaltningsloven næppe ville være til hinder for, at

manglens grovhed bliver et moment ved bedømmelsen. »Derimod kan vi ikke gå så langt som til at kræve, at fejlen både skal være grov og have påvirket vedtakets indhold«. (Vildfarelse s. 91).

Sammenfattende kan det udtrykkes således, at manglens grovhed kan erstatte en konkret væsentlighedsvurdering, hvorimod det ikke - foruden opfyldelse af de sædvanligt anerkendte ugyldighedsbetingelser - yderligere kan kræves, at manglen er grov.

Problemet illustreres i den ovenfor omtalte sag om en skolelærers deltagelse i kommunalbestyrelsens beslutning om ansættelse af en inspektør (FOB 1976 s. 150).

Efter at indenrigsministeriet havde fastslået, at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem var inhabil, skulle undervisningsministeriet tage stilling til spørgsmålet om sanktionsanvendelse. Undervisningsministeriet udtaler herom, at der efter ministeriets opfattelse »ikke kan siges noget generelt om, hvilke konsekvenser en konstateret inhabilitet hos et kommunalbestyrelsesmedlem skal have for en af kommunalbestyrelsen truffet afgørelse. Dette må bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde, hvorunder der må tages stilling til, om inhabiliteten har været af en sådan *art og styrke*, at den kan begrunde, at der gives kommunalbestyrelsen pålæg om at annullere den omhandlede beslutning.

Ombudsmanden udtaler heroverfor, at »udtrykket *art og styrke* i undervisningsministeriets udtalelse viser ikke helt klart, hvilke hensyn omkring inhabilitetens karakter ministeriet lægger vægt på«. I det omfang udtrykket henviser til manglens grovhed, fastslår ombudsmanden, at dette kriterium ikke i dansk forvaltningsret opfattes som *en betingelse for*, at en afgørelse kan annulleres, men som element i vurderingen af annullationens virkning som nullitet eller anfægtelighed. Endelig peger ombudsmanden på, at manglens grovhed har været anført som et kriterium for at annullere afgørelsen uafhængigt af en væsentlighedsvurdering.

I øvrigt er der vel næppe tvivl om, at den i afsnit 3. påpegede tendens i retning af at gøre annullation betinget af den retlige mangels konkrete væsentlighed, grundlæggende er udtryk for en kvalificering af den retlige mangel som klar.

Sammenfattende kan anføres, at anskuet som retlige *grænser* for tilsynsmyndighedernes sanktionsanvendelse kan klarhedskriteriets indhold ikke bestemmes uafhængigt af det prøvelsesmønster, der sættes af tilsynets samlede strukturelle indretning og udvikling og i snæver sammenhæng

Fjerde del. Kap.XI.2.1.

hermed af den retskildeforståelse, der udkrystalliserer sig af den faktiske retsudvikling. Klarhedskriteriets indhold må således faktisk være uløseligt forbundet med en *dynamisk* retskildeopfattelse, uden hvilken retstilstanden og udviklingen på området vil være ubegribelig. Dette kommer eksempelvis klart til udtryk i opfattelsen af at annullation, udover at være betinget af den retlige mangels klarhed, også kan være et anvendeligt middel til at etablere retlig klarhed. Tilkendegivelser herom fremsættes eksempelvis i forbindelse med ombudsmandens behandling af spørgsmålet om lærere kan være medlem af det stående udvalg, under hvilket skolevæsenet hører (FOB 1976 s. 171).

Som anført i kap. VIII havde indenrigsministeriet umiddelbart efter styrelseslovens ikrafttræden været af den opfattelse, at lærere ikke var afskåret fra medlemskab i medfør af styrelseslovens § 29, stk. 2. Denne opfattelse bliver af ministeriet ændret i 1972, således at lærere og andet pædagogisk personale inden for det kommunale skolevæsen var generelt inhabile i medfør af § 29, stk. 2. Imidlertid var undervisningsministeriet ikke enig heri, hvorfor indenrigsministeriet ikke fandt tilstrækkeligt grundlag for at anfægte lovligheden af, at lærere - uden administrative funktioner - sad i udvalg, hvorunder skole- og undervisningsvæsenet hørte.

Ombudsmanden tilkendegiver i forhold hertil den opfattelse, at en lærer er inhabil i medfør af § 29, stk. 2 (Redegørelse af 25. november 1976). Om indenrigsministeriets behandling af dette spørgsmål udtaler ombudsmanden, at »under hensyn til indenrigsministeriets stilling som tilsynsmyndighed i forhold til kommunerne og det ministerium, hvorunder den kommunale styrelseslovgivning hører, fandt jeg, at det havde været rigtigst, om indenrigsministeriet - *når ministeriet ikke var enig i denne opfattelse*, som undervisningsministeriet havde givet udtryk for - *klart* havde tilkendegivet sit standpunkt til det her omtalte spørgsmål over for kommunerne, og om *fornødent bragte annullationsbestemmelsen i styrelseslovens § 61 i anvendelse*«.

En sådan dynamisk forståelse af sammenhængen mellem klarhedsbetingelsens tilstedeværelse og tilvejebringelse synes at være i harmoni med det faktiske retsliv, som det kommer til udtryk i forholdet mellem tilsynsmyndighederne (disse indbyrdes) og kommunalbestyrelserne. På det her omhandlede retsområde er de retsanvendende myndigheders retsopfattelse således i vidt omfang udtryk for en faktisk retsskabelsesproces, hvis væsentligste grundlag ofte er de selvsamme myndigheders subjektive

retsopfattelse. I det omfang en sådan retskildeopfattelse lægges til grund vil konstateringen af en *klar* retlig mangel kunne være synonym med viljen til at hævde en bestemt retsopfattelse som den herskende. Og omvendt kan henvisninger til *uklarhed* være udtryk for manglende vilje til at hævde en retsopfattelse som er tilsynsmyndighedens egen.*)

3. Kompetencefordelingen med hensyn til afgørelsen af om der foreligger inhabilitet

Som anført ovenfor har kommunalbestyrelser i forskellige sammenhænge givet udtryk for den opfattelse, at kompetencen til at træffe afgørelse i habilitetsspørgsmål tilkommer kommunalbestyrelsen, en opfattelse som indenrigsministeriet med forskellige grader af klarhed har tilbagevist. På grundlag af en rent sproglig fortolkning kunne styrelseslovens § 14, stk. 1 tages til indtægt for den førstnævnte opfattelse om en kommunalbestyrelsen tilkommende materiel kompetence:

»Kommunalbestyrelsen træffer beslutning om, hvorvidt et medlem har en sådan interesse i en sag, at han er udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens forhandlinger og afstemning om sagen«.

Bestemmelsen har imidlertid alene karakter af en formel kompetenceforskrift. Bestemmelsen fastslår en pligt for kommunalbestyrelsen til at sikre, at der træffes en habilitetsafgørelse. Og det ligger også fast, at denne afgørelse er endelig i forhold til kommunalbestyrelsens medlemmer, indtil afgørelsen eventuelt omgøres eller tilsidesættes. Det betyder, at de enkelte medlemmer uden videre må respektere den af kommunalbestyrelsen truffene afgørelse og den hertil knyttede retsvirkning, og altså eksempelvis ikke kan nægte at forlade mødelokalet med henvisning til afventning af andre myndigheders habilitetsafgørelse. Derimod hjemler bestemmelsen ikke kommunalbestyrelsen den eksklusive materielle kompetence i forhold

*) Jfr. nedenfor og kap. XI og *Kurt Nielsen*: UfR 1982 s. 94ff om kommunalbestyrelsesmedlemmers adgang til internt arbejdsmateriale i den kommunale forvaltning. Forfatteren drøfter indenrigsministeriets mulighed for regulering/fortolkning på tværs af/udover lovgivningen. Jfr. *Preben Espersens* svar UfR 1982 s. 238. Og *Kurt Nielsens* replik s. 253 samt *Preben Espersens* duplik s. 419.

Fjerde del. Kap.XI.3.1.

til de almindelige tilsynsmyndigheder. Der har i teorien været almindelig enighed om at styrelseslovens § 14 udelukkende tager stilling til kommunalbestyrelsens formelle kompetence som 1. instans. § 14 giver således ikke grundlag for en antagelse om, at kommunalbestyrelsens habilitetsafgørelser i materiel henseende skulle have en anden status end den, der udspringer af lovgivningens bestemmelser og forudsætninger om udøvelsen af det almindelige tilsyn.*)

I forhold til habilitetsforskrifterne - som jo har deres grundlag i styrelsesloven og/eller almindelige retsgrundsætninger - er tilsynsmyndighederne selv ressortmyndighed. Det betyder, at tilsynsråd og indenrigsministerium er ansvarlig for fortolkningen/udfyldningen af retsgrundlaget på hvilket kommunalbestyrelsens habilitetsafgørelse skal bedømmes. Spørgsmålet bliver herefter, om og i bekræftende fald i hvilket omfang og på hvilket grundlag kommunalbestyrelsen faktisk overlades denne kompetence.

3.1. Varierende udtryk for eksistensen af en kommunalbestyrelsen tilkommende materiel kompetence

Tilkendegivelser fra tilsynsmyndigheder og kommunalbestyrelser, som synes at forudsætte eksistensen af en kommunalbestyrelsen tilkommende materiel kompetence forekommer i mange varianter. I betragtning af, at grundlaget for de generelle habilitetskrav vedrørende kommunale ansættelsesforhold er formel lov, kan det måske undre, at netop denne del af den samlede habilitetsregulering er særligt repræsenteret med sådanne tilkendegivelser.

At der i kommunalbestyrelserne forekommer en retsopfattelse, hvorefter der tilkommer kommunalbestyrelsen en egentlig materiel kompetence kommer klart til udtryk i sagen, om valget af en skoleinspektør til økonomiudvalget er i strid med styrelseslovens § 29, stk. 2 (TR Ribe 089-561-90-2-77 af 20. juli 1977).

Som grundlag for afgørelsen om at betragte vedkommende som habil udtaler kommunalbestyrelsens flertalsgruppe til tilsynsrådet, at »... byråds-

*) *Nørgaard: Sagsbehandling*,. 2. udg. v/*Jens Garde* s. 63. *Erik Harder: Dansk Kommunalforvaltning* I 4. udg. s. 219. *Preben Espersen: De kommunale beslutninger* I s. 42f.

gruppe mente ... at kunne besætte den gruppen tilkommende plads i økonomiudvalget med ... i erkendelse af den forståelse af indenrigsministeriets praksis, at generelle habilitetsbetragtninger *kun udelukkede sådant medlemskab i det omfang, der var lokal tvivl, og sagen derfor blev rejst over for tilsynsmyndighederne som et problem*«.

Kommunalbestyrelsen henviser i overensstemmelse hermed til en udtalelse fra en anden gruppe i kommunalbestyrelsen, hvori det hedder, at »det er endvidere praksis, at indenrigsministeriet ikke blander sig i disse udvalgsbesættelser, når spørgsmålet ikke rejses«, og endelig at man mener at vide, »at der i flere kommuner landet over sidder skoleinspektører i økonomiudvalget, uden at det har givet anledning til kritik eller tilsynsmyndighedernes indskriden«.

Som eksempel på en noget lignende retsopfattelse udtrykt af en tilsynsmyndighed før styrelsesloven kan anføres sagen, om ansættelse som kommunesekretær kan forenes med, at vedkommende samtidig driver ejendomsmæglervirksomhed (IM 1587 /1960 skrivelse af 2. maj 1961).

Amtsrådet »finder det betænkeligt for sit vedkommende at skride ind ... uagtet amtsrådet som hovedregel finder et ansættelsesforhold som kommunesekretær uforeneligt med udøvelsen af ejendomsmæglervirksomhed«, og »amtsrådet har hermed overladt det til sognerådet selv at tage stilling til de fremførte klagepunkter«.

Som eksempel på en indenrigsministeriel udtalelse af lignende indhold kan anføres et ministerielt svar på spørgsmålet om kommunalt ansattes varetagelse af formandshverv i udvalg (spørgsmålet er rettet til indenrigsministeriets kommunekontor 15. marts 1974).

Indenrigsministeriet giver indledningsvis klart udtryk for en retsopfattelse, hvorefter »eksempelvis en overlærer efter ministeriets opfattelse *ikke* kan være medlem af kulturelt udvalg ...« (ministeriets kursivering). Herefter henviser ministeriet direkte til og udtrykker sin respekt for den kommunalbestyrelsen tilkommende materielle kompetence: »... idet dog ministeriet *ikke direkte vil modsætte sig valget, idet det på den anden side må være byrådet, der afgør, om man er enig med ministeriet i opfattelsen ...*«.

Man bemærker sig i den forbindelse, at habilitetssagens genstand er spørgsmålet om en *overlærer* kan være *formand* for kulturelt udvalg.

En sag fra perioden umiddelbart før gennemførelsen af styrelsesloven vedrører spørgsmålet, om en overenskomstaflønnet teknikumingeniør

Fjerde del. Kap.XI.3.1.

samt en tilsynsførende ved kommunens husmoderafløsere kan være medlem af magistraten (IM 7792/1967, skrivelse af 8. december 1967).

Indenrigsministeriet har i en tidligere skrivelse (af 18. oktober 1967) udtalt, at de pågældende ikke vil kunne indtræde i magistraten som i henhold til kommunens styrelsesvedtægt har indseende med de forvaltningsmæssige forhold i kommunens administration. Indenrigsministeriet tilføjer, at spørgsmålets endelige afgørelse henhører under domstolene.

Den pågældende gruppe fastholder imidlertid det af gruppen foretagne valg, idet man henviser til indenrigsministeriets bemærkning om, »at spørgsmålets endelige afgørelse henhører under domstolene.«

Gruppen læser således indenrigsministeriets udtalelse som et udsagn om, at den i gruppen tilkendegivne retsopfattelse - med forbehold af domstolsprøvelse - er den afgørende/endelige.

For så vidt angår spørgsmålet om kompetencefordelingen mellem den pågældende gruppe og den samlede kommunalbestyrelse udtaler indenrigsministeriet, at spørgsmålet »må afgøres af byrådet«.

Imidlertid stiller indenrigsministeriet ikke krav om, at kommunalbestyrelsen opfylder denne pligt med en formel beslutning om forholdet (jfr. kap. VI, afsnit 7 om initiativ og afgørelsespligt). Indenrigsministeriet udtaler således, at ministeriet må anse den foreliggende situation, hvorefter de pågældende er valgt som medlem og stedfortræder »som tilvejebragt ved byrådets enstemmige beslutning«. Indenrigsministeriet slutter således fra kommunalbestyrelsens manglende formelle tilkendegivelse til kommunalbestyrelsens positive tilslutning til og dermed ansvar for valget. Ministeriet understreger denne sagsbehandlings- og beslutningskonstruktion med en udtalelse til spørgeren om, at »hvis De skønner at dette ikke svarer til byrådets indstilling, må det påhvile Dem at forelægge byrådet at tage stilling til spørgsmålet ...«. Denne formulering peger klart i retning af, at en formel beslutning kun er påkrævet, hvis det kan antages, at der eksisterer et misforhold imellem kommunalbestyrelsens retsopfattelse og det faktisk foretagne valg.

Indenrigsministeriet tilkendegiver dermed også, at kommunalbestyrelsen ikke er retligt forpligtet til at træffe en afgørelse, der materielt er i overensstemmelse med indenrigsministeriets retsopfattelse. Denne retsstilling understreges i indenrigsministeriets efterfølgende udtalelser: »Skulle byrådet ved en sådan *eventuel* afstemning træffe den afgørelse, at de pågældende byrådsmedlemmer ikke vil kunne fungere som medlemmer af

magistraten ..., påhviler det gruppen at fremkomme med ny indstilling ... Nægter den dette, er det ensbetydende med afkald på retten til at besætte den ledige plads ...«. Indenrigsministeriet fastslår således hverken pligt for kommunalbestyrelsen til at tage sagen op (igen) *eller* til positivt at træffe en afgørelse i overensstemmelse med den af indenrigsministeriet tilkendegivne retsopfattelse. Ministeriet giver tværtimod udtryk for, at der i ingen af disse to henseender eksisterer en retlig forpligtelse for kommunalbestyrelsen, omend man dog må være opmærksom på, at ministeriet antager eksistensen af en stiltiende habilitetsafgørelse truffet af kommunalbestyrelsen.

Som et andet eksempel fra perioden før styrelsesloven skal anføres en sag angående spørgsmålet om en tjenestemandsansat overassistent kunne indtræde som medlem af magistraten (FOB 1966 s. 68 jfr. OBM 494-66 af 26. januar 1967).

Indenrigsministeriet udtaler, at en tjenestemandsansat overassistent ikke vil kunne indtræde som medlem af magistraten (skrivelse af 20. april 1966).

Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem klager til ombudsmanden. Ministeriet henviser til, at man i tilfælde, hvor kasse- og regnskabsudvalget (økonomiudvalget/magistrat) som en del af sin virksomhed udøver indseende med forvaltningsmæssige forhold inden for alle kommunale administrationsområder, har udtalt, at personer ansat inden for den kommunale administration ikke kan være medlem af udvalget. Og at dette gælder uanset om en sådan faktisk kompetence er optaget i styrelsesvedtægten eller ej. En sådan retsstilling er også i overensstemmelse med § 24, stk. 6 i kommunens tjenstemands- og pensionsvedtægt, hvorefter »ingen tjenestemand kan have sæde i byrådsudvalg eller anden tilsynsførende myndighed, som han selv er direkte underlagt i tjenstlig henseende«. Denne bestemmelse er helt i overensstemmelse med en af indenrigsministeriet i cirkulære (af 23. januar 1956) udtrykt retsregel.

Indenrigsministeriets retsopfattelse er således for ministeriet selv utvivlsom. På trods heraf håndhæves denne opfattelse ikke af ministeriet som gældende ret. Ombudsmanden udtaler således, at ministeriet *»ikke har truffet afgørelse vedrørende den konkrete sag, men alene en vejledende udtalelse til ... byråd«*.

At den uforbindende udtalelse ikke blot er en form, hvis anvendelse beror på, at spørgsmålet vedrører vedkommendes fremtidige mulighed for

Fjerde del. Kap.XI.3.1.

at indtræde i tilfælde af ledighed, men også reelt er et udsagn om kommunalbestyrelsens materielle kompetence, fremgår af ombudsmandens efterfølgende udtalelse om den fremtidige retsstilling for kommunalbestyrelsen: *»Det er herefter byrådet selv der skal tage stilling til om kommunens administration er organiseret på en sådan måde, at Deres indtræden i magistraten vil komme i strid med den af ministeriet udtrykte retsopfattelse«.*

Denne udtalelse kunne læses som udtryk for, at genstanden for kommunalbestyrelsens frihed ikke er afgrænsningen af jus men derimod vurderingen af faktum. At denne forståelse imidlertid næppe er den (eneste) korrekte, fremgår allerede af det forhold, at indenrigsministeriet som grundlag for sin udtalelse, *har taget stilling til spørgsmålet om faktums subsummering*, og i denne henseende er kommet til det resultat, at sagens faktum *er* omfattet af den regel, ministeriets retsopfattelse er udtryk for. Ombudsmanden oplyser således, *»at ministeriet har udtalt, at det af ... byråd i dets seneste udtalelse oplyste om den magistraten tillagte kompetence i sager vedrørende tjenstlige forhold i den kommunale forvaltning ikke kan foranledige ministeriet til at ændre sin skrivelse af 20. april 1966 til ... byråd tilkendegivne opfattelse«.*

Kommunalbestyrelsens kompetence kan også fremtræde som resultat af, at tilsynsmyndighederne undlader at træffe en egentlig materiel afgørelse i en forelagt sag. Dette var tilfældet i sagen, om en ejendomshandler kan være medlem af teknisk udvalg (som er identisk med ejendomsudvalget) (IM 1972/1130/1600-1, skrivelse af 14. februar 1973).

Kommunalbestyrelsens flertal betragter vedkommende som generelt inhabil. Tilsynsrådet mener derimod ikke, at vedkommende er generelt inhabil (TR Nordjylland 089-18-90-1-1972 af 29. juni 1972).

Kommunalbestyrelsen vil ikke respektere denne tilsynsrådsafgørelse men anker den til indenrigsministeriet. Indenrigsministeriet henviser til den forbindelse, der er mellem den foreliggende interesselype og den i § 29, stk. 2 regulerede. Som følge af usikkerhed forbundet med afgrænsningen af denne bestemmelse afstår ministeriet også i dette tilfælde fra at træffe afgørelse i sagen: *»Indenrigsministeriet har under hensyn til det foranstående ikke ment på det foreliggende grundlag at burde tage endelig stilling til lovligheden af ...'s medlemskab af teknisk udvalg«.*

I en anden tilsvarende sag undlader indenrigsministeriet som følge af

retlig usikkerhed at træffe afgørelse i det forelagte habilitetsspørgsmål. Ministeriet udtaler, at »indenrigsministeriet har under hensyn til det foranstående *ikke* ment på det foreliggende grundlag at burde tage stilling til spørgsmålet om lovligheden af det omhandlede byrådsmedlems medlemskab af byrådets økonomiudvalg og planudvalg«.

I en sag, der bl.a. vedrører forskellige habilitetsspørgsmål i forbindelse med, at kommunen overlader kommunale advokatforretninger til borgmesteren og senere dennes kompagnon, henviser indenrigsministeriet til, at ministeriet ikke i tiden efter kommunalreformen »har taget principiel stilling til spørgsmålet«, og at ministeriet under hensyn til, at borgmesteren har frasagt sig hvervet ikke har ment at burde foretage videre »i *anledning af, at kommunalbestyrelsen har ment at kunne acceptere*, at borgmesteren også efter 1. april 1970 har varetaget kommunens juridiske forretninger« (FOB 1981 s. 98. Indenrigsministeriets skrivelse til kommunaludvalget af 21. december 1978. (IM 1978/123/1418-2 refereret i FOB 1981 s. 100).

Og et andet tilfælde vedrørende forskellige habilitetsspørgsmål opnås i kommunalbestyrelsen koncensus om afgrænsningen af gældende ret, idet »man enedes om ikke at ville erklære nogen af medlemmerne for inhabile«. Tilsynsrådet deler ikke denne opfattelse, og statuerer, at ... er inhabil. Som følge heraf statuerer tilsynsrådet, at »kommunalbestyrelsens beslutning i sagen er derfor ugyldig«. Tilsynsrådet finder dog ikke »på nuværende tidspunkt anledning til at reagere over for den konstaterede ugyldighed«. Som grundlag for denne afgørelse om ikke at udløse retsvirkningen annullation henviser tilsynsrådet til - foruden konkret uvæsentlighed, jfr. nedenfor 4 »*at den samlede kommunalbestyrelse har været enige om ikke at anse noget medlem som inhabil ...*« (TR Ringkøbing 089-0-99-34-83 af 8. december 1983).

Til illustration af, hvor vanskeligt det kan være sprogligt at udskille udtalelser om kommunalbestyrelsens formelle afgørelseskompetence (pligt) og uforbindende tilkendegivelser fra udtalelser om en kommunalbestyrelsen tilkommende materiel kompetence kan anføres en sag om, hvorvidt to kommunalbestyrelsesmedlemmer, der begge er gift med hjemmesygeplejersker, er inhabile i forhold til kommunalbestyrelsens afgørelse af en sag om afskedigelse af en tredje hjemmesygeplejerske (TR Vejle 1978-089-625-98a-2 af 31. august 1978).

Sagen synes grundigt oplyst for tilsynsrådet, og vedkommende fuldmæg-

Fjerde del. Kap.XI.3.2.

tig udtaler: »Efter aftale med amtmanden« er de to kommunalbestyrelsesmedlemmer ikke inhabile, *»men at afgørelsen lå hos kommunalbestyrelsen, og at den endelige afgørelse er et domstolsanliggende«*.

Et andet tilfælde vedrører spørgsmålet, om en lærer ved kommunens skolevæsen er inhabil ved kommunalbestyrelsens behandling og afgørelse af spørgsmålet om klassekvotienten (TR Vejle 1978-089- 625-9-90-2, notat af 7. december 1978). Også denne sag synes ganske grundigt oplyst for tilsynsrådet, og vedkommende fuldmægtig udtaler over for borgmesteren »at den pågældende lærer ikke - efter tilsynsrådets opfattelse - kan anses for at være inhabil, *men at afgørelsen herom ligger hos kommunalbestyrelsen ...«*.

I begge tilfælde ligger i hvert tilfælde en klar påpegning af de formelle kompetenceforhold. Herudover synes der imidlertid også at kunne udledes et materielt forbehold om, at kommunalbestyrelsen kan nå til et andet resultat end tilsynsrådet, uden at dette nødvendigvis vil blive anfægtet af tilsynsrådet, vel at mærke også selvom eventuelt divergerende opfattelser ikke beror på forskelle med hensyn til afgrænsningen af faktum.

3.2. Tilfælde hvor tilsynsmyndighederne ønsker at gennemtvinge deres retsopfattelse

At der i tilfælde hvor tilsynsmyndighederne ønsker at gennemtrumfe en bestemt retsopfattelse ikke for tilsynsmyndighederne er megen tvivl om placeringen af den materielle kompetence (hos tilsynsmyndighederne), fremstår med særlig tydelighed i perioden umiddelbart efter, at den af indenrigsministeriet hævdede retsopfattelse vedrørende kommunalbestyrelsesmedlemmers generelle habilitet autoritativt er fastslået ved styrelseslovens § 29, stk. 2. Indenrigsministeriet giver således klart udtryk for sin retsopfattelse i udtalelser som - uanset deres form - absolut ikke er tænkt at være uforbindende. Dette forhold kan eksempelvis illustreres ved sagen, om en pædagogisk leder af et undervisningscenter for handicappede børn kan være medlem af kommunalbestyrelsens ungdoms- og skoleudvalg (IM 1970/1201/1023-1 af 12. marts 1971).

Indenrigsministeriet konstaterer, at kommunalbestyrelsen »uanset de af indenrigsministeriet i sagen *afgivne udtalelser ...* ikke har anmodet en valggruppe om at udpege et nyt medlem«.

Og indenrigsministeriet udtaler til tilsynsrådet om kommunalbestyrelsens kompetence: At »bestemmelsen i styrelseslovens § 29, stk. 2 ikke

tillægger kommunalbestyrelsen nogen kompetence til endeligt at afgøre habilitetsspørgsmålet, der i sidste instans henhører under domstolene, og at det påhviler byrådet at pålægge den valggruppe ... at udpege et nyt medlem (indenrigsministeriets kursivering). Såfremt den pågældende valggruppe undlader dette, må undladelsen opfattes som afkald på retten til at besætte den ledige plads, og retten hertil må herefter tilkomme en anden af kommunalbestyrelsens grupper« (jfr. § 24, stk. 3, sidste punktum).

Her er således utvetydigt angivet kommunalbestyrelsens pligt og krav om denne pligts gennemførelse.

Tilsynsrådet gentager dette over for kommunalbestyrelsen og tilføjer i forbindelse med sin annullation af det foretagne valg, »at der ingen hjemmel er til at give dispensation fra bestemmelsen i § 29, stk. 2 ... således at den pædagogiske leder får tilladelse til at forblive som medlem i den resterende del af indeværende byrådsperiode« (TR Sønderjylland 089-23-99-2-71 af 17. maj 1971).

Tilsvarende i sagen, om en skoleinspektørs medlemskab af økonomiudvalget (IM 1970/1202/1508-1, skrivelse af 14. maj 1970). Under henvisning til § 29, stk. 2 sammenholdt med lovens § 18, stk. 2, jfr. styrelsesvedtægtens § 19, stk. 2, (hvorefter økonomiudvalget har indseende med de finansielle og forvaltningsmæssige forhold inden for samtlige kommunens administrationsområder), har indenrigsministeriet tidligere tilkendegivet, at vedkommende ikke kan være medlem af økonomiudvalget.

Imidlertid er et flertal af kommunalbestyrelsen indstillet på at udsætte spørgsmålet om økonomiudvalgets sammensætning indtil nogle nærmere angivne spørgsmål er besvaret af indenrigsministeriet. Indenrigsministeriet reagerer herpå med en understregning af, at der ikke for kommunalbestyrelsen eksisterer nogen frihed i forhold til et tilfælde som det foreliggende, idet skoleinspektører »generelt« må anses for udelukket fra medlemskab af økonomiudvalget.

Indenrigsministeriet påpeger, at »det påhviler kommunalbestyrelsen at tage stilling til, om et af en valggruppe udpeget medlem i henhold til § 29, stk. 2 er udelukket fra valg«, og hvis dette er tilfældet »at anmode den pågældende gruppe at udpege et nyt medlem«. Indenrigsministeriet gentager den ovenfor anførte virkning af undladelse i denne henseende, og ministeriet tager herudover stilling til følgerne af en kommunalbestyrelses eventuelle undladelse af at udpege et nyt medlem. I så fald, udtaler indenrigsministeriet »påhviler det vedkommende kommunes tilsynsmyn-

Fjerde del. Kap.XI.3.2.

digheder at træffe de fornødne foranstaltninger, herunder eventuelt bestemmelser om tvangsbøder, jfr. bestemmelsen i § 61 ...«. Som en ekstra understregning af retsgrundlagets absolut præceptive karakter udtaler indenrigsministeriet om tidspunktet for retsvirkningen, at vedkommendes udtræden af økonomiudvalget skal finde sted »*straks*«.

Indenrigsministeriet konstaterer, at kommunalbestyrelsen »uanset de af indenrigsministeriet *i sagen afgivne udtalelser* ikke har anmodet en valggruppe ... om at udpege et nyt medlem«. Indenrigsministeriet oversender herefter sagen til tilsynsrådets videre foranstaltning og udtaler i den forbindelse til tilsynsrådet, »at bestemmelsen i § 29, stk. 2 ikke tillægger kommunalbestyrelsen *nogen kompetence til endeligt at afgøre habilitets-spørgsmål*, der i sidste instans henhører under domstolene ...«.

Som eksempel på at denne linje adopteres af tilsynsrådene kan anføres en sag, der bl.a. vedrører spørgsmålet, om ansættelse som sekretær for kommunens sundhedsplejerske kan forenes med vedkommendes medlemskab af det sociale udvalg (IM 1974/12012 /1403-1 af 10. marts 1975).

Kommunalbestyrelsen anser på grundlag af en konkret vurdering vedkommende for habil. Denne afgørelse annulleres af tilsynsrådet i medfør af styrelseslovens § 61 med en udtalelse om, at »... byrådets kompetence til *endeligt at afgøre* sådanne spørgsmål har til forudsætning, at der handles inden for lovens rammer ...«. (TR Århus 0881-705-3-1974 af 17. december 1974) (tilsynsrådets kursivering).

Den af kommunalbestyrelsen anlagte konkrete vurdering, hvorefter det pågældende tilknytningsforhold kun i ringe omfang ville give anledning til speciel inhabilitet, tilsidesættes af tilsynsrådet med en udtalelse om, at »§ 29, stk. 2 gælder, uanset om der foreligger sager, hvor den pågældende kan siges at være konkret inhabil ...«.

Tilsynsrådet opfatter således § 29, stk. 2 som en bestemmelse med retsvirkning efter sit indhold, hvorfor rådet videre kan udtale, at da kommunalbestyrelsens afgørelse »således efter tilsynsrådets opfattelse er i strid med lovgivningen, har man vedtaget at sætte byrådets beslutning ud af kraft, jfr. § 61, stk. 1 i styrelsesloven«.

Dette skal ses på baggrund af, at tilfældet ligger i periferien af § 29, stk. 2's område, et forhold der understreges af oplysningerne om interessekonfliktens konkrete omfang.

Det oplyses, at der er tale om en deltidsstilling med 16 timers ugentligt arbejde. Og kommunalbestyrelsen påpeger herudover interessekonfliktens

konkret ringe omfang. I perioden 1/8 1972 - 1/4 1974 har udvalget således kun behandlet 5 sager vedrørende kommunens sundhedsplejeordning, og vel at mærke sager af »perifer betydning« ud af en samlet mængde sager på 700. Indenrigsministeriet udtaler blot, at hun er omfattet af § 29, stk. 2, hvorfor indenrigsministeriet ikke har fundet grundlag for at ændre den af tilsynsrådet truffe afgørelse. (Dette skal ses på baggrund af den margin for afgrænsningsfrihed, indenrigsministeriet i øvrigt har indrømmet kommunalbestyrelserne i perioden op til denne afgørelse).

At den anførte retsopfattelse ikke er knyttet til eller afhængig af retsgrundlagets karakter af skreven ret kommer til udtryk i det forhold, at tilsynsrådet også annullerer kommunalbestyrelsens beslutning om, at hun kan være medlem af kulturelt udvalg til trods for hendes ægteskab med skoleinspektøren ved en af kommunens skoler. Dette forhold er ikke omfattet af § 29, stk. 2, hvorfor retsgrundlaget må søges i uskrevene grundsætninger af mere usikkert indhold.

Kommunalbestyrelsens afgørelse bygger på en konkret vurdering, ifølge hvilken omfanget af speciel inhabilitet er ringe såvel absolut som relativt i forhold til udvalgets samlede sagsmængde. Tilsynsrådet tilsidesætter kommunalbestyrelsens afgørelse med henvisning til tillidshensynet, uden at rigtigheden af kommunalbestyrelsens vurdering i øvrigt anfægtes.

Tilsynsrådets afgørelse påklages af kommunalbestyrelsen til indenrigsministeriet. Indenrigsministeriet fastslår kommunalbestyrelsens kompetence som en formel pligt for kommunalbestyrelsen til at træffe en afgørelse. Jfr. indenrigsministeriets udtalelse om, at hvor der kan rejses tvivl om, hvorvidt et kommunalbestyrelsesmedlem er afskåret fra medlemskab af et af kommunalbestyrelsens udvalg, »påhviler det kommunalbestyrelsen på grundlag af en konkret bedømmelse at træffe beslutning om, hvorvidt det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem må anses for udelukket fra medlemskab af det pågældende udvalg.«

Den af kommunalbestyrelsen truffe afgørelse forudsættes heller ikke af indenrigsministeriet at være forlenet med nogen særlig materiel bestand over for tilsynsmyndighedernes prøvelse. Indenrigsministeriet udtaler således, at »den af kommunalbestyrelsen truffe beslutning kan sættes ud af kraft af tilsynsmyndighederne i medfør af bestemmelsen i styrelseslovens § 61, såfremt beslutningen findes stridende mod lovgivningen.«

At dette forbehold heller ikke af indenrigsministeriet tilsigter at udtrykke en kvalificering som materielt begrænser tilsynsmyndighedernes kompe-

Fjerde del. Kap.XI.3.2.

tence i en prøvelsessammenhæng fremgår klart af grundlaget for indenrigsministeriets sanktionering af tilsynsrådets afgørelse om annullation.

Indenrigsministeriet fastslår således indledningsvis, at »der efter indenrigsministeriets opfattelse intet er til hinder for, at en person *i medfør af almindelige forvaltningsretlige grundsætninger* kan være udelukket fra medlemskab . . . uden for de tilfælde, hvor dette har udtrykkelig hjemmel i lovgivningen.«

Som anført bygger kommunalbestyrelsens afgørelse på en konkret vurdering, hvorefter speciel inhabilitet kun vil indtræde i ringe omfang.

Indenrigsministeriet går imidlertid ikke ind i vurderingen af forholdet mellem denne og tilsynsrådets modsatte opfattelse. Indenrigsministeriet henviser blot til tilsynsrådets udtalelse, hvorefter vedkommende . . . »på grund af sit ægteskab med en skoleinspektør ved kommunens skolevæsen ofte ved . . . behandling af skolesager vil befinde sig i en konkret interessekonflikt . . .«

»Indenrigsministeriet har herefter ikke fundet noget grundlag for at kritisere det af tilsynsrådet udøvede skøn over betænkelighederne ved . . .’s medlemskab af kulturelt udvalg.«

At indenrigsministeriets stillingtagen ikke uden videre kan forstås som bestemt af, at sagens genstand også er en tilsynsrådsafgørelse, kommer klart til udtryk, når indenrigsministeriet i en anden sag ophæver en *tilsynsrådsafgørelse*, som – under henvisning til et kommunalbestyrelsesmedlems inhabilitet, annullerer kommunalbestyrelsens beslutning om ændret udbygningsplan for folkeskolen og fritidsundervisningen (FOB 1980 s. 582). Grundlaget for indenrigsministeriets vidtgående skridt er, at ministeriet ikke kan tilslutte sig tilsynsrådets afgørelse, hvorefter en pedel på en af de omfattede skoler er inhabil. Uanset hvad man måtte mene om en sådan afgrænsning af habilitetskravene vedrørende kommunale ansættelsesforhold, kan det konstateres, at tilsynsrådets retsopfattelse har støtte i tidligere indenrigsministeriel og ombudsmandspraksis, jfr. overfor kap. VII.

3.3. Tilsynsmyndighedernes dispensation fra gældende ret

Som anført i kap. VIII varer den med § 29, stk. 2 etablerede sikkerhed med hensyn til habilitetskravenes indhold og rækkevidde ikke længe. Og at tilsynsmyndighedernes respekt for sædvanlige retskildeforestillinger om

den formelle lovs primat er snævert forbundet med og afhængig af tilsynsmyndighedernes egen subjektive retsopfattelse kommer klart til udtryk i den efterfølgende periode præget af indenrigsministeriel retsusikkerhed. Usikkerheden giver sig bl.a. udtryk i, at tilsynsmyndighederne udtaler foreløbigt at ville respektere den af kommunalbestyrelserne tilkendegivne divergerende retsopfattelse, hvilket ofte praktiseres på den måde, at der faktisk dispenseres fra retsvirkningen knyttet til § 29, stk. 2. Tilsynsmyndighedernes ovenfor anførte understregning af retsgrundlagets absolut præceptive karakter udtrykkes som påpeget også klart i tilkendegivelser om den manglende hjemmel for tilståelse af tidsbegrænsede dispensationer fra retsvirkningen af § 29, stk. 2. I den ovenfor anførte sag, i hvilken indenrigsministeriet fastslår, at vedkommendes udtræden af økonomiudvalget skal finde sted »straks«, har indenrigsministeriet hermed også implicit taget stilling til kommunalbestyrelsens beslutning om at indhente tilsynsmyndighedernes godkendelse af, at den pågældende fik tilladelse til, »at forblive som medlem af skole- og ungdomsudvalget i den resterende del af indeværende byrådsperiode på betingelse af, at han udelukkes fra at deltage i forhandlinger og afstemninger i sager vedrørende ... skole« (IM 1970/1201/1023-1 af 12. marts 1971). Dette gentages eksplicit af tilsynsrådet, idet rådet i forbindelse med annullation af det foretagne valg i medfør af styrelseslovens § 61 udtaler, »at der ingen hjemmel er til at give dispensation fra bestemmelsen i § 29, stk. 2 ... således at den pædagogiske leder får tilladelse til at forblive som medlem af ... i den resterende del af indeværende byrådsperiode«. Tilsvarende udtaler et tilsynsråd i forbindelse med stillingtagen til, om en heltidsbeskæftiget hjælpepedel - på timeløn - kan være medlem af kulturelt udvalg, »at pågældende heller ikke er berettiget til at bevare sit medlemskab af kulturelt udvalg for den resterende valgperiode« (TR Århus 0881-725-3-1977 af 28. november 1977).

I modsætning hertil giver den ny usikkerhed sig udtryk i tilsynsmyndighedernes tilkendegivelse af foreløbigt at ville respektere kommunalbestyrelsens retsopfattelse ved at der faktisk dispenseres fra § 29, stk. 2 for den pågældende valgperiode. Eksempelvis kan anføres en sag, i hvilken indenrigsministeriet udtrykker tvivl med hensyn til om en opsynsmand ved kommunens forbrændingsanstalt er afskåret fra at være medlem af økonomiudvalget (IM 1971/1209/1514-1 af 5. maj 1971). Ministeriet udtaler, ikke at ville gribe ind forinden en endelig afklaring af spørgsmålet er sket, og

Fjerde del. Kap.XI.3.3.

anfører herefter: »men det må forventes, at det nuværende forhold kun kan opretholdes til udgangen af denne valgperiode«.

Den nyopståede usikkerhed gælder som anført i kap. VIII ikke blot de for økonomiudvalget gældende habilitetskrav, men strækker sig langt ind i kerneområdet af de stående udvalg. I en sag om en lærer kan være formand for og medlem af kulturelt udvalg udtaler indenrigsministeriet under henvisning til usikkerhed og igangværende principielle overvejelser, at »det ikke kan udelukkes, at resultaterne af disse overvejelser vil medføre, at det pågældende byrådsmedlem i givet fald vil blive afskåret fra at genbesætte sin plads i det kulturelle udvalg i næstkommende valgperiode« og at indenrigsministeriet ikke har »ment på det foreliggende grundlag at burde udtale sig mod overlærerens medlemskab af kulturelt udvalg i *den resterende del af indeværende kommunale valgperiode*« (IM 1973/12012/0408-1 af 14. februar 1973).

Som eksempel på tilsynsrådernes adoption af den indenrigsministerielle usikkerhed og rådernes identiske administration af denne usikkerhed kan anføres sagen, om en deltidssekretær ved kommunens skolevæsen kan være formand for kulturudvalget og skolebiblioteksudvalget (TR Ribe 089-551-1-1-75 af 23. december 1975). I første omgang statuerer tilsynsrådet - omend med en vis usikkerhed - inhabilitet, hvorfor rådet »må finde det rettest, at der, såfremt hun ønsker at bevare ansættelsesforholdet, udpeges et andet medlem«. Efter et møde afholdt på kommunalbestyrelsens initiativ ændrer tilsynsrådet imidlertid opfattelse og udtaler, at rådet »*indtil videre vil undlade at benytte sin beføjelse til at sætte beslutningen om valg af den pågældende ... ud af kraft*«. Om grundlaget herfor henvises - i et referat fra mødet mellem kommunalbestyrelsen (borgmesteren) og tilsynsrådet - til »den usikkerhed, der gør sig gældende i indenrigsministeriet og dets utilbøjelighed til at udtale sig, før man har tilendebragt drøftelserne med Kommunernes Landsforening angående nye retningslinjer, mundende ud i formentlig et lovforslag« (referatskrivelse af 2. februar 1976).

I denne sammenhæng skal da også nævnes tilsynsmyndighedernes foregriben af en mulig fremtidig lovændring af reglerne om generel inhabilitet som følge af ægteskab. Således blev lovændringen i 1984 praktiseret af tilsynsmyndighederne to år før lovens ikrafttræden, idet der som grundlag for at statuere habilitet blev henvist til indenrigsministeriets mulige fremsættelse af et lovforslag. Således i en sag om et kommunalbestyrelsesmedlems habilitet i det sociale udvalg, når vedkommendes ægte-

fælle er ansat som hjemmesygeplejerske under det sociale udvalgs forvaltningsområde (TR Ringkøbing 089-0-99-34-82 af 18. november 1982, jfr. samme tilsynsråd 089-0-99-26-82 af 18. november 1982). Såvel kommunalbestyrelsen som tilsynsrådet henviser til indenrigsministeriets praksis, d.v.s. afgørelser indenrigsministeriet »som øverste tilsynsmyndighed har truffet«, hvorefter vedkommende må være afskåret fra medlemskab. »Da indenrigsministeren imidlertid har bebudet, at der meget snart vil blive fremsat lovforslag til en ændring af den gældende retstilstand, ... *finder tilsynsrådet ikke for tiden anledning til at skride ind over for valget af ... til medlem af det sociale udvalg*«. I et andet tilfælde udtales det ligeledes, at »da man er bekendt med at der er overvejelser om en lovændring på området ... finder ... at en klage fra byrådet til indenrigsministeriet bør have opsættende virkning (TR Århus 089-713-90-25-1982 af 15. september 1983).

3.4. Prøvelsens karakter af generel normering eller konkret retshåndhævelse

I grundlaget for vurderingen af den behandlede tilsynspraksis som *retlig grænse* for kommunalbestyrelsens materielle kompetence må også indgå de forudsætninger som ligger til grund for tilsynets adfærd i henseende til, om det overordnede sigte er generel normering eller konkret retshåndhævelse.

Som påpeget er tilsynsmyndighedernes muligheder for med retligt bindende virkning at styre kommunernes retsanvendelse formelt begrænset til anvendelse af de i styrelseslovens § 61 angivne retsmidler over for *konkrete* afgørelser og beslutninger truffet af kommunalbestyrelsen.

Tilsynsmyndighederne har således ikke adgang til retligt bindende normering via udstedelse af generelle regler gældende for kommunalbestyrelsen (jfr. *Harder II* s. 235).

Den faktiske udstrækning af de heri liggende begrænsninger vil imidlertid afhænge af omfanget og karakteren af tilsynsmyndighedernes retsnormerende virksomhed på grundlag af uforbindende udtalelser samt den grad af regeldannelse, der kommer til udtryk i tilsynsmyndighedernes konkrete afgørelser. Herunder sådanne afgørelsers præcedensskabende effekt, d.v.s. kommunalbestyrelsens vilje til at respektere tilsynsmyndighedernes retsopfattelse eller i mangel af sådan vilje, kommunalbestyrelsens mulighed for at sidde tilsynsmyndighedernes retsopfattelse overhørig.

Sondringen generel normering/konkret retshåndhævelse lader sig imid-

Fjerde del. Kap.XI.3.4.

lertid lettest gennemføre på et ret højt abstraktionsniveau. I forhold til de enkelte afgørelser som indgår i tilsynspraksis er sondringen derimod udtryk for en grov kategorisering, som umiddelbart kun lader sig gennemføre fuldt ud i forhold til relativt få klare tilfælde, medens praksis i øvrigt er af yderst sammensat karakter. Med disse forbehold kan den generelle normering siges at tendere i retning af et bedømmelsesgrundlag, som er mere frigjort fra bindinger af såvel processuel som materielretlig karakter, medens den konkrete retshåndhævelse vil tendere i retning af mere strikt iagttagelse af de retsregler der gælder for forholdet mellem tilsynsmyndighederne og kommunalbestyrelsen. Sagt i bred almindelighed er den konkrete retshåndhævelse bagudrettet og snævert regelfokuseret, medens den generelle normering i forhold hertil er fremadrettet med heraf følgende mindre fokus på den konkrete sag som sådan og dermed også mindre fokusering på de formelle og materielle betingelser for retsudøvelse.

Eksempelvis vil konkret retshåndhævelse tendentielt afstedkomme en understregning af bedømmelsesgrundlagets »konkrete« karakter, idet anvendelse af eller trussel om anvendelse af retsmidler i højere grad giver anledning til at sætte spørgsmålstegn ved tilsynsafgørelsens retskildemæssige grundlag og holdbarhed, når afgørelsen fremtræder som resultat af regelanvendelse i modsætning til konkrete interessevurderinger. Tilsvarende afføder den konkrete retshåndhævelse tendentielt en understregning af processuelle betingelsers opfyldelse.

Anvendelse af egentlige retsmidler har således som afgørende forudsætning, at der skal være truffet en kommunalbestyrelses*afgørelse*. Denne afgørelse skal være behæftet med en *retlig mangel*. Den retlige mangel skal være konstateret/tilkendegivet i en egentlig retsforbindende tilsynsafgørelse i modsætning til en uforbindende tilsyns*udtalelse*. Denne sidstnævnte sondring tillægges ikke blot afgørende betydning ved fastlæggelsen af kommunalbestyrelsens retsstilling i den konkrete tilsynssag, men også i forbindelse med vurderingen af tilsynsafgørelsens retskildemæssige værdi/status. Imidlertid er eksistensen af en retlig mangel nok en nødvendig men ikke en tilstrækkelig betingelse for tilsynets anvendelse af retsmidler eller udstedelse af retligt forbindende afgørelser. Og selvom betingelserne herfor er opfyldt, indrømmes der i praksis tilsynsmyndighederne en endog meget bred margin i valget mellem den retligt bindende afgørelse eller uforbindende tilkendegivelse. Anskuet under ét giver tilsynsmyndigheder-

nes anvendelse af disse muligheder indtryk af forskellige - ofte til det modsigelsesfulde grænsende - tendenser. En samlet forståelse heraf kan ikke etableres uafhængigt af en mere overordnet og samlet tilgang til problemstillingen, jfr. kap. XV. På dette sted vil sigtet være at påvise spændvidden i de standpunkter, som tilsynsmyndighederne har indtaget i de enkelte afgørelser.

De i praksis forekommende variationer spænder over en omfattende skala af muligheder. Fra forudsætninger om adgang til udstedelse af egentlige regler (a), til egentlig afvisning af responderende virksomhed (b), og tilfælde karakteriseret ved regeldannelse i forbindelse med bedømmelsen af konkrete tilfælde (c), slækkelse af kravet om eksistensen af en kommunal afgørelse som forudsætning for en tilsynsudtalelse (d), tilfælde af uforbindende subsumption af enkelttilfælde under reglen (e), samt endelig tilfælde karakteriseret ved at der i almindelighed kan sættes spørgsmålstegn ved begrebet uforbindende (f).

a. Indenrigsministeriet har på den ene side givet udtryk for, at »indenrigsministeriet aldrig har ønsket at få indflydelse på detailstyringen. *Det gælder også i forhold til inhabilitetsreglerne*«. (Danmarks Amtsråd nr. 1 1980 s. 5). På den anden side har indenrigsministeriet også meddelt, at spørgsmålet om udarbejdelse af »en form for vejledning til brug for landets kommunalbestyrelser var under overvejelse i indenrigsministeriet« (IM 1982/123/1617-2, af 23. juni 1983). Foreholdt dette i forbindelse med en kommunalbestyrelses anmodning om mere »præcise retningslinjer« svarer indenrigsministeriet imidlertid, at ministeriet har opgivet tanken herom under hensyntagen til, at habilitetsafgørelser *altid* må forudsætte en konkret interessevurdering:

»Da afgørelsen af, om et kommunalbestyrelsesmedlem må anses for at være specielt inhabil imidlertid altid forudsætter en vurdering af det konkret foreliggende tilfælde, har indenrigsministeriet imidlertid efter nøje overvejelse ikke fundet det muligt at udarbejde en vejledning som den omtalte. En vejledning kunne befrygtes at føre til, at der i praksis blev opstillet faste regler, der ikke tog hensyn til de individuelle omstændigheder, der foreligger i enhver sag. Ministeriet har derfor besluttet ikke at udsende en sådan vejledning«. (IM 1982/123/1617-2 af 23. juni 1983, jfr. TR Nordjylland, skrivelse af 5. oktober 1982).

Denne forudsætning om habilitetsbedømmelsens konkrete karakter er imidlertid ikke til hinder for, at såvel kommunalbestyrelser som tilsynsråd

Fjerde del. Kap.XI.3.4.

opfatter indenrigsministeriets praksis som retskilde. Jfr. således når tilsynsrådet som grundlag for konkret retsanvendelse henviser til indenrigsministeriets praksis i betydningen afgørelser som ministeriet »*som øverste tilsynsmyndighed har truffet*« (TR Ringkøbing 089-0-99-34-82 og samme tilsynsråd 089-0-99-26-82 begge af 18. november 1982).

I en forespørgsel fra en kommunalbestyrelse til tilsynsrådet om, i hvilket omfang et kommunalbestyrelsesmedlem, der er skoleinspektør ved en af kommunens skoler er inhabil ved behandlingen af sager »der vedrører den pågældende skole« henvises i forespørgslen til »at en række tilsynsrådsafgørelser strengt har statueret inhabilitet, men at der nu synes at herske en lempeligere fortolkning. Der henvises i den forbindelse til udviklingen i indenrigsministeriets afgørelser af 10. april 1979, 11. marts 1980 og 5. februar 1981 ...«. Tilsynsrådet udtaler hertil, at habilitetsafgørelser altid, også hvor de vedrører kommunale ansættelsesforhold, »afgøres efter en konkret vurdering af forholdene i den enkelte sag« (TR sønderjylland 089-515-99-1-83 af 19. januar 1983).

I en anden sag forelagt det samme tilsynsråd henviser klagerne til tilsynsrådets og indenrigsministeriets tidligere praksis i lignende sager. Tilsynsrådet er for så vidt opmærksom på, at dets afgørelser repræsenterer en ændring i forhold til denne praksis, idet rådet udtaler, at ... ikke kan antages at have en så væsentlig interesse i sagen, at »*De efter den nuværende praksis på området burde udelukkes ...*« (TR Sønderjylland 089-513-99-4-81 af 23. november 1983).

b. Som eksempel på, at tilsynsmyndighederne ganske afviser at tage materiel stilling til et forelagt habilitetsspørgsmål, under henvisning til ikke at ville tilsidesætte kommunalbestyrelsens kompetence, skal anføres sagen, om et kommunalbestyrelsesmedlem er inhabil som formand for ... kommunes miljøudvalg, når vedkommende er ansat som fabriksinspektør ved arbejdstilsynet (TR Fyn 1978-089-479-9-3 af 4. august 1978).

Som grundlag herfor henviser tilsynsrådet til, at »afgørelsen om byrådsmedlemmers habilitet i henseende til ovennævnte lovbestemmelse kan træffes af kommunalbestyrelsen, hvis afgørelse kan indbringes for tilsynsrådet. *Såfremt tilsynsrådet inden spørgsmålets forelæggelse i kommunalbestyrelsen træffer afgørelse, ville tilsynsrådet afskære kommunalbestyrelsen fra at tage stilling til spørgsmålet*«.

Rådet forudsætter således, at der heller ikke kan fremsættes uforbinden-

de udtalelser forud for en kommunalbestyrelses afgørelse i medfør af styrelseslovens § 14. Den uforbindende udtalelse har jo ellers netop til forudsætning, at kommunalbestyrelsen ikke afskæres fra at træffe afgørelse på grundlag af en afvigende retsopfattelse.

Anføres skal også en sag, i hvilken kommunalbestyrelsen i forbindelse med genforhandling af »en tidligere vedtaget skolestrukturplan for hele kommunen« har rettet et par meget konkrete habilitetsspørgsmål til tilsynsrådet (TR Vestsjælland 089-E30-9 -15-72 af 20. januar 1977).

Ifølge den først vedtagne strukturplan skulle X skole nedlægges. Ifølge den ændrede plan skal X skole eventuelt ikke nedlægges. Beslattes nedlæggelse også i den ny strukturplan skal eleverne fra X skole overflyttes til Y centralskole, »hvilket kan ske uden forøgelse af lokaler, lærere m.v.«.

På baggrund heraf spørges om, hvorvidt en viceskoleinspektør ansat ved Z skole, »der ikke på nogen måde vil blive berørt af X skoles nedlæggelse eller bevarelse«, vil være inhabil. Kommunalbestyrelsen er af den opfattelse, at inhabilitet ikke foreligger.

Det andet spørgsmål vedrører et kommunalbestyrelsesmedlem, som er formand for skole- og kulturudvalget. Hendes ægtefælle er ansat som overlærer ved Y centralskole, hvortil eleverne fra X skole som anført skal overføres. Men henvisning til at dette ikke medfører stillingsændring for vedkommende ægtefælle mener kommunalbestyrelsen, at der heller ikke i dette tilfælde foreligger inhabilitet.

Kommunalbestyrelsen har således forelagt tilsynsrådet to yderst konkret udformede spørgsmål, og kommunalbestyrelsen har tilmed i forbindelse med disse spørgsmål tilkendegivet sin egen retsopfattelse (potentielle afgørelse).

Alligevel vælger tilsynsrådet at reagere på kommunalbestyrelsens henvendelse med en udtalelse om, »at rådet ikke mener med bindende virkning at burde udtale sig på forhånd om den aktuelt foreliggende sag, idet afgørelsen heraf i medfør af § 14, stk. 1 i lov om kommunernes styrelse i 1. instans henhører under kommunalbestyrelsens afgørelse«.

Selvom tilsynsrådet vedlægger to indenrigsministerielle afgørelser til kommunalbestyrelsens orientering, må rådets reaktion siges at være udtryk for en meget høj grad af tilbageholdenhed. Kommunalbestyrelsen beder netop ikke om en afgørelse med »bindende virkning«, og der synes intet principielt at være i vejen for, at tilsynsrådet fremkommer med en uforbindende udtalelse, hvori der konkret tages stilling til de af kommunal-

Fjerde del. Kap.XI.3.4.

bestyrelsen stillede spørgsmål. Med den valgte fremgangsmåde bliver tilsynsrådet nærmest direkte ansvarlig for, at en eventuel forkert kommunalbestyrelsesafgørelse alene kan rettes op med anvendelse af retsmidler til efterfølgende sanktionering af tilsynsrådets retsopfattelse.

Anføres kan også en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem, der tillige er medlem af havneudvalget, og samtidig andelshaver i ... andelssvineslagteri, er inhabil i sager vedrørende slagteriets problemer på havnen (TR Fyn 1979-089-431-9-9 af 4. februar 1980).

Tilsynsrådet udtaler, at spørgsmålet om habilitet »må besvares ud fra konkret vurdering af omstændighederne i det enkelte tilfælde, og *tilsynsrådet ser sig derfor ikke i stand til på det foreliggende grundlag at fremkomme med en almindelig udtalelse om gårdejer ...'s habilitet ...*«.

c. I forhold hertil slækkes det angivne hensyn til kommunalbestyrelsens fri beslutningsmulighed (-ret) ved modificering af kravet om eksistensen af en kommunal afgørelse i forbindelse med en så formaliseret afgrænsning af bedømmelsesgrundlaget, at kommunalbestyrelsens habilitetsafgørelse faktisk regelbindes.

Således når tilsynsrådet udtrykker »betænkelighed ved at tage konkret stilling til spørgsmålet om et byrådsmedlems habilitet, når dette spørgsmål *endnu ikke har været behandlet i byrådet*«. Hvorefter tilsynsrådet fremkommer med den ovenfor anførte uforbindende udtalelse: »Efter at ... er gjort bekendt med sagen, finder man dog vejledende at kunne udtale følgende« (TR Sønderjylland 089-23-99-5-79 af 14. december 1979).

Som klar illustration heraf kan anføres sagen om speciel inhabilitet i forhold til en kontorchef ved økonomisk forvaltning, som er medlem af teknisk udvalg samt udvalget for faste ejendomme (TR Fyn 089-431-9-3 af 7. juni 1979).

Tilsynsrådet udtaler herom, at han må »generelt anses for inhabil i *alle administrative sager, herunder personalesager i byrådet og udvalg vedrørende hele den centrale kommunalforvaltning*«.

Denne høje grad af formalisering/regeldannelse skal ses på baggrund af, at tilsynsrådet har det her omhandlede kompetencespørgsmål for øje, jfr. rådets udtalelse om, at rådet har »overvejet formen for en besvarelse og har herunder ment, at det, *da byrådet ikke selv har tilkendegivet sin opfattelse, bør indskrænke sig til at fremkomme med følgende generelle betragtninger*«.

Man bemærker sig at tilsynsrådet ifølge denne formulering ikke fordrer en egentlig kommunalbestyrelses*afgørelse* men blot en *tilkendegivelse af ... retsopfattelse* som betingelse for tilsynsrådets fulde kompetence.

d. En i forhold hertil yderligere begrænsning i kommunalbestyrelsens faktiske afgørelsesfrihed foreligger, når tilsynsmyndigheden ikke blot via bedømmelsesgrundlagets formalisering regelbinder kommunalbestyrelsens afgørelse, men herudover også - omend stadig uforbindende - foretager subsumptionen.

Til illustration heraf skal anføres en sag, i hvilken tilsynsrådet henviser til indenrigsministeriets skrivelse vedrørende det samme kommunalbestyrelsesmedlems habilitet (IM 1979/123/1007-2 af 11. marts 1980). Af denne skrivelse fremgår, at spørgsmålet om inhabilitet »må afgøres ud fra en konkret vurdering af omstændighederne i det enkelte tilfælde«.

Tilsynsrådet udtaler, at rådet »derfor ikke finder at burde besvare det rejste spørgsmål *generelt* men skal dog bemærke ...«. Herefter følger så en *generelt formuleret* retningslinje: »At loyalitetshensyn over for et samlet skolevæsen eller solidaritetshensyn over for kolleger i almindelighed næppe vil være tilstrækkeligt til at begrunde inhabilitet, når den afgørelse, der er tale om, hverken har nævneværdig direkte eller afledet virkning for det pågældende byrådsmedlem eller hans tjenestested« (TR Sønderjylland 089-7-99-9-79 af 17. marts 1980).

Herefter *subsummerer* tilsynsrådet *det foreliggende forhold under denne retningslinje*, og når til det resultat, at der ikke er grundlag for at udtale kritik af de pågældende kommunalbestyrelsesmedlemmers deltagelse i behandling af sagen.

Som et andet meget klart eksempel kan anføres en sag, hvor tilsynsrådet udtaler, at man på grundlag af de foreliggende oplysninger må være af den opfattelse, at »*læreren nok var inhabil, men at det i øvrigt var kommunalbestyrelsen, der i henhold til styrelseslovens § 14 skulle afgøre det*« (TR Ribe 089-553-90-1-79 af 7. marts 1979).

Anføres skal endelig et tilfælde, hvor tilsynsrådet udtaler, at vedkommende »må anses for at være inhabil i behandlingen i økonomiudvalg og byråd af *alle personalesager og administrative sager vedrørende social- og sundhedsforvaltningen*« (TR Fyn 1979-089-431-9-2 af 19. marts 1979).

Denne meget intense regulering i regelform er interessant set i sammenhæng med, at det samme tilsynsråd i det ovenfor anførte eksempel afslår at

Fjerde del. Kap.XI.3.4.

komme med en udtalelse med henvisning til, at »såfremt tilsynsrådet inden spørgsmålets forelæggelse i kommunalbestyrelsen træffer afgørelse, ville tilsynsrådet afskære kommunalbestyrelsen fra at tage stilling til spørgsmålet«.

Tilsynsrådet er opmærksom på sin fravigelse af et udgangspunkt, hvorefter habilitetsafgørelsen bygger på konkrete interessevurderinger, jfr. rådets umiddelbart efterfølgende udtalelse om, at »for så vidt angår hans habilitet i andre sager kan der ikke fremsættes nogen generel udtalelse, men spørgsmålet må bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde«.

e. Da tilsynsmyndighederne naturligvis ikke kan træffe en egentlig afgørelse før der foreligger et tilfælde, som konkret kan være genstand for denne afgørelse og derfor indtil dette tidspunkt må indskrænke sig til at fremsætte uforbindende udtalelser, bliver spørgsmålet, om der herudover er knyttet nogen realitet til, at tilsynsmyndighederne i det enkelte tilfælde klassificerer en udtalelse eller afgørelse som uforbindende. Da tilsynsmyndighederne altid efterfølgende kan skride ind over for en af kommunalbestyrelsen truffen afgørelse, og vel at mærke skride ind til håndhævelse af den retsopfattelse, der er tilkendegivet i en uforbindende udtalelse, må den praktiske betydning af en udtalelses ikke-bindende status - udover den ovenfor anførte rent processuelle - vel alene være en mulig margin af materiel kompetence indrømmet kommunalbestyrelsen i tilfælde af divergerende retsopfattelse.

Til illustration af vanskeligheden ved i det enkelte tilfælde at gennemskue det nærmere indhold af et forbehold om udtalelsens vejledende karakter, skal i forlængelse af det ovenfor anførte nævnes et tilfælde, hvor tilsynsrådet, efter at have udtalt, at rådet betragter kommunalbestyrelsens skrivelse som en anmodning om *»en vejledende udtalelse ...«* gør rede for sin opfattelse af habilitetsreglens afgrænsning og afslutningsvis konkluderer, at *»der ikke foreligger en retlig mangel som kan danne grundlag for annullation i medfør af styrelseslovens § 61«* (TR Frederiksborg 089-231-99-13-1981 af 17. december 1981). Hvilken forskel gør det i forhold til et sådant tilfælde, om tilsynsmyndighedens afgørelse er vejledende eller retligt bindende? Det synes som om, at der alene foreligger en forskel, hvor tilsynsmyndigheden omvendt når til resultatet inhabilitet, men hvor resultatet af tilsynsmyndighedens retligt bindende afgørelse bliver, at der ikke reageres med egentlige retsmidler. Imidlertid kan tilsynsmyndighe-

deres manglende sanktionering af inhabilitet være begrundet i mange andre forhold end spørgsmålet om afgørelsens bindende/vejledende karakter. Afgørelsens bindende karakter er således en nødvendig men ikke tilstrækkelig betingelse for anvendelse af retsmidler.

Udover det rent processuelle forbehold (om eksistensen af en kommunalbestyrelsesafgørelse som grundlag for tilsynsmyndighedens kontrol) må klassificeringen af en tilsynsmyndighedsafgørelse som vejledende nok ses som et udtryk - blandt andre - for usikkerhed med hensyn til retsgrundlagets indhold og/eller som udtryk for manglende vilje til at sanktionere tilsynsmyndighedens retsopfattelse i øvrigt.

f. Kravet om eksistensen af en egentlig kommunalbestyrelsesafgørelse som betingelse for tilsynsmyndighedernes kompetence til at træffe retligt bindende afgørelser kompliceres også af usikkerhed med hensyn til, hvornår en sådan kommunalbestyrelsesbeslutning kan siges at foreligge (jfr. kap. VI, afsnit 7). Problemet er især, at tilsynspraksis accepterer konstruktionen *stiltiende* kommunalbestyrelsesafgørelser (jfr. op.cit.).

Til illustration heraf kan anføres et tilfælde, hvor kommunalbestyrelsen udtrykker den opfattelse, »at tilsynsrådet må være afskåret fra at træffe nogen afgørelse af den grund, *at der dels ikke foreligger nogen byrådsbeslutning om ...'s inhabilitet, og dels fordi habilitetsspørgsmål i medfør af styrelseslovens § 14 er henlagt til kommunalbestyrelsen*« (TR Sønderjylland 089-8-99-3 -1979 af 28. maj 1979).

Den første del af denne kompetenceindsigelse bygger på det forhold, at sagen blev afgjort i henhold til forretningsordenens § 10, stk. 3 uden kommunalbestyrelsens stillingtagen ved afstemning. Tilsynsrådet afviser denne konstruktion med henvisning til, at når vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem ikke begærede spørgsmålet sat under afstemning, og borgmesteren derfor i medfør af forretningsordenens § 10, stk. 3 har adgang til »at formulere sin retsopfattelse af, hvorledes spørgsmålet bør afgøres ...« kan sagen »*herefter betragtes som afgjort af byrådet i overensstemmelse med borgmesterens udtalelse*«.

I sammenhæng hermed skal anføres et tilfælde, hvor kommunalbestyrelsens habilitetsafgørelse blev truffet på den måde, at borgmesteren, efter at et medlem på eget initiativ, selv har erklæret sig for inhabil har givet udtryk for, at også det i sagen omhandlede medlem er inhabil (TR Sønderjylland 089-515-99-4-80 af 5. september 1980).

Fjerde del. Kap.XI.3.4.

Dette medlem respekterer umiddelbart borgmesterens synspunkt og forlader lokalet. Herefter udtaler borgmesteren i overensstemmelse med forretningsordenens § 10, stk. 3, »at han formodede, at byrådet var enig heri. Der blev ikke fra noget medlem fremsat krav om afstemning«.

Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem henvender sig herefter efterfølgende til tilsynsrådet og anmoder dette om at tage stilling til habilitetsspørgsmålet.

Tilsynsrådet udtaler hertil, »at det tilkommer byrådet at træffe afgørelse om et medlems habilitet. Da byrådsmedlemmet har undladt at begære afstemning om borgmesterens tilkendegivelse, finder tilsynsrådet ikke anledning til at tage konkret stilling til sagen«.

Dette forekommer at være udtryk for en ret så ejendommenlig kompetencekonstruktion. Den af kommunalbestyrelsen/borgmesteren fulgte fremgangsmåde i medfør af forretningsordenens § 10, stk. 3 må vel have til forudsætning, at der er truffet afgørelse i og af kommunalbestyrelsen? Når tilsynsrådet således afstår fra at tage konkret stilling til habilitetsspørgsmålet, kan det ikke begrundes med manglende kompetence som følge af, at der ikke foreligger en kommunalbestyrelsesbeslutning.

Tilsynsrådet henviser da også udtrykkelig til, at der ikke er begæret afstemning i sagen: »Da byrådsmedlemmet har undladt at begære afstemning ...«. Heller ikke denne konstruktion virker særlig overbevisende eller klar. Skal det opfattes således, at tilsynsrådet ikke vil gå ind i en konkret vurdering af afgørelser, der ikke er truffet på grundlag af afstemning, eller beror tilsynsrådets stillingtagen på, at vedkommende ikke har krævet denne afstemning?

Uanset hvad svaret på disse spørgsmål måtte være, må man vel nå til det resultat, at tilsynsrådets tilbageholdenhed beror på tilsynsrådets egen beslutning herom og ikke udspringer af nogen retlig nødvendighed.

Spørgsmålet om betydningen og eksistensen af en egentlig kommunalbestyrelsesafgørelse som forudsætning for tilsynsmyndighedens retlige kompetence må ses i snæver sammenhæng med spørgsmålet om *kommunalbestyrelsens initiativ/afgørelsespligt* og tilsynsmyndighedens vilje til at gennemtvinge denne. (Jfr. kap. VI afsnit 7).

I forlængelse af kapitlerne VI-XI kan sammenfattende anføres, at tilsynsmyndighedernes praksis i spørgsmålet, om der foreligger en retlig mangel som ugyldighedsgrund, afspejler en høj grad af retlig ubundethed. Klarhedskriteriet synes nok så meget at fungere som *udtryk* for tilsynsmyndigheds-

dighedernes beslutning om sanktionsanvendelse i det enkelte tilfælde, end som normativt *grundlag* for tilsynets retsopfattelse. Tilsynet vælger således ret frit graden af prøvelsesintensitet, som varierer betydeligt med den enkelte sag og periode. Grundlaget herfor er vanskeligt at gennemskue. Udover de relativt klart erkendelige centralt styrede bevægelser i rettens indhold, fremtræder tilsynsmyndighedernes reaktionsmønster i vidt omfang som resultat af delvist uklare og flukturerende procesforudsætninger eller som mere eller mindre eksplicit udtrykt respekt for kommunal autonomi. Det samlede resultat heraf bliver et bredt spektrum af varianter spændende fra positive udtryk for eksistensen af en kommunalbestyrelsen tilkommende materiel kompetence over passivitet til forskellige grader af generel normering og konkret retshåndhævelse.

4. Tilsynsmyndighedernes praksis med hensyn til bedømmelsen af inhabilitetens væsentlighed

Indledningsvis skal fremføres nogle enkelte bemærkninger om forholdet mellem væsentlighedsbedømmelsen knyttet til henholdsvis generel og speciel inhabilitet, idet fremstillingen i øvrigt vil blive afgrænset til væsentlighedsvurderingen af *speciel* inhabilitet.

Spørgsmålet om inhabilitetens væsentlighed lader sig såvel stille i forhold til generel som speciel inhabilitet, omend væsentlighedsvurderingen knyttet til generel inhabilitet typisk vil være af et andet indhold end væsentlighedsvurderingen knyttet til speciel inhabilitet. Således er spørgsmålet om annullation af udnævnelsen/valget som følge af generel inhabilitet i praksis udelukkende afhængig af, om der foreligger en retlig mangel. Vurderingen af om denne er »væsentlig« er typisk ikke knyttet til eventuelle afgørelser truffet under medvirken af den generelt inhabile, men må - som ved tilsidesættelse af saglige krav - bero på en vurdering, hvis genstand er den tilsidesatte regels klarhed og/eller tilsynsmyndighedens vilje til at skride ind over for kommunalbestyrelsens afvigende retsopfattelse. Der er imidlertid principielt intet til hinder for at operere med en væsentlighedsvurdering, hvis genstand er forholdet mellem generel inhabilitet og en eller flere primære afgørelser. Der ses imidlertid ikke i praksis at forekomme tilfælde, hvor generel inhabilitet har ført til annullation af primære afgørelser truffet under medvirken af generelt inhabile kommunalbestyrelsesmedlemmer.

Fjerde del. Kap.XI.4.

Generel inhabilitet har således alene dannet grundlag for annullation af den inhabiles valg/udnævnelse.

Fremstillingen vil i det følgende alene omhandle spørgsmålet om den specielle inhabilitets væsentlighed forstået som kravet om eksistensen af en årsags/virkningsforbindelse mellem den retlige mangel (speciel inhabilitet) og den primære afgørelses indhold.

Det er fast antaget i indenrigsministeriets praksis, at annullation i medfør af styrelseslovens § 61 kun kan komme på tale indtil det tidspunkt, hvor den kommunale beslutning er bragt til udførelse (jfr. *Harder* sonderingen mellem annullation og ugyldighed, Dansk kommunalforvaltning II s. 277ff. *Haagen Jensen*: s. 80-81 note 1. *Ernst Andersen* s. 294f. *Poul Andersen* s. 664). Denne begrænsning vil i det følgende blot blive lagt til grund, idet en videre drøftelse heraf vil falde uden for fremstillingens rammer, hvortil kommer at begrænsningen ikke er til hinder for, at tilsynsmyndighederne i uforbindende udtalelser fremfører deres principielle syn på spørgsmålet om inhabilitetens væsentlighed og retsvirkningen heraf, selvom muligheden for annullation er afskåret eller blot ikke benyttes, jfr. nedenfor. Således eksempelvis når et tilsynsråd statuerer, at »... kommunalbestyrelses beslutning i sagen er derfor ugyldig«, men tilsynsrådet finder dog ikke »på nuværende tidspunkt anledning til at reagere over for den konstaterede ugyldighed« (TR Ringkøbing 089-0-99 -34-83 af 8. december 1983).

Ombudsmanden har i en sag vedrørende en kommunes skolestruktur udtalt sig principielt om inhabilitetens betydning for den primære afgørelses gyldighed. Kommunalbestyrelsen vedtog med 8 stemmer mod 7 at gennemføre et forslag, der var af betydning for den skole to af kommunalbestyrelsesmedlemmerne var ansat ved. De inhabile stemmer var således udslaggivende.

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet. Men til trods for at den retlige mangel - på grundlag af stemmeafgivningen - er konkret væsentlig, annullerer tilsynsrådet ikke den trufne afgørelse. Tilsynsrådet henviser i denne forbindelse til, at manglen ikke fremtræder med tilstrækkelig klarhed.

I modsætning hertil udtaler ombudsmanden, at kommunalbestyrelsens afgørelse om den fremtidige skolestruktur efter almindelige forvaltningsretlige synspunkter er ugyldig, når to kommunalbestyrelsesmedlemmer, som er inhabile, har deltaget i sagens behandling »og når de pågældende medlemmers stemmer var udslaggivende ... kunne der ikke være tvivl om,

at fejlen havde væsentlighed som anses for relevant for gyldighedsspørgsmålet«.

Ombudsmanden udtaler herefter, at han på denne baggrund ville have »fundet det rigtigst, om tilsynsrådet havde benyttet sin annullationsbeføjelse«.

Ombudsmandens afgørelse kan måske læses således, at inhabilitet - på grundlag af en generel væsentlighedsvurdering - i sig selv bevirker ugyldighed, og at dette resultat er utvivlsomt, når inhabiliteten har været konkret væsentlig. I sidstnævnte tilfælde er tilsynsmyndighederne forpligtet til at annullere, med mindre særlige omstændigheder taler mod annulation. Jfr. med hensyn til dette sidste ombudsmandens udtalelse om at »relevante hensyn, der taler imod at anse afgørelsen for ugyldig, forelå ikke«.

Denne retsopfattelse bekræftes i en anden sag vedrørende en kommunalbestyrelses beslutning om at udnævne en skoleinspektør (FOB 1976 s. 150). En lærer ansat ved den pågældende skole havde deltaget i sagens behandling og afgørelse. Den afgørende afstemning falder ud til 7 stemmer for og 6 imod den ene af de tre ansøgere til stillingen. *)

Indenrigsministeriet træffer afgørelse om, at vedkommende lærer er inhabil. På grundlag af betragtninger over karakteren af denne retlige mangel finder undervisningsministeriet ikke grundlag for at pålægge kommunalbestyrelsen at annullere ansættelsen.

Ombudsmanden behandler undervisningsministeriets stillingtagen til sanktionsspørgsmålet under synsvinklen, at undervisningsministeriet med henvisning til inhabilitetens »art og styrke« bl.a. har sigtet til spørgsmålet om den retlige mangels væsentlighed. Ombudsmanden henviser til teoriens diskussion af spørgsmålet om, hvad der i denne henseende må kræves for, at den retlige mangel medfører annulation. På grundlag heraf udtaler ombudsmanden om gældende ret, at »retspraksis kan muligvis beskrives således, at væsentlighedsbedømmelsen som udgangspunkt er generel, men at formelle mangler, som efter en generel vurdering må betragtes som

*) På grund af kompetenceforholdet mellem det almindelige og det specielle tilsyn afgøres spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger inhabilitet af det almindelige tilsyn (in casu indenrigsministeriet, da afgørelsen er henskudt hertil af tilsynsrådet), medens spørgsmålet om inhabilitetens sanktionering afgøres af undervisningsministeriet.

Fjerde del. Kap.XI.4.

væsentlige, *alligevel ikke medfører ugyldighed, når det er fastslået, at manglen ikke har haft betydning for forvaltningsaktens indhold*«.

Hermed præciseres den af ombudsmanden hævdede retsopfattelse. Hvor det i den forrige afgørelse blev udtalt, at tilsynsmyndigheden er forpligtet til at annullere, når inhabiliteten er konkret væsentlig, og ikke særlige forhold taler imod annulation, angives det her klart, hvad der må kræves for at statuere konkret væsentlighed.

At der skal statueres væsentlighed med mindre *»det er fastslået*«, at manglen *»ikke har haft betydning*« for den primære afgørelses indhold, repræsenterer en skærpelse i forhold til et krav om, at den konkrete væsentlighed positivt skal godtgøres. Graden af skærpelse må naturligvis afhænge af, hvilke krav, der stilles til dokumentationen for, at manglen ikke er væsentlig. Således vil en forhåndsformodning mod væsentlighed i tilfælde, hvor afstemningsresultatet ikke éntydigt fastslår konkret væsentlighed, naturligvis være ensbetydende med et krav om positivt bevis for, at manglen har indvirket på afgørelsen.

Om væsentlighedsproblemet i den foreliggende sag udtaler ombudsmanden: »Denne diskussion om, hvorvidt spørgsmålet, om en fejl har været væsentlig (og ugyldighedsbegrundende) skal bedømmes generelt eller konkret, synes dog ikke at få betydning i den foreliggende sag, hvor det må påregnes som en nærliggende mulighed ... at stemmen har været udslaggivende, ...«.

Med udtrykket *»nærliggende mulighed*« gives der udtryk for en sandsynlighedsvurdering som grundlag for antagelsen af den inhabiles faktiske stemmeafgivning (der forelå i sagen kun oplysning om, at den inhabile havde deltaget, og at afstemningsudfaldet var afgjort med én stemmes overvægt).

Afgørende er imidlertid, at ombudsmanden hermed udtrykker et krav om, at der sanktioneres med ugyldighed, når den retlige mangel har været konkret væsentlig. Denne retsopfattelse understreges af ombudsmanden ved en afortiori-slutning fra det af *Poul Andersen* anførte, »hvorefter et kommunalbestyrelsesmedlems inhabilitet endog antages at medføre ugyldighed, selvom medlemmet har afstået fra at deltage i afstemningen i det møde, hvor sagen er behandlet» (Dansk forvaltningsret s. 454).

Ombudsmanden afslutter med en klar tilkendegivelse om, *»at udnævnelsen er ugyldig*«.

Spørgsmålet om, i hvilket omfang tilsynsmyndighederne i almindelighed

lever op til de af ombudsmanden afstukne krav kan i forlængelse af det ovenfor omtalte tilfælde til dels besvares helt generelt på grundlag af tilsynsmyndighedernes udtalte tilbageholdenhed med anvendelse af retsmidler overhovedet. Som anført ovenfor oplyser indenrigsministeriet, at ministeriet aldrig har tilsidesat en afgørelse på grund af inhabilitet. Selvom praksis i øvrigt varierer meget fra tilsynsråd til tilsynsråd, kan det med sikkerhed konstateres, at den af ombudsmanden påpegede almindelige forvaltningsretlige grundsætning, hvorefter inhabilitet i sig selv - d.v.s. på grundlag af generel væsentlighed - bevirker annullation, ikke respekteres i praksis.

Det er imidlertid ikke ensbetydende med, at der i almindelighed ikke annulleres i tilfælde af konkret væsentlighed og heller ikke, at annullation på grundlag af generelle væsentlighedsvurderinger ikke forekommer.

Til illustration af sidstnævnte kan anføres en sag om en borgmesters deltagelse i økonomiudvalgets og kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om udarbejdelsen af en betalingsvedtægt for kommunens spildevandsanlæg. Borgmesteren har 22 usolgte parceller fra sine udstykningsejendomme på tidspunktet for de relevante beslutninger vedrørende betalingsvedtægten. (TR Frederiksborg amt 089-201-99-1-1975 af 24. februar 1976).

Tilsynsrådet anser borgmesteren for inhabil, da han som følge af disse ejendomsbesiddelser anses at have en sådan »direkte personlig økonomisk interesse i betalingsvedtægtens vedtagelse«.

Tilsynsrådet udtaler, at dette forhold *»har haft en så væsentlig betydning for de trufne afgørelser*, at det foreliggende forslag til betalingsvedtægt ikke kan anses for gyldigt vedtaget, hvorfor tilsynsrådet i medfør af § 61, stk. 1 i styrelsesloven ophæver byrådets beslutning«.

Den understregede del af tilsynsrådets afgørelse peger i retning af, at tilsynsrådet annullerer på grundlag af en konkret væsentlighedsvurdering. Imidlertid er der intet i sagens akter, der tyder på, at tilsynsrådet har truffet afgørelsen på grundlag af oplysninger om afstemningsresultatet, der eventuelt kunne vise, om borgmesterens stemme havde været udslagsgivende. (Det er af en repræsentant for tilsynsrådet blevet oplyst, at rådet på intet tidspunkt har overvejet at knytte spørgsmålet om annullation til afstemningsresultaterne i udvalg og kommunalbestyrelse, hvorfor rådet ikke har indhentet oplysninger herom).

Tilsynsrådets afgørelse hviler heller ikke på en konkret væsentligheds-

Fjerde del. Kap.XI.4.

vurdering omfattende en egentlig materiel vurdering af afgørelsens saglige rigtighed. Betalingsvedtægter for spildevandsanlæg repræsenterer klart et eksempel på afgørelser, der kun inden for meget vide grænser kan bestemmes som objektivt rigtige eller forkerte.*)

Tilsvarende kan anføres sagen, i hvilken fem kommunalt ansatte kommunalbestyrelsesmedlemmer har deltaget i afgørelsen af spørgsmålet om tildeling af jubilæumsgratiale til de ansatte i kommunen. Herudover foreligger der også spørgsmål om et kommunalbestyrelsesmedlems habilitet i en sag om bevilling til et tunnelprojekts gennemførelse, når vedkommende er installatør og skal gennemføre en del af det af projektet omfattede arbejde (TR Sønderjylland 089-12-99-1-79 af 15. oktober 1979). Tilsynsrådet statuerer inhabilitet i forhold til begge tilfældegrupper og annullerer de trufne afgørelser. I ingen af tilfældene foreligger der konkret væsentlighed. Bevillingsspørgsmålet vedtages således med 13 stemmer for og 4 imod. Kommunalbestyrelsen indanker i medfør af styrelseslovens § 47, stk. 3 tilsynsrådets afgørelse for indenrigsministeriet. Ministeriet tilslutter sig ganske tilsynsrådets udtalelse og afgørelse (IM 1979/1130/1000-3 af 13. marts 1980).

Som eksempler på annullation som følge af konkret væsentlighed kan anføres en sag om overflytning af elever fra X skoles klasse til Y skoles 8. klasse (TR Ringkøbing 089-0-99-34-83 af 8. december 1983). Tilsynsrådet statuerer inhabilitet i forhold til et kommunalbestyrelsesmedlem, der har barn i X skole. Tilsynsrådet begrundet inhabilitet med henvisning til vedkommendes »personlige interesser *herunder*« at vedkommende er medunderskriver af klagen til kommunalbestyrelsen.

Tilsynsrådet udtaler, at »kommunalbestyrelsens beslutning i sagen derfor er ugyldig«. Denne udtalelse skal ses i sammenhæng med, at tilsynsrådet betragter inhabiliteten som konkret væsentlig, jfr. »i *betragtning af*

*) Tilsynsrådet har alene truffet afgørelsen på grundlag af den kommunale styrelseslov, jfr. »efter tilsynsrådets opfattelse vil byrådets afgørelser i henhold til § 27, stk. 1-3 i lov om miljøbeskyttelse i almindelighed heller ikke kunne indbringes for kommunens tilsynsmyndighed, hvorimod spørgsmålet om, hvorvidt byrådet måtte have handlet i strid med bestemmelser i den kommunale styrelseslov eller kommunens styrelsesvedtægt i forbindelse med sagernes behandling, efter tilsynsrådets opfattelse fortsat kunne forelægges kommunen som egentlig tilsynsmyndighed til afgørelse«.

udfaldet af stemmeafgivningen ved kommunalbestyrelsens gentagne behandlinger af sagen ...».

Som et andet eksempel kan anføres en sag, hvor et kommunalbestyrelsesmedlem, som også er medlem af menighedsrådet, har deltaget i kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om tilladelse til særlig anvendelse af stueetagen i en ejendom købt af menighedsrådet. Kommunalbestyrelsens beslutning om at give tilladelsen træffes med 11 stemmer mod 10. Tilsynsrådet annullerer afgørelsen i medfør af § 61 (TR Ringkøbing 089-0-99-38-82 af 17. november 1982).

Nævnes skal også sagen om en borgmester, der er ansat som lærer ved X skole kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om tildeling af en ugentlig konferencetime til dansklærerne i 8., 9. og 10. klasse ved X skole (TR Fyn 1978-089-491-9-1 af 20. juni 1978). Det vedtages i kommunalbestyrelsen med 6 stemmer mod 5 at bevilge en ugentlig konferencetime. Tilsynsrådet udtaler, at borgmesteren har været inhabil, og statuerer ugyldighed.

Endelig skal anføres sagen om en lærers specielle habilitet i forbindelse med behandlingen af spørgsmålet om udbygning af kommunens skolevæsen (TR Frederiksborg 089-233-99-5-1978 af 9. januar 1979). Tilsynsrådet erklærer vedkommende inhabil og sætter kommunalbestyrelsens beslutning ud af kraft i medfør af § 61, stk. 1. Inhabilitetens konkrete eller muligt konkrete væsentlighed er ikke direkte udtalt, men afgørelsen synes at forudsætte sandsynlighed herfor.

Den afstand, der generelt kan spores mellem tilsynsmyndighedernes og ombudsmandens opfattelse af, om og i bekræftende fald på hvilke betingelser der skal annulleres, slår særlig klart igennem, hvor tilsynsmyndighederne undlader annulation på trods af inhabilitetens konkrete eller muligt konkrete væsentlighed. Foruden de ovenfor anførte eksempler herpå kan yderligere nævnes et tilfælde, om to skolelærere kan deltage i spørgsmålene om lærernormeringen ved kommunens skolevæsen samt spørgsmålet om timetalsopgørelsen for skoleåret 1978/79. Tilsynsrådet statuerer inhabilitet, og udtaler som begrundelse for ikke at statuere ugyldighed, »at sagen om timetalsopgørelsen blev vedtaget *uden afstemning* og da det af kommunen telefonisk er oplyst, at begge de forannævnte byrådsmedlemmer undlod *at afgive stemme* ... finder tilsynsrådet ikke ganske tilstrækkelig anledning til at statuere, at den konstaterede inhabilitet har betydning for gyldigheden af de trufne beslutninger« (TR Nordjylland 089-24-99-1-1978 af 29. juni

Fjerde del. Kap.XI.4.

1978). Der var i kommunalbestyrelsen fremsat to forslag. Det første forslag blev forkastet med 8 stemmer for og 9 imod, medens 4 medlemmer »synes at have undladt at stemme«. Det andet forslag blev vedtaget med 10 stemmer for og 9 imod, medens 2 medlemmer »synes at have undladt at stemme«.*)

Den almindelige tilbageholdenhed/uvilje mod at statuere ugyldighed på grundlag af generelle væsentlighedsvurderinger kommer også klart til udtryk i den udtalte tendens til at slutte fra *manglende konkret væsentlighed til konkret uvæsentlighed*.

En konkret væsentlighedsvurdering som vedrører den primære afgørelses identitet, lader sig let foretage i tilfælde, hvor den inhabile stemme har været udslagsgivende. Men den omstændighed, at inhabilitetens konkrete væsentlighed således på matematisk grundlag lader sig påvise sikkert (i sådanne tilfælde), er naturligvis ikke ensbetydende med, at der kan slutes modsætningsvis herfra - d.v.s. til konkret uvæsentlighed - i de tilfælde, hvor den inhabile stemme ikke har haft en sådan let påviselig betydning. Alligevel forekommer sådanne modsætningsslutninger i mange varianter. Eksempelvis kan der blive lagt vægt på, at den primære afgørelse er truffet *uden afstemning*, at *ingen har stemt imod*, at den inhabile *ikke har deltaget i afstemningen*, at den inhabile *har undladt at deltage i sagsbehandlingen*, at den inhabile stemme *ikke har været udslagsgivende*.

Sådanne konstruktioner har formentlig solidt fodfæste i mange kommunalbestyrelsesmedlemmers retsopfattelse. Til illustration kan anføres en sag vedrørende en kommunalbestyrelses og et udvalgs beslutning om at erhverve sig et grundstykke tilhørende borgmesteren (TR Ringkøbing 089-0-99-31-77 af 23. september 1977).

For tilsynsrådet »er der ikke tvivl om«, at borgmesteren er inhabil.

Kommunalbestyrelsen er af en anden opfattelse og henviser i øvrigt til, at manglen ikke er væsentlig, idet »beslutningen er foretaget med et

*) Når indenrigsministeriet ikke annullerer i sagen om et kommunalbestyrelsesmedlems deltagelse i udarbejdelse og afstemning om en byplanvedtægt for et område, hvor vedkommende har haft og stadig har ejendomme, til trods for at der med stemmerne 8 mod 7 vedtages en væsentlig højere udnyttelsesgrad for det relevante område, kan det bero på, at beslutningen betragtes som udført. Indenrigsministeriet henviser til, at spørgsmålet om gyldigheden henhører under domstolene (IM 1578/1967 af 21. februar 1968 jfr. kap. VI afs. 2.4).

stemmetal, hvorefter *det kun har teoretisk interesse, hvorvidt borgmesteren deltog i afstemningen*«. Afstemningsresultatet var 13 for, ingen imod og 3 der undlod at stemme.

I forlængelse heraf kan nævnes et andet tilfælde om to kommunalbestyrelsesmedlemmer ansat ved X skole kan deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag vedrørende tre spørgsmål af betydning for skolevæsenet (TR Sønderjylland 089-7-99-3-79 af 26. januar 1979).

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet, hvorimod kommunalbestyrelsen træffer afgørelse om, at vedkommende ikke er inhabil. I øvrigt erklærer kommunalbestyrelsen over for tilsynsrådet, *»at de pågældendes deltagelse eller ikke-deltagelse i sagens afgørelse ikke ville ændre sagens udfald, idet indstillingen fra ... blev énstemmigt vedtaget*«.

Det kunne synes som om tilsynsrådet accepterer denne væsentligheds-konstruktion, idet rådet med hensyn til retsvirkningen af den foreliggende inhabilitet udtaler, at *»tilsynsrådet finder efter omstændighederne ikke anledning til at foretage sig videre i sagen, men skal påny henlede byrådets opmærksomhed på, at inhabilitet i almindelighed medfører, at den pågældende beslutning må anses for ugyldig*«.

De »omstændigheder« tilsynsrådet henviser til kunne være de samme som kommer til udtryk i kommunalbestyrelsens konstruktion vedrørende konkret uvæsentlighed. Det er i denne forbindelse bemærkelsesværdigt, at tilsynsrådet betragter ugyldighed som den almindelige retsvirkning af inhabilitet.

Som eksempel på et tilfælde, hvor tilsynsrådet bygger på tilsvarende væsentligheds-konstruktioner kan anføres en sag, om ansatte ved det kommunale skolevæsen kan deltage i beslutninger vedrørende kommunens skolestruktur (TR Nordjylland 089-5-90-1 -1976 af 13. februar 1976).

Tilsynsrådet fastslår klart, at de to kommunalbestyrelsesmedlemmer (en lærer og en pedel) er inhabile med hensyn til et møde, hvor forslaget om skolestrukturen var til afstemning. I forhold til dette møde var der imidlertid ikke noget ugyldighedsspørgsmål at tage stilling til, da der på grund af stemmelighed ikke blev truffet nogen afgørelse. Men kommunalbestyrelsen tager spørgsmålet op til fornyet behandling på et efterfølgende møde, i hvilket de to inhabile medlemmer igen deltager; denne gang vedtages forslaget uden afstemning.

Herom udtaler tilsynsrådet: *»Da det omhandlede forslag, der bortfaldt som følge af stemmelighed, ... blev vedtaget uden afstemning i mødet den*

Fjerde del. Kap.XI.4.

... findes den konstaterede inhabilitet *ikke at have haft sådanne konsekvenser, at sagen kræver fornyet behandling i kommunalbestyrelsen*«.

Nævnes skal også et tilfælde, om to skolelærere kan deltage i sager om lærernormeringen og timetalsopgørelsen ved kommunens skolevæsen (TR Nordjylland 089-24-99-1-1978 af 29. juni 1978).

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet men udtaler som begrundelse for ikke at annullere, »at sagen om timetalsopgørelsen blev vedtaget *uden afstemning*, og da det af kommunen telefonisk er oplyst, at begge de forannævnte byrådsmedlemmer *undlod at afgive stemme* ved behandlingen af lærernormeringsspørgsmålet i byrådet den ..., finder tilsynsrådet ikke ganske tilstrækkelig anledning til at statuere, at den konstaterede inhabilitet har betydning for gyldigheden af de trufne beslutninger«. Og i tilfælde hvor et kommunalbestyrelsesmedlem af tilsynsrådet fik medhold i at vedkommande uberettiget var blevet erklæret inhabil og dermed uberettiget var blevet udelukket fra mødet, finder tilsynsrådet ikke anledning til at foretage videre »da« den primære afgørelse (afslag på ansøgning om etablering af indkørsel) blev truffet *uden afstemning*« (Tilsynsrådets kursivering, TR Nordjylland 089-2-99-5-1985 af 17. december 1985).

Nævnes kan også en sag, om to lærere ved det kommunale skolevæsen kunne deltage i kommunalbestyrelsens behandling af en sag om ændring af regler for tildeling af svømmetimer til kommunens skoler (TR Ringkøbing 089-0-99-4-83 af 7. april 1983).

Tilsynsrådet statuerer inhabilitet, hvorefter »det tilføjes, at tilsynsrådet *ikke har fundet anledning til* at bringe foranstaltninger i henhold til den kommunale styrelseslovs § 61 i anvendelse ...«.

Der gives ingen nærmere forklaring på grundlaget herfor, men det oplyses dog, at 10 medlemmer stemte for kulturudvalgets indstilling, medens de to omhandlede medlemmer *afholdt sig fra at stemme*.

Endelig kan nævnes et tilfælde, hvor tilsynsrådet statuerer inhabilitet og udtaler, at tilsynsrådet finder »dog ikke grundlag for at statuere, at vedtagelsen var ugyldig, allerede fordi ...s stemme ikke var udslaggivende« (TR Fyn 1979-089-431-9-1 af 19. marts 1979).

Et bedømmelsesgrundlag der betinger, at konkret uvæsentlighed statueres på grundlag af slutninger fra afstemningsresultatet i kollegiale organer, er traditionelt i teorien blevet betragtet som en inadækvat målestok for vurdering af inhabilitetens indflydelse på den primære afgørelses rigtighed. Det afgørende er således - bortset naturligvis fra tilfælde hvor den inhabile

stemme har været udslagsgivende - ikke vedkommendes stemmeafgivning som sådan, men derimod vedkommendes deltagelse i og indflydelse på sagsforberedelsen. Dette forhold kommer klart til udtryk hos Poul Andersen, som mener, at der i højere grad kan lægges vægt på afstemningsresultatet, når vedkommende *kun* har deltaget i stemmeafgivningen i modsætning til sagsforberedelsen. (*Poul Andersen* s. 455).

For så vidt angår deltagelse i sagsforberedelsen er problemet, at det typisk vil være meget vanskeligt at konstatere omfanget og karakteren af den inhabiles påvirkningsevne »så meget mere som den, der har uvedkommende interesser hyppigt vil fremsætte sine udtalelser med særlig styrke« (op.cit. s. 453).*)

Det er det samme, der gives udtryk for, når det med henvisning til, at kommunalbestyrelsen er »en helhed« anføres at være uden betydning for pligten til afståelse fra deltagelse i afstemningen, om vedkommendes stemme ville have været udslagsgivende (*Harder*: Offentlig hverv og private interesser, Sognerådstidende 1956, s. 37).

Hvor således den almindelige forvaltningsret og den kommunalretlige teori lægger mindre vægt på selve afstemningen i modsætning til sagsforberedelsen, er forholdet nærmest modsat, som det tendentielt kommer til udtryk i den ovenfor anførte tilsynspraksis.

Der kan imidlertid også peges på tilfælde, hvor grundlaget for statuering af konkret uvæsentlighed rækker ud over summarisk vurdering af afstemningsresultatet. Således i tilfælde, hvor tilsynsrådet går langt i en konkret vurdering af den pågældendes stemmes hypotetiske indflydelse på afgørelsens udfald. Eksempelvis i et tilfælde, hvor kommunalbestyrelsen med henvisning til inhabilitet, uberettiget har udelukket et kommunalbestyrelsesmedlem fra deltagelse i behandlingen og afgørelsen af en sag.

Beslutningen herom »er efter tilsynsrådets opfattelse en væsentlig mangel ved den stedfundne stillingsbesættelse ... og giver anledning til at rejse

*) Jfr. den norske forvaltningskomité's indstilling s. 144, hvor det om kollegiale organer hedder, at det ofte vil være vanskeligt at konstatere, hvilken indflydelse den inhabile »kan have haft på afgørelsens endelige udfald, hvilket taler for tilsidesættelse på grundlag af generel væsentlighed: »har han talt og stemt for flertallets afgørelse, kunne det være spørgsmål om at lade ugyldighed blive følgen, selvom der ville have været flertal også uden hans stemme«.

Fjerde del. Kap.XI.4.

spørgsmålet om dennes gyldighed«. Imidlertid kan tilsynsrådet ikke træffe »afgørelse om gyldighedsspørgsmålet, idet dette spørgsmål henhører under domstolenes afgørelse ...«. »Tilsynsrådet kan dog afgive en *vejledende udtalelse* om, hvorvidt den foreliggende ulovlighed kan antages at have betydning for beslutningens gyldighed« (tilsynsrådets kursivering. TR Sønderjylland 089-7-99-9-79 af 17. marts 1980).

Efter en almindelig gennemgang af de almene betingelser for annulation udtaler tilsynsrådet, at »efter det om sagens behandling oplyste finder tilsynsrådet ikke, at der i sagen foreligger forhold, der viser, at afgørelsen *ville være* blevet anderledes, hvis De havde deltaget i sagens behandling«. »Det bemærkes herved, at såfremt De havde deltaget i sagens behandling og stillet det af Dem nævnte ændringsforslag om sagens udsættelse, ville Deres ændringsforslag efter tilsynsrådets opfattelse dog næppe være blevet vedtaget, selv om det ville have fået 8 stemmer, idet 8 medlemmer måtte forventes at ville stemme imod. Under henvisning hertil finder tilsynsrådet efter en samlet vurdering ikke tilstrækkeligt grundlag for (vejledende) at erklære afgørelsen om besættelsen af den nævnte stilling ugyldig«.

Den meget brede margin, der eksisterer med hensyn til tilsynsmyndighedernes rådighed over anvendelsen af retsmidler, kommer eksplicit til udtryk, når tilsynsrådet anfører, at »den af kommunalbestyrelsen truffene afgørelse kan som alle andre af en kommunalbestyrelses beslutning annulleres af tilsynsmyndighederne, hvis denne finder at beslutningen er ulovlig« (TR Frederiksborg 089-231-99-13-1981 af 17. december 1981). Sammenholdt med et andet tilfælde, hvor et tilsynsråd statuerer inhabilitet uden at annullere men med en bemærkning om »*at man i lignende fremtidige tilfælde, ville være sindet at ophæve de pågældende byrådsbeslutninger men efter omstændighederne ikke ville foretage yderligere i de her forelagte sager*« (IM 1979/123/1007-2 af 11. marts 1980), som igen kan sammenholdes med det ovenfor anførte tilfælde, hvor tilsynsrådet statuerer inhabilitet og udtaler, at »kommunalbestyrelsens beslutninger i sagen er derfor ugyldige«, men alligevel afstår fra at annullere, idet der bl.a. henvises til »at den samlede kommunalbestyrelse har været enige om ikke at anse noget medlem som inhabil ...« (TR Ringkøbing 089-0-99-34-83 af 8. december 1983).

Sammenfattende kan det konstateres, at praksis er meget langt fra det af teorien og ombudsmanden hævdede udgangspunkt, hvorefter retsvirkningen af inhabilitet er annulation/ugyldighed. End ikke hvor inhabilitetens

konkrete væsentlighed klart lader sig fastslå er annullation en sikker retsvirkning. Der kan omvendt i praksis spores en tendens til - i strid med teoriens antagelser - at fordre konkret væsentlighed som denne lader sig bestemme på grundlag af afstemningsresultatet og - i snæver forbindelse hermed - at slutte fra den inhabile stemmes manglende udslag, herunder den inhabiles manglende deltagelse i stemmeafgivningen - til konkret uvæsentlighed. I øvrigt er - inden for den her angivne ramme, samtlige væsentlighedsgrader repræsenteret.

Som anført ovenfor afsnit 1.1.1. - 1.1.4. kan spørgsmålet om inhabilitetens betydning for den primære afgørelses indhold vurderes helt uafhængigt af eller på et grundlag som repræsenterer flere forskellige niveauer eller grader af egentlig materiel vurdering af den primære afgørelse. Der kan således groft sondres mellem tilfælde hvor prøvelsens genstand er selve inhabilitetens betydning for den primære afgørelse og tilfælde, hvor prøvelsens genstand - principielt uafhængig af inhabilitet - direkte er den primære afgørelses lovlighed og rigtighed. Medens førstnævnte prøvelsestema i dette afsnit er blevet behandlet under etiketten *inhabilitetens væsentlighed*, vil sidstnævnte prøvelsestema i det følgende blive behandlet under etiketten *kommunal magtfordrejning*.

Kapitel XII

Kommunal magtfordrejning som genstand for tilsynsmyndighedernes prøvelse

1. Indledning

Når magtfordrejning gøres til genstand for særlig behandling på dette sted, beror det som anført ovenfor kap. X, afsnit 1 på den særlige forbindelse, der eksisterer mellem reglerne om magtfordrejning og reglerne om inhabilitet. Således betegner Poul Andersen habilitetskravene som regler om *foregreben magtfordrejning*.

Tilfælde af inhabilitet behøver ikke at føre til usaglige afgørelser, men hvor den inhabilitetsbegrundende interesse faktisk slår igennem, foreligger en retlig mangel af saglig karakter. I forhold til prøvelsen heraf kan inhabiliteten være en anledning af varierende processuel betydning. Magtfordrejningsproblematikken kan være relevant i forbindelse med men også helt uafhængig af inhabilitet. Som retlig kategori er magtfordrejning at betragte som et med habilitetskravene korresponderende selvstændigt retsgrundlag og som målet for vurderingen af en foreliggende inhabilitets væsentlighed. Som følge heraf må den faktisk praktiserede intensitet i prøvelsen af den primære afgørelses saglige rigtighed være afgørende for, i hvilket omfang man - som forudsat i teorien og forarbejderne til forvaltningsloven - kan slække på den habilitetsmæssige regulering under henvisning til, at magtfordrejning er omfattet af den retlige kontrol (jfr. bemærkningerne til forvaltningslovforslaget s. 13. *Eilschou-Holm*: UfR 1968 s. 99, note 26. *Ole Krarup*: UfR 1963B s. 74 og *Poul Andersen*: Dansk forvaltningsret s. 368 vedrørende formelle mangler i forhold til afgørelser, der kan prøves fuldstændigt. Se også *Frihagen*: Vildfarelse s. 86 note 37 smh. med s. 53).

Systematisk vil fremstillingen blive indledt med en kort redegørelse for

forskellige varianter af magtfordrejningsbegrebet samt en kort skitsering af årsagerne til magtfordrejning som en retlig mangel af særlig kommunal relevans (2). Efter en almen oversigt over forskellige mulige grader af intensitet i magtfordrejningsprøvelsen (3) følger afsnittet om indholdet og intensiteten af den af tilsynsmyndighederne udøvede magtfordrejningsprøvelse (4). Afslutningsvis følger en diskussion og kritik af tilsynsmyndighedernes prøvelsesintensitet i forbindelse med behandlingen af spørgsmålet, om magtfordrejningsgrundsætningen også gælder afgørelser vedrørende kommunens indre styre (5). I delvis forlængelse heraf vil som ekskurs blive udskilt et kapitel (XIV) med en redegørelse for og kritik af gældende magtfordrejningsteori. I forbindelse hermed vil også blive søgt givet et tildels retspolitisk bud på udformningen af en magtfordrejnings- og prøvelsesteori, som er mere adækvat i forhold til den aktuelle forvaltningsretlige og især kommunalretlige virkelighed i sammenligning med den gældende teori, som denne foreligger udformet i den almindelige lære om domstolsprøvelse af forvaltningsafgørelser.

2. Begrebsmæssig afgrænsning

I ældre dansk forvaltningsretlig litteratur indgår ordet magtfordrejning som en fast bestanddel af begrebsapparatet. Begrebet er hentet fra fransk rets *detournement de pouvoir*, d.v.s. at dreje/fordreje magten. Der associeres således direkte til magtmisbrug. Den offentlige myndigheder tillagte kompetence misbruges til at efterstræbe mål, som retssystemet ikke hjemler.

I nyere dansk forvaltningsretlig teori er begrebet magtfordrejning udgået og erstattet af begreber ksom »usaglige hensyn« (Ole Krarup: Øvrighedsmyndighedens grænser), »ulovlige kriterier« (Bent Christensen: Hjemmels-spørgsmål), d.v.s. begreber som i almindelighed udtrykker det forhold, at en forvaltningsmyndighed i afgørelsens grundlag har inddraget hensyn og kriterier, som ligger uden for rammerne af det relevante hjemmelsgrundlag. Imidlertid kan den angivne forskel ikke reduceres til et spørgsmål om terminologisk hensigtsmæssighed. Den stedfundne begrebsudvikling korresponderer faktisk med en prøvelsesteoretisk udvikling af substantiel betydning for indholdet af gældende ret, jfr. udførligt herom nedenfor kap. XIV.

Fjerde del. Kap.XII.2.

En eliminering af magtfordrejning som alment begreb for usaglig forvaltning er berettiget for så vidt forvaltningsmyndigheders varetagelse af usaglige hensyn/kriterier på ingen måde behøver at være ensbetydende med, at disse hensyn endsige det forvaltningsformål der sigtes mod, er uetisk. Det pågældende hensyn/kriterium er blot ikke omfattet af den bemyndigelse forvaltningen har fået overladt i hjemmelsgrundlaget. Kontrolinstansens opgave bliver i forhold hertil at vurdere, om de af 1. instansen inddragne hensyn er lovlige og i benægtende fald hvilken betydning dette skal tillægges for den trufne afgørelses lovlighed/rigtighed. Prøvelsens intensitet vil ofte kunne holdes på et ret generelt niveau, idet hovedvægten vil ligge på selve afklaringen af afgørelsens jus-side; om de inddragne hensyn - ved nærmere fortolkning af hjemmelgrundlaget - kan anses for lovlige.

I forhold hertil har *magtfordrejnings*begrebet relevans, hvor en forvaltningsmyndighed *ikke* umiddelbart *vil vedstå* varetagelsen af et ulovligt hensyn/formål. Det er således almindeligt kendt, at forvaltningsmyndigheder i forsøg på at varetage »deres interesser« kan være uinteresserede i at tilkendegive det reelle grundlag for en truffen afgørelse, hvor dette grundlag måtte være i uoverensstemmelse med gældende ret. Dette behøver på ingen måde at være udtryk for, at det pågældende hensyn/mål i sig selv er uetisk såsom korruption, nepotisme etc. Som prøvelseskategori er magtfordrejning således karakteriseret ved, at prøvelsens genstand bliver forvaltningsmyndighedens usaglige *hensigt*. Prøvelsen heraf vil typisk være kendetegnet ved en højere grad af intensitet, idet den afgørende pointe ikke vil være *generel* afklaring af, om et givet hensyn/kriterium er lovligt, men derimod *konkret* at undersøge *om* et sådant hensyn har været inddraget og i bekræftende fald betydningen heraf.

Årsagerne til at magtfordrejningsproblematikken er af særlig relevans i forhold til kommunale afgørelser, er snævert forbundet med årsagerne til inhabilitet som et særligt kommunalt problem:

- 1) Kommunalbestyrelsens konstitution og virkemåde indebærer i sig selv en åbning af den kommunale forvaltning for synspunkter og handlemåder, som er utraditionelle set i forhold til sædvanlige forvaltningsretlige normer.
- 2) Udover at være forvaltningsmyndighed er kommunalbestyrelsen også retssubjekt med råden over egne ressourcer såsom penge, fast ejendom, kapitalgoder i øvrigt med de interesser der er knyttet hertil.

3) Den enkelte kommunalbestyrelse og/eller grupper af dennes medlemmer kan opleve sammenfald mellem kommunens (offentlige) interesser og det kommunale samfunds (private) interesser, som er forståelig og legitim som følge af kommunalbestyrelsens ansvar for og interesse i kommunens almindelige trivsel i bred forstand, men som i det konkrete tilfælde ikke er forenelige med gældende ret. Dette skisma kan eksempelvis komme til udtryk i forbindelse med spørgsmålet om støtte til det lokale erhvervsliv. Sådan støtte kan forekomme som almindelig tilførsel af kommunale midler og/eller anvendelse af offentligretlig kompetence i øvrigt såsom miljøgodkendelser, miljøkontrol, udstedelse af byggetilladelser, udarbejdelse af lokalplaner eventuelt i forbindelse med dispensationer fra lovgivningen.

4) Den relativt lette adgang for private interessenter til offentligretlig kompetence og ressourcer giver særlig mulighed for spekulation i og imod såvel kommunale som private interesser.

5) Den uhyre bredde i kommunalbestyrelsens kompetence i forbindelse med, at det retlige grundlag for denne kompetences udøvelse i vidt omfang er karakteriseret ved en høj grad af skønsmæssighed i betydningen manglende eller ufuldstændig angivelse af retsfaktum og/eller retsfølge, åbner store muligheder for (skin)legitimering af usaglige afgørelser.

6) Spørgsmålet om magtfordrejning kan i enkelte tilfælde hænge snævert sammen med inhabilitet. Der kan således ikke ses bort fra en mulig forbindelse mellem manglende vilje og evne til at respektere habilitetskravene og en tilsvarende mangel på vilje og evne til at erkende den inhabilitetsbegrundende interesses indflydelse på en truffen afgørelse/beslutning. Men som anført har magtfordrejning som selvstændig retlig kategori også sin funktion i forhold til interessekonflikter, som ikke lader sig omfatte af habilitetskravene.

3. Almindeligt om forskellige grader af intensitet i magtfordrejningsprøvelsen

Når i det følgende især domstolenes muligheder for prøvelse af skønsmæssige afgørelser inddrages som grundlag for den teoretiske udredning af de omhandlede spørgsmål, beror det på, at netop domstolenes muligheder for

Fjerde del. Kap.XII.3.

prøvelse af skønsmæssige afgørelser er grundig belyst i den almindelige forvaltningsretlige teori. Denne teori kan også tjene til perspektivering af og som grundlag for såvel de almindelige tilsynsmyndigheder som ombudsmandens kontrolmuligheder.

Ældre teori repræsenteret ved *Poul Andersen* betragter magtfordrejning som en formel mangel, som domstolene kan tage stilling til uden at foretage en egentlig prøvelse af de trufne afgørelses materielle rigtighed (Dansk forvaltningsret s. 613f).

Grundlaget for bedømmelsen af om den dokumenterede retlige mangel (hensigten) skal have ugyldighedsvirkning kan - ligesom hvor den retlige mangel er inhabilitet - formuleres i en væsentlighedsvurdering. Denne væsentlighedsvurderings funktion er netop at klarlægge forholdet mellem den retlige mangel og afgørelsens saglige rigtighed. Der kan således opstilles et tildels retspolitisk valg mellem :

1) At anlægge en generel væsentlighedsvurdering, hvorefter der kan annulleres, allerede fordi manglen er *egnet* til at påvirke forvaltningsafgørelsens saglige rigtighed.

2) At anlægge en konkret væsentlighedsvurdering, hvorefter afgørelsen kan annulleres, hvis den retlige mangel i det foreliggende tilfælde *har* indvirket på afgørelsens saglige rigtighed.

Som det vil ses er det kun vurderingsmåde 2), der åbner for mulighed for en egentlig materiel prøvelse af den foreliggende afgørelses lovlighed. Om denne mulighed realiseres afhænger af, hvordan undersøgelsestemaet formuleres og afgrænses:

a) Har den retlige mangel rent faktisk medført, at afgørelsen er blevet *saglig urigtig*.

b) Ville afgørelsen være blevet *den samme*, hvis manglen ikke havde foreligget.

Kun mulighed a) er således uløseligt knyttet til en egentlig materiel bedømmelse af afgørelsens lovlighed.

I konsekvent overensstemmelse med læren om forvaltningens frie skøn går *Poul Andersen* ind for at anlægge en generel væsentlighedsvurdering, jfr. 1). *Poul Andersen* antager således, at eksistensen af en usaglig hensigt i sig selv er ugyldighedsgrund:

»At det ulovlige Formaals medfører Forvaltningsaktens ugyldighed beror ikke på, at den med nødvendighed fører til en Forvaltningsakt med urigtigt Indhold. Erfaringen viser imidlertid, at usaglige Bevæggrunde oftest fører til sagligt urigtige Beslutninger« (Dansk forvaltningsret s. 364)

Nyere forvaltningsretlig teori (*Ole Krarup*: Øvrighedsmyndighedens grænser) påviser klart, at prøvelsen ikke er begrænset til spørgsmålet om forvaltningens subjektive hensigt. Domstolene kan gå videre og foretage en egentlig materiel prøvelse af den trufne afgørelses lovlighed, d.v.s. prøve om afgørelsen efter sit indhold er sagligt holdbar. I denne henseende er domstolsprøvelsen principielt ubegrænset, hvorfor en prøvelse af usaglige hensigter er overflødig. Den usaglige hensigt har følgelig ikke status af retlig mangel. Men den materielle prøvelse kan gennemføres med forskellige grader af intensitet, jfr. det om abstrakt og konkret præmisbedømmelse anførte (2.1.).

At den subjektive hensigt således ikke behøver at være prøvelsens egentlige genstand, er imidlertid ikke ensbetydende med, at den er uden betydning for prøvelsen. Det antages således, at en indiceret eller bevist usaglig hensigt kan føre til intensivering af prøvelsen i to henseender. Dels derved at domstolene intensiverer prøvelsen af spørgsmål, i forhold til hvilke de sædvanligvis ville have været mere tilbageholdende. Dels ved at domstolene lader den usaglige hensigt på bevismæssig betydning til skade for den myndighed, der har truffet afgørelsen (*Ole Krarup*: Øvrighedsmyndighedens grænser s. 113).

Som udgangspunkt gælder en almindelig formodning for, at forvaltningens afgørelser bygger på lovlige præmisser. Denne formodning bortfalder imidlertid, hvis der i sagen påvises eller tilstrækkelig tydeligt indiceres usaglige hensigter hos den myndighed, der har truffet afgørelsen. Eksistensen af en sådan usaglig hensigt bør omvendt skabe en *forhåndsformodning* mod den trufne afgørelses saglige rigtighed, og denne formodning påhviler det forvaltningen at afkræfte (op.cit. s. 113-19. Henrik Zahle: Om det juridiske bevis s. 548ff).

Lægges det herefter foreløbig til grund, at samtlige disse muligheder står til rådighed for prøvelsesinstansen, kan spørgsmålet om bedømmelsesgrundlagets karakter og rækkevidde - på grundlag af det ovenfor anførte skema - formuleres som følger:

I det omfang undersøgelsen af faktum falder ud til, at der i grundlaget for kommunalbestyrelsens afgørelse indgår usaglige hensigter, bliver

Fjerde del. Kap.XII.3.

spørgsmålet, om prøvelsen skal indskrænkes til, om der foreligger en mulig eller realiseret årsagsforbindelse mellem den konstaterede usaglige hensigt og den trufne afgørelse. Eller om prøvelsesinstansen yderligere skal gå ind i en dybtgående prøvelse af om den trufne afgørelse som sådan er materielt lovlig.

De her angivne to typer bedømmelsesgrundlag dækker i virkeligheden over et meget nuanceret spektrum af muligheder, som i praksis ofte forekommer i blandingsformer karakteriseret ved flydende overgange mellem de enkelte kategorier. Som tre operativt anvendelige modeller kan i hvert tilfælde peges på følgende:

Ad 1) Spørgsmålet om eksistensen af en usaglig subjektiv hensigt betragtes som prøvelsens egentlige genstand. Når en sådan hensigt er dokumenteret, er den trufne afgørelse behæftet med en retlig mangel. Denne mangel er helt klart af en art, som er egnet til at påvirke sagligheden/lovligheden af den trufne afgørelse. Om den retlige mangel (hensigten) også konkret har indvirket på kommunalbestyrelsens beslutning afgøres ikke på grundlag af en egentlig (konkret) undersøgelse af den faktiske årsagsforbindelse mellem den usaglige hensigt og kommunalbestyrelsens afgørelse. Årsagsforbindelsen antages derimod at foreligge på generelt grundlag, d.v.s. som resultat af gennemsnitlige erfaringer/antagelser om sådanne hensigters motiverende kraft. Jfr. den anførte udtalelse af Poul Andersen.

Ad 2) Som under 1 betragtes den subjektive hensigt som en retlig mangel, der er egnet til at påvirke afgørelsens saglige rigtighed /lovlighed. For at betragte den trufne afgørelse som ulovlig fordres imidlertid en konkret vurdering af, om manglen også i det konkrete tilfælde har indvirket på afgørelsens saglige rigtighed.

Inden for denne ramme kan prøvelsestemaet imidlertid repræsentere forskellige grader af intensitet. Der er således forskel på, om temaet formuleres som spørgsmålet om:

Ad a) Den foreliggende mangel rent faktisk har bevirket, at den trufne beslutning efter sit indhold er ulovlig.

Ad b) Afgørelsen ville ikke være blevet truffet eller ville eventuelt have været af en andet indhold, om ikke manglen (hensigten) havde foreligget.

I forhold til prøvelsestema af den under a) angivne karakter er den usaglige hensigt alene af processuel betydning for prøvelsen af den trufne afgørelses saglige rigtighed. Dette betyder, at hensigten ikke primært er prøvelsens egentlige genstand. Tilstedeværelsen af usaglig hensigt foranlediger derimod intensivering af prøvelsen.

Herudover - og i snæver forbindelse hermed - er den usaglige hensigt af bevismæssig betydning. Udgangspunktet for prøvelsen må således være en forhåndsformodning mod lovligheden af den trufne beslutning, idet der med tilstedeværelsen af den usaglige hensigt er etableret en formodning for at afgørelsens grundlag reelt er de hensyn, der kommer til udtryk i den usaglige hensigt. Denne forhåndsformodning kan afkræftes, *men bevisbyrden påhviler kommunalbestyrelsen.*

Et bedømmelsesgrundlag af den under 1) og eventuelt 2),b) angivne karakter er at foretrække, i det omfang prøvelsesinstansen ikke er i stand til eller ønsker at gå ind i en egentlig materiel prøvelse af, om 1.instans-afgørelsen efter sit indhold er lovlig.

Men også herudover kan der argumenteres for en afgrænsning af prøvelsen til det under 1) skitserede. Jo videre skøn det relevante retsgrundlag overlader for førsteinstans-myndigheden, jo lettere vil det principielt være for denne at løfte bevisbyrden, d.v.s. sandsynliggøre at den trufne afgørelse er sagligt holdbar. I det omfang det hermed er muligt at legitimere afgørelser, som i fremtrædelsesformen er korrekte, til trods for at afgørelsen faktisk er båret af usaglige hensyn, kan de under 2) anførte modeller være forbundet med betænkeligheder. Hvordan det i det enkelte tilfælde faktisk forholder sig i denne henseende, må naturligvis bero på, med hvilken grad af intensitet prøvelsen foretages, og i snæver forbindelse hermed, hvilke krav der stilles til bevisets vægt. Spørgsmålet herom er afgørende for eksistensen og omfanget af et område, som faktisk unddrager sig retlig kontrol. Man kan således konstatere, at hverken det af ældre eller nyere teori formidlede billede af prøvelsens rækkevidde og grundlag i tilstrækkelig grad eliminerer forvaltningens mulighed for at forfølge ulovlige formål under dække af det brede legitimationsgrundlag moderne hjemmelstyper i så rigt mål stiller til forvaltningens rådighed.

Som en delvis afbødning heraf skal her peges på muligheden for og ønskeligheden af at korrigere og supplere gældende prøvelsesteori med en anerkendelse af den usaglige (subjektive) hensigt som en egentlig selvstæn-

Fjerde del. Kap.XII.4.

dig retlig mangel med materielvillig ugyldighedsvirkning. Den heri liggende retablering af ældre magtfordrejningslære er kun delvis, idet intentionen naturligvis ikke er en genoplivelse af den hertil knyttede tese om forvaltningens frie skøn og heraf afledte prøvelsesbegrænsninger. Tanken er tværtimod at introducere prøvelse af hensigten som et supplement til den *principielt* ubegrænsede materielle prøvelse, som er pointen i nyere teoris opgør med den klassiske magtfordrejnings- og prøvelseslære, jfr. udførligt herom kap. XIV.

4. Tilsynsmyndighedernes praksis i prøvelsen af magtfordrejning

Undersøgelsen af tilsynsmyndighedernes praksis vil blive afgrænset til alene at omfatte tilfælde, hvor det almindelige tilsyn selv er ressortmyndighed. Hermed afskæres komplikationer, som udspringer af forholdet mellem det almindelige og det specielle tilsyns kompetence (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning II s. 259ff). De afgrænsningsvanskeligheder der foreligger, hvor der eksisterer en dobbeltkompetence, bliver uden betydning, når undersøgelsens genstand alene omfatter sagsområder, i forhold til hvilke det almindelige tilsyn er enekompetent. En sådan enekompetence er utvivlsom, hvor kontrollens genstand er den kommunale afgørelses overensstemmelse med styrelsesloven, kommunalfuldmagten og almindelige forvaltningsretlige grundsætninger.

Spørgsmålet om den usaglige hensigts betydning for lovligheden af kommunale afgørelser har især været rejst i forbindelse med kommunernes overholdelse af kommunalfuldmagten. Kommunalfuldmagten er betegnelsen for et system af uskrevne grundsætninger, der nærmere regulerer lovligheden af kommunal virksomhed (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning II, s. 28). Kommunalfuldmagten indebærer eksempelvis forbud mod, at kommunerne driver forsyningsvirksomhed med det formål at opnå indtægter, ligesom kommunalfuldmagten også inderholder et forbud mod, at kommunerne yder individuel støtte til erhvervsvirksomheder og enkeltpersoner.

Tilsidesættelse af disse grundsætninger kan være meget vanskelig at kontrollere, fordi kommunale dispositioner omvendt er lovlige, når de tjener et lovligt kommunalt formål. Spørgsmålet bliver således, om

tilsynsmyndighedernes prøvelse begrænses til kontrol af, om den kommunale beslutning i *formen* er lovlig, d.v.s. at den fremtræder som motiveret i lovlige kommunale hensyn, eller om der herudover også åbnes mulighed for at prøve kommunalbestyrelsens egentlige hensigt med den trufne afgørelse, d.v.s. kontrollere om kommunalbestyrelsens begrundelse, som den fremtræder i afgørelsen, også svarer til de bag afgørelsen liggende reelle intensioner.

Til illustration heraf kan indledningsvis anføres en sag vedrørende en kommunalbestyrelses beslutning om at sætte vandafgiften op med det *erklærede formål* at omfordele skattebyrden fra direkte til indirekte skatter (FOB 1975 s. 380).

Kommunalbestyrelsen indtager det standpunkt, at det er fuldt lovligt på den måde at omfordele de kommunale indtægter og udgifter.

Indenrigsministeriet mener ikke, at en kommune kan indføre en takst- og afgiftspolitik, der øver direkte indflydelse på den kommunale skatteudskrivning, hvorimod en kommune efter indenrigsministeriets opfattelse ikke er afskåret fra ved takstfastsættelse at tage hensyn til en rimelig selvfinansiering af fremtidig anlægsvirksomhed vedrørende den pågældende forsyningsvirksomhed.

Kommunalbestyrelsen svarer, at den ikke deler indenrigsministeriets opfattelse:

»Kommunalbestyrelsen agtede derfor ikke at gennemføre en nedsættelse af vandafgiften, men kommunen havde i anledning af sagen og i forventning om et nyt budget- og regnskabssystem for kommunerne vedtaget med virkning fra 1973/74 at henlægge eventuelt overskud fra vandforsyningen til finansiering af fremtidig anlægsvirksomhed«.

Klageren henstiller til indenrigsministeriet, at dette gennemtvinger sin retsopfattelse. Indenrigsministeriet svarer imidlertid, at da kommunen har besluttet at henlægge eventuelt overskud til fremtidig anlægsvirksomhed »fandt ministeriet ikke grundlag for at udtale, at afgiftsfastsættelsen var i strid med de herfor gældende principper«.

Ombudsmanden foretager en meget omfattende oplysning af sagen med konstant kontradiktion mellem de i sagen involverede og gennemgang af vandforsyningsregnskaberne med henblik på regnskabsmæssige afskrivninger og foretagne udlæg i den sidste 10-års periode. Disse viser relativt konstante resultater, svingende inden for en ramme af ca. 500.000 kr.

Fjerde del. Kap.XII.4.

overskud/underskud. Afskrivningerne har konstant ligget omkring 400.000 kr. Anlægsudgifterne har været konstant faldende og har fra 1973/74 været ca. 78.000 kr. Kommunalbestyrelsen har oplyst, »at der ikke for tiden påtænkes nyanlæg inden for vandforsyningsvirksomhed«.

Ombudsmanden udtaler, at kommunen fastsatte vandafgiften »med det *sigte* at nedbringe de kommunale skatter«.

Ombudsmanden udtaler endvidere, at han ligesom indenrigsministeriet ikke kan betragte kommunens oprindelige beslutning om at sætte vandafgiften op som en retmæssig beslutning. Og at kommunens overførsel af overskuddet til drift- og fornyelsesfonden, hverken indebar en anerkendelse af indenrigsministeriets retsopfattelse, »og for så vidt heller ikke nogen anvendelse af den nævnte retsgrundsætning«.

At en konsekvent anvendelse af indenrigsministeriets retsopfattelse ville være, at kommunalbestyrelsen traf en *ny* selvstændig afgørelse på grundlag af forventninger om fremtidig anlægsvirksomhed.

Ombudsmanden henstiller derfor til indenrigsministeriet, »at søge foranlediget at kommunalbestyrelsen tager op til behandling, hvorvidt der på grundlag af realistiske overvejelser af fremtidig anlægsvirksomhed er *sagligt* grundlag for opretholdelse af de henlagte overskudsbeløb ... eller om det må anses for rettest, at en del af overskuddet anvendes til fremtidig takstnedsættelse«.

Sammenfattende kan det om ombudsmandens stilling til sagen anføres, at ombudsmanden betragter kommunalbestyrelsens beslutning som ulovlig. At denne ulovlighed ikke helbredes af overskudsoverførslen til drifts- og fornyelsesfonden. At en sådan helbredelse i hvert tilfælde vil kræve en ny formel beslutning efter overvejelse af det *reelle* fremtidige investeringsbehov. Og endelig at afgørelsen formentlig er materielt ulovlig, hvis ikke den følges op af en dokumentation for den saglige rigtighed i at foretage disse henlæggelser eller af en beslutning om at anvende det opsamlede overskud til fremtidige takstnedsættelser.

En sammenligning med indenrigsministeriets behandling og afgørelse af sagen synes især at vise, at indenrigsministeriet og ombudsmanden er enig i indholdet af den kommunalretlige grundsætning, sagen drejer sig om. At denne grundsætning er tilsidesat ved kommunalbestyrelsens første afgørelse, og at der altså foreligger tilsidesættelse af kommunalfuldmagten eller magtfordrejning. At indenrigsministeriet anser denne mangel for helbredt ved kommunalbestyrelsens efterfølgende beslutning, medens ombudsman-

den nægter at lade afgørelsen legitimere ved en forandring af dennes form. At indenrigsministeriet i sin bedømmelse kun lægger vægt på, om afgørelsen fremtræder som objektivt lovlig, og i denne henseende lader sig nøje med meget lidt, i betragtning af at kommunen udtrykkeligt har erklæret ikke at være enig med indenrigsministeriet i dettes retsopfattelse, *at* der ikke konkret påtænkes nyanlæg, *at* beløbene oplagt udgør massivt tilsigtet overskud, *at* kommunalbestyrelsen klart har erklæret sin usaglige hensigt.

I modsætning hertil lægger ombudsmanden stor vægt på denne hensigt, jfr. »med det *sigte*«. Denne hensigt bliver af ombudsmanden øjensynligt betragtet som en mangel, der i hvert tilfælde antages at have været egnet til at påvirke afgørelsens indhold, da det ellers ville savne fornuftig mening at kræve sagen behandlet påny. At ombudsmanden formentlig også betragter manglen som konkret væsentlig indiceres af ombudsmandens opfordring til indenrigsministeriet om at foranledige, at kommunalbestyrelsen tager spørgsmålet om fremtidig takstnedsættelse op til overvejelse.

Det anførte tilfælde er langt fra enestående. Som et andet eksempel kan anføres en kommunalbestyrelses ønske om at erhverve en fabriksejendom for et betydeligt beløb, således at der ved købesummen blev givet fabrikken økonomisk grundlag for et nybyggeri inden for kommunens grænser. »Indenrigsministeriet anså en sådan aktion for ulovlig. *Kommunen anførte da, at den egentlige begrundelse for erhvervelsen af fabriksbygningen var, at den skulle benyttes til forskellige kommunale formål, herunder opmagasinering af materiel tilhørende brandvæsenet og civilforsvaret.* Til disse formål måtte erhvervelsen af bygningen være fuldt lovlig, og indenrigsministeriet godkendte da også erhvervelsen uden nærmere at undersøge prisens rimelighed» (*Harder: Dansk kommunalforvaltning II s. 33-34*).

Harder anfører videre, at »salg af industrijord til priser, der vanskeligt kan forklares som rimelige, er noget som enhver tilsynsmyndighed har været stillet overfor, og byplanmæssige og fredningsmæssige formål har været begrundelser for erhvervelser, hvis slet skjulte formål var indtil videre at udleje en ejendom til industriel virksomhed« (op.cit. s. 77).

»Der er således kommuner, der har sikret opførelse af butikcentre ved at indgå forhåndsaftaler med bygherren om leje af lokaler til administration af bibliotek eller ved at betale dyrt for at indrette offentlige parkeringspladser i kælderen. Der er kommuner, der har indrettet teatersal eller forsamlingslokaler i tilslutning til et byggeri omfattende hotel og restaura-

Fjerde del. Kap.XII.4.

tion, og der er som allerede nævnt tilfælde, hvor kommunale biografteatre har måttet afgive begrundelse for en udstrakt garantipåtagelse for at muliggøre finansieringen af en privat erhvervsbyggeri. Eksemplerne er talrige og er alle præget af en individuel tilpasning« (op.cit. s. 83).

Når indenrigsministeriet således undlader at tillægge den usaglige hensigt betydning i tilfælde som det anførte, hvor kommunalbestyrelsen direkte har erklæret det ulovlige formål som afgørelsens grundlag, kan en tilsvarende tilbageholdenhed ikke overraske i tilfælde, hvor kommunalbestyrelsen direkte bestrider tilstedeværelsen af usaglige hensyn/hensigter.

Til illustration heraf kan anføres sagen om en kommunalbestyrelses køb og videresalg af en landejendom til en af kommunalbestyrelsesmedlemmernes slægtninge (IM 1974/1130/0900-1 af 9. juli 1975).

Hovedspørgsmålet i sagen er, om købet og især videresalget er udslag af magtfordrejning grundet i nepotisme. Afgørende i denne henseende er, om kommunens køb af ejendommen og delvise videresalg af denne reelt var synkroniseret, således at købet blev foretaget med det formål for øje at videresælge til netop det omhandlede familiemedlem. Der foreligger i sagen klare indicier for, at dette var tilfældet. Imidlertid angiver kommunalbestyrelsen som begrundelse for købet af hele ejendommen og det efterfølgende videresalg af hovedbygningen etc. *planlægningsmæssige hensyn samt behov for at kunne benytte avlsbygningerne til kommunens maskinpark.*

Indenrigsministeriet udtaler, at ministeriet »ikke har fundet grundlag for at antage, at kommunalbestyrelsen ved erhvervelsen af hele ejendommen ... har fulgt noget ulovligt formål. Det bemærkes herved, at indenrigsministeriet *ikke ser sig i stand til at tage stilling til Deres anbringende om, at kommunens forhandlinger om erhvervelse og afhændelse af ... har været ført sideløbende, idet dette anbringende er bestridt af kommunalbestyrelsen*«.

Eneafgørende for indenrigsministeriets afgørelse af dette spørgsmål bliver således kommunalbestyrelsens udsagn herom. Når kommunalbestyrelsen ikke selv erklærer/ indrømmer det ulovlige formål, ser indenrigsministeriet sig afskåret fra at foretage nogen prøvelse heraf. Dette skal ses på baggrund af, at sagen rigeligt rummer indicier for en reelt eksisterende synkronisering af handlerne. Således kommer kommunen meget sent i tanke om sit udvidede behov, til trods for at den samlede ejendom hele tiden har været til salg. Hertil kommer, at kommunen forud (14. marts

1972) havde afsluttet forhandlinger om særskilt køb af nogle gården tilhørende parceller. Kommunen havde derimod ikke senere forsøgt særskilt at købe det man angiveligt yderligere havde fået behov for (jord og bygninger), selvom sælgerens annoncer åbnede mulighed herfor.

Den kommunale beslutningsproces er karakteriseret ved bemærkelsesværdig hurtighed og talrige retlige mangler:

Den 17. marts kl. 8.30 om morgenen(!) afholdes således - i strid med styrelsesloven og dens forudsætninger, jfr. lovens § 10, *Erik Harder*: Dansk Kommunalforvaltning I 4. udg. s. 58 - et »kombineret« økonomi- og kommunalbestyrelsesmøde. Med hensyn til dette møde har tilsynsrådet (Roskilde amt, 24. januar 1975) måttet påtale, at økonomiudvalgets originale protokol efter renskrivningen er blevet kasseret, »idet dette bl.a. har vanskeliggjort dokumentation for, at der denne dato har været afholdt et økonomiudvalgs-møde«.

Medens et sådant hastværk vel lader sig begrunde for så vidt angår selve købet af ejendommen, synes det noget vanskeligt at forklare i forbindelse med ejendommens videresalg til X.

Imidlertid er også denne del af forløbet præget af opsigtsvækkende hurtig sagsbehandling. Således træffer kommunalbestyrelsen beslutning om køb af ejendommen den 20. marts. Og slutseddel som skal effektuere videresalget til X underskrives den 23. marts 1972. Forhandlingerne mellem X og kommunen samt kommunens kontakter med andre interesserede har angiveligt ikke fundet sted *før den 22. marts 1972!*

Dette tidsfølgespørgsmål er også afgørende for vedkommende kommunalbestyrelsesmedlems (svigerfaderen) habilitet på kommunalbestyrelsens møde vedrørende kommunens køb af ejendommen den 20. marts 1972. Da spørgsmålet herom naturligvis er helt sammenfaldende med det ovenfor anførte om reel synkronisering, må indenrigsministeriet følgelig også herom udtale, at »indenrigsministeriet ikke på det foreliggende grundlag er i stand til at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt ... må antages at have været inhabil ved kommunalbestyrelsens behandling af sagen i det nævnte møde, *allerede fordi kommunalbestyrelsen har bestridt Deres anbringende om, at der sideløbende med forhandlingerne angående kommunens køb af ejendommen skulle have været ført forhandlinger med ... om videresalg til ...*«.

Ejendommen har ikke af kommunalbestyrelsen været udbudt til salg. Imidlertid finder indenrigsministeriet ikke grundlag for at betvivle, at kommunalbestyrelsen har rettet henvendelse til dem, der havde tilkendegivet interesse i at erhverve ejendommen. Dette er naturligvis et helt centralt punkt i forhold til spørgsmålet, om kommunen købte for at videresælge til X. Indenrigsministeri-

Fjerde del. Kap.XII.4.

ets tillid synes imidlertid ikke at bygge på faktiske oplysninger. Den anvendte formulering »ministeriet har ikke fundet grundlag for at bestride ...« peger nærmest i retning af, at ministeriet på dette punkt har forholdt sig som med hensyn til de øvrige af kommunalbestyrelsen bestridte fakta i sagen. Hvis dette er tilfældet, vil det sige, at indenrigsministeriet ikke føler sig foranlediget til at betvivle, at der mellem den 21. om morgenen og den 22. skulle være forhandlet med en bestemt angivet anonym interesseret og et ukendt antal liebhavere, hvorefter forhandlingerne for første gang indledes med X den 22. marts for den 23. at resultere i en underskrevet slutseddel. Et sådant hændelsesforløb må vel indtil det dokumenteres, betegnes som mindre sandsynligt.

Spørgsmålet om denne dokumentation hænger snævert sammen med spørgsmålet om overholdelse af offentlighedslovens § 4. Indenrigsministeriets erklæring om dette forhold er til dels uforståelig. Ministeriet indleder med at konstatere, at der ikke i forbindelse med dets behandling af sagen er tilgået ministeriet materiale vedrørende eventuelle alternative tilbud, »men at der i henhold til § 4 i lov om offentlighed i forvaltningen har påhvilet kommunalbestyrelsen at drage omsorg for, at der til sagens akter i fornødent omfang bliver udarbejdet skriftlige notater om mundtligt fremsatte tilbud og førte forhandlinger«. Hermed tilkendegiver indenrigsministeriet således, *at* der ifølge offentlighedslovens § 4 er pligt til at udarbejde sådant materiale, men *at* ministeriet ikke har kendskab til sådant skriftligt materiale!

Afslutningsvis skal det anføres, at handelens indgåelse samt udformningen af dens nærmere betingelser er blevet forestået af advokat ..., *som er køberen X's ægtefælle*. Køberens ægtefælle - som er søn af et kommunalbestyrelsesmedlem - har således optrådt som advokat for både sin hustru køberen og sælgeren (kommunen).

Det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem optræder - på trods af utvivlsom inhabilitet - i økonomiudvalgets møder (10. april 1972) vedrørende handelens indgåelse, og ligeledes på det kommunalbestyrelsesmøde (17. april 1972) som endeligt godkender handelen.

Selvom ombudsmanden ikke deler den af indenrigsministeriet fremførte generelle opfattelse af de kommunale tilsynsmyndigheders - meget begrænsede - undersøgelsesmuligheder, er det dog ombudsmandens opfattelse, at der ikke i denne sag var mulighed for tilsynsmyndighederne at nå til en nærmere afklaring af spørgsmålet om sagligheden af kommunens ejendomserhvervelse. Ombudsmanden finder således heller ikke, at der i de anførte oplysninger for tilsynsmyndighederne var grundlag for antagelse om, at kommunens beslutning om køb af hele ejendommen blev truffet med det formål at sikre X hovedbygningerne.

Indenrigsministeriets udtalte tilbageholdenhed i prøvelsen bekræftes fuldt ud i andre lignende sager. I et næsten identisk tilfælde vedrørende en kommunes salg af en skolebygning til et kommunalbestyrelsesmedlems pårørende udtaler indenrigsministeriet således, »at indenrigsministeriet ikke på det foreliggende grundlag har fundet anledning til at kritisere, at tilsynsrådet ikke har taget stilling til det fremsatte anbringende om, at ejendommen allerede før det foretagne offentlige udbud skulle være givet ... på hånden, således at andre interesserede ikke havde mulighed for at byde på ejendommen, *når rigtigheden af dette anbringende er bestridt af de implicerede i sagen*« (IM 1974/1130/0500-1 af 26. august 1974).

Endelig vil indenrigsministeriets prøvelse af magtfordrejning i forbindelse med styrelsesspørgsmål i det følgende blive belyst på grundlag af en sag om Københavns kommunes ændring af styrelsesvedtægten.

Københavns kommunes borgerrepræsentation traf på møde den 13. maj 1982 beslutning om, at Københavns Kommunes styrelsesvedtægt blev ændret således, at den del af den fysiske planlægning, der vedrører udarbejdelse af lokalplaner overførtes fra magistratens 4. afdeling til overborgmesterens afdeling.

Borgmesteren for 4. afdeling Viljo Sigurdsson klagede til indenrigsministeriet (Indenrigsministeriets afgørelse af 15. april 1983 IM 1981/120/0100-3) med anmodning om, at indenrigsministeriet skulle afslå at stadfæste ændringen, da denne efter borgmesterens opfattelse var ulovlig. Borgmester Viljo Sigurdsson mente således, at ændringen var politisk motiveret og i det hele taget måtte ses som udtryk for et politisk magtspil.

Ved skrivelse af 15. april 1983 godkender indenrigsministeriet den af borgerrepræsentationen truffe beslutning om vedtægtsændring. (Københavns kommunes styrelsesvedtægt § 12, stk. 2).

Som anført kan vedtægtsændringer alene begrundes i saglige hensyn af teknisk /administrativ karakter, d.v.s. overvejelser over det administrative hensigtsmæssige i en bestemt kompetencefordeling (*Steen Rønsholdt: Juristen* 1983, s. 218ff om Københavns Kommunes styrelsesordning). Vedtægtsændringer der ikke er begrundet i sådanne saglige hensyn men derimod i partipolitiske modsætningsforhold i almindelighed eller utilfredshed med den pågældende magistratsborgmesters embedsførelse i særdeleshed er ulovlige og kan derfor ikke godkendes af indenrigsministeriet.

Denne retsopfattelse er også klart fastslået af indenrigsministeriet, som i en skrivelse til borgerrepræsentationen udtaler:

Fjerde del. Kap.XII.4.

»Indenrigsministeriet må således som stadfæstende myndighed påse, at der ikke ved en foreslået ændring af en kommunes styrelsesvedtægt søges varetage andre hensyn end strukturelle, f.eks. hensyn, hvorved kommunalbestyrelsen i en magistratskommune søger at løse konflikter, der har deres baggrund i en uenighed i den måde, hvorpå en borgmester eller en rådmand varetager de opgaver, der påhviler den pågældende efter styrelsesloven eller vedkommende kommunes styrelsesvedtægt« (op.cit. IM skrivelse af 19. juli 1982).

Efter kommunevalget fremkom imidlertid i presse og radio talrige oplysninger om, at et flertal i borgerrepræsentationen havde planer om at fratage magistratens 4. afdeling under borgmester Villo Sigurdsson væsentlige dele af dennes sagsområde. I motiveringerne herfor indgik i vidt omfang hensyn, som - jfr. det ovenfor anførte - er klart usaglige, idet der især indgik beskyldninger om politisk motiveret obstruktion af sagsbehandlingen. Eksempelvis kan anføres:

»Det kan ikke nytte, at vi har en magistratsafdeling, som på alle mulige måder prøver at forsinke byggesagerne. ...« (Den socialdemokratiske ordfører Villy Steffensen, Politiken 25/2 1982).

»Allerede lige efter kommunevalget sagde jeg til Weidekamp, at nu skulle vi se at få en løsning på problemet med, at lokalplan- og byggesager flød hos Villo ...« (Borgmester Thustrup Hansen, Information 26/2 1982).

»Et omfattende materiale kan dokumentere, at Villo Sigurdsson misbruger planlovgivningen til at forhale ti konkrete byggesager, der drejer sig om erhvervsbyggeri«. (Overborgmester Weidekamp, Københavns Radio den 24/2 1982).

Jfr. i øvrigt yderligere eksempler Rønsholdt Juristen 1985 s. 225ff.

Imidlertid anføres disse hensyn ikke som den formelle begrundelse for borgerrepræsentationens beslutning. I forslaget til beslutningen henvises derimod alene til saglige hensyn, idet den eksisterende kompetencefordeling har »vist sig uhensigtsmæssig«.*)

*) I forslaget udtales bl.a.: »Man skal derfor foreslå, at den fysiske planlægning påny samles ved, at lokalplanlægningen overføres til overborgmesterens afdeling, idet man også af hensyn til det fremtidige kommuneplanarbejde, herunder arbejdet med bydelsplaner, må finde den nuværende opdeling mellem de to magistratsafdelinger uhensigtsmæssig«.

Såvel borgerrepræsentationens forslag som den vedtagne beslutning ligger således i formen helt inden for rammerne af det ovenfor anførte krav om, at vedtægtsændringer skal være sagligt motiverede i teknisk/administrative hensyn. De illustrerede beskyldninger om partipolitisk motiveret obstruktion af sagsbehandlingen indgår hverken i selve forslaget eller dets motivering.

Situationen er herefter den, at kun saglige hensyn anføres som grundlag for beslutningen om vedtægtsændring. De usaglige hensyn fremtræder hverken i forslaget eller i motivationen for dette, til trods for at disse hensyn spillede den helt dominerende rolle i debatten op til ændringsforslagets fremsættelse.

I forbindelse med sagens forelæggelse for indenrigsministeriet til godkendelse lægger ministeriet op til en ret intensiv prøvelse (op.cit. IM skrivelse af 19. juli 1982). Ministeriet fastslår klart, at alene struktursyn kan begrunde en ændring af styrelsesvedtægten: »En ændring af styrelsesvedtægten må altid være begrundet i strukturelle synspunkter«.

Udover denne positive afgrænsning af de muligt lovlige hensyn giver ministeriet også klart udtryk for sine opgaver i henseende til at afskære usaglige hensyn. Ministeriet anfører det således som sin opgave at påse, »at der ikke ved en foreslået ændring af en kommunes styrelsesvedtægt søges varetaget andre hensyn end strukturelle, f.eks. *hensyn hvorved kommunalbestyrelsen i en magistratskommune søger at løse konflikter, der har deres baggrund i uenighed i den måde, hvorpå en borgmester eller rådmand varetager de opgaver, der påhviler den pågældende efter styrelsesloven eller vedkommende kommunes styrelsesvedtægt*«.

Og at indenrigsministeriet i denne henseende ikke blot vil tage borgerrepræsentationens formelle motivering for forslaget til efterretning kommer klart til udtryk, når ministeriet ser det som sin opgave at vurdere, »om der i sagen er *omstændigheder der kan indicere*, at der foreligger uvedkommende (ulovlige) hensyn, der skyldes utilfredshed med en borgmesters eller rådmands varetagelse af sit sagsområde«.

At det anførte virkelig kan antages at være udtryk for en intensivering af prøvelsen bestyrkes af indenrigsministeriets påpegning af de retssikkerhedsgarantier, som i lovens § 53a er institueret som krav om obligatorisk domstolskontrol og den i forbindelse hermed foretagne understregning af, at »dersom det er borgerrepræsentationens opfattelse, at en borgmester gør sig skyldig i egentlige administrative forsømmelser, må konflikten løses

Fjerde del. Kap.XII.4.

derived, at borgerrepræsentationen i overensstemmelse med bestemmelserne i § 53a vedtager at fratage den pågældende en opgave, eller eventuelt at der tages skridt til at søge den pågældende fritaget for hvervet«.

Indenrigsministeriet fastslår herefter udtrykkeligt, at der faktisk foreligger indicier for usaglige hensyn som grundlag for forslaget om vedtægtsændringen: »Ministeriet har imidlertid også bemærket, at der foreligger en række omstændigheder, der kan indicere, at der i baggrunden for ønsket om den ansøgte ændring, indgår utilfredshed med den af borgmesteren for 4. afdeling udøvede embedsførelse. En sådan utilfredshed kan efter det ovenfor anførte ikke indgå i grundlaget for en vedtægtsændring, der fratager den pågældende borgmester et sagsområde«.

Med hensyn til subsumtionen af faktum under reglen (de lovlige hensyn) vil indenrigsministeriet overlade borgerrepræsentationen en vis skønsmæssig margin. Indenrigsministeriet udtaler herom, at for så vidt angår ministeriets hensigtsmæssighedsprøvelse, d.v.s. ministeriets prøvelse af, om vedtægtsændringen ud over at være lovlig også i administrativ henseende er hensigtsmæssig vil »lægge betydelig vægt på vedkommende kommunalbestyrelses eget skøn over, hvorvidt en foreslået ændring bedømmes som hensigtsmæssig. D.v.s. om kommunalbestyrelsen finder, at den derved tilsigtede ændring af kommunens administrative struktur kan formodes at ville bevirke, at denne efter ændringen fremtræder mere hensigtsmæssig end før ændringen«.

Dette spørgsmål om hensigtsmæssigheden af den i forslaget foreslåede ændring og dermed spørgsmålet om uhensigtsmæssigheden af den på forslagets tidspunkt eksisterende ordning, er - som det eneste mulige - også af borgerrepræsentationen gjort til det afgørende grundlag for legitimeringen af forslaget. På trods heraf ses spørgsmålet herom ikke på nogen måde at være blevet oplyst/dokumenteret af borgerrepræsentationen. Indenrigsministeriet udtaler herom, at »man skal endvidere bede oplyst, hvilke undersøgelser, der ligger til grund for borgerrepræsentationens antagelse af, at den nuværende fordeling af sagsområderne mellem magistratens 4. afdeling og overborgmesterens afdeling er uhensigtsmæssig, herunder om der måtte foreligge skriftligt materiale herom. *Det bemærkes herved, at der ikke ses at være medfulgt dokumentation til nærmere belysning af dette forhold*«.

Alt i alt synes bevisbyrden klart at være placeret på borgerrepræsentationen. Denne må således overbevise indenrigsministeriet om, at forslaget er

Kap. XII.4.

lovligt, og i snæver forbindelse hermed, at den foreslåede omstrukturering af forvaltningen også er hensigtsmæssig. Hvad angår spørgsmålet om bevisets vægt bemærker man sig indenrigsministeriets efterlysning af skriftligt materiale som dokumentation.

Indenrigsministeriets afgørelse beror herefter på borgerrepræsentationens svar, d.v.s. fremskaffelse af dokumentation samt på spørgsmålet om, »hvorvidt der i begrundelsen for ønsker om ændring af vedtægten indgår andre hensyn end hensynet til at sikre den mest hensigtsmæssige fordeling af sagsområderne mellem magistratens afdelinger ...«, jfr. de ovenfor anførte citater og udtalelser »der går ud på kritik af borgmesterens embedsførelse i øvrigt«.

Som en del af grundlaget for indenrigsministeriets afgørelse (op.cit. IM skrivelse af 15. april 1983) indgår de ovenfor anførte spørgsmål stillet af indenrigsministeriet samt svarene herpå fra borgerrepræsentationen/magistraten. (Borgerrepræsentationen svarer indenrigsministeriet ved at videreende en udtalelse som *magistraten* havde afgivet til borgerrepræsentationen den 30/11 1982).

»Magistraten afviser, at der foreligger indicier for, at der i baggrunden for ønsket om vedtægtsændring indgik utilfredshed med embedsførelsen hos borgmesteren i magistratens 4. afdeling«. Denne afvisning begrundes magistraten med henvisning til, at de fremdragne udsagn »i væsentligt omfang vedrører spørgsmålet om *byggesagernes behandling* ...«, samt at de afgivne udtalelser ikke gik »*udover de rimelige grænser, som der må være i en mundtlig politisk debat, uden at et i det skriftlige materiale angivet sigte med et forslag derved reelt kan bringes i tvivl*«.

Hertil udtaler indenrigsministeriet, at det ikke er enig i, at de anførte citater især vedrører byggesagsbehandlingen. Ministeriet mener tværtimod, at de anførte citater samt de tre forslagsstilleres indlæg i borgerrepræsentationen (29. april 1982) »*vedrører næsten udelukkende lokalplansagerne* ...«.

For så vidt angår borgerrepræsentationens/magistratens retsopfattelse vedrørende betydningen af udtalelser fremsat i en politisk debat udtaler indenrigsministeriet, at »indenrigsministeriet ikke kan dele den opfattelse, at mundtlige udtalelser i en politisk debat uden videre skal tillægges mindre vægt end en skriftlig begrundelse for et forslag«.

På indenrigsministeriets spørgsmål om, hvilke undersøgelser der lå til grund for borgerrepræsentationens vurdering af den eksisterende ordnings

Fjerde del. Kap.XII.4.

uhensigtsmæssighed, bemærker magistraten, at der »af forslagsstillerne også med eksempler er givet en dækkende beskrivelse af de erfaringer, som er indhøstet vedrørende lokalplanarbejdets forløb, og som løbende fremgår af borgerrepræsentationens forhandlinger, der trykkes i fuldstændig stenografisk gengivelse«.

Hertil konstaterer indenrigsministeriet blot, at ministeriet har bemærket sig, »at borgerrepræsentationens vurdering af den nuværende opgavefordeling mellem overborgmesteren og magistratens 4. afdeling hviler på erfaringer, der er indhøstet under behandlingen i borgerrepræsentationen af et stort antal lokalplanforslag«.

Sammenfattende kan man herefter konstatere, at de af indenrigsministeriet påpegede indicier for usaglige hensyn på ingen måde er blevet afsvækket endsige modbevist. Tværtimod har ministeriet - i ret så skarp en form - måttet tilbagevise magistratens udlægning af disse indiciers indhold og betydning.

For så vidt angår indenrigsministeriets efterlysning af en egentlig administrativ forberedelse af vedtægtsændringen med hertil hørende skriftlig dokumentation for de påberåbte hensigtsmæssighedsproblemer vedrørende den eksisterende kompetencestruktur, fremgår det klart, at en sådan systematisk administrativ undersøgelse aldrig er blevet foretaget. Som substitut herfor henviser *magistraten* indenrigsministeriet til at gennemse *borgerrepræsentationens* forhandlingsprotokoller in extenso!

Borgerrepræsentationen/magistraten har således på ingen måde kunnet rokke ved den yderst velfunderede forhåndsformodning mod ændringsforslagets lovlighed. Den pålagte bevisbyrde ses ikke blot delvist at være blevet løftet.

Alligevel falder indenrigsministeriets afgørelse ud til stadfæstelse af vedtægtsændringen. Om grundlaget herfor hedder det i ministeriets konklusion: »Uanset, at det ikke er ubetænkeligt at foretage væsentlige ændringer i sagsfordelingen mellem magistratsafdelingerne i en løbende valgperiode, har indenrigsministeriet ud fra en samlet vurdering af de foreliggende omstændigheder fundet, at der ikke foreligger tilstrækkeligt grundlag for at afslå at stadfæste den ønskede vedtægtsændring«.

Som grundlag for ministeriets afgørelse henvises altså til »en samlet vurdering af de foreliggende omstændigheder«. Hvad der nærmere ligger heri, er på baggrund af de anførte præmisser vanskeligt at vurdere. Der

Kap. XII.4.

synes således på en gang at foreligge rigeligt grundlag for at afslå at stadfæste og derudover manglende grundlag for at stadfæste.

Forklaringen skal muligvis søges i den af indenrigsministeriet anførte sidste passus før selve konklusionen. Efter at ministeriet som ovenfor anført har bemærket sig, at borgerrepræsentationens vurdering af opgavefordelingens hensigtsmæssighed »hviler på erfaringer, der er indhøstet under behandlingen i borgerrepræsentationen af et stort antal lokalplanforslag«, udtaler indenrigsministeriet videre, at ministeriet må *»lægge betydelig vægt på vedkommende kommunalbestyrelses eget skøn over hensigtsmæssigheden af en foreslået vedtægtsændring«*.

Til trods for at indenrigsministeriet om genstanden for stadfæstelsesbeføjelsen selv udtaler, at forslaget til vedtægtsændring *»skal være lovligt og hensigtsmæssigt«*, kan det på grundlag af de anførte præmisser samt indenrigsministeriets sidste passus om respekt for kommunalbestyrelsens skøn over »hensigtsmæssigheden af en foreslået vedtægtsændring«, se ud som om ministeriet har valgt at opgive legalitetskontrollen for alene at bygge sin afgørelse på spørgsmålet om forslagets hensigtsmæssighed. *Og at indenrigsministeriet i henseende til bedømmelsen heraf har ladet sig nøje med uhyre lidt*. Ministeriet synes således ikke at have andet grundlag for en vurdering af forslagets hensigtsmæssighed end borgerrepræsentationens/magistratens udtalelse herom.

Sammenfattende kan om indenrigsministeriets bedømmelsesgrundlag i sagen i hvert tilfælde med sikkerhed siges, at det ikke er af den ovenfor afsnit 3 under 1) anførte karakter. Om afgørelsen lader sig placere inden for det under 2) angivne spektrum af muligheder, kan ikke med sikkerhed afgøres på det foreliggende grundlag. Spørgsmålet synes da også uden enhver praktisk interesse, da et bekræftende svar - under hensyntagen til det anførte om bevisets stilling - måtte forudsætte, at afgørelsen af forslagets materielle lovlighed alene bygger på borgerrepræsentationens udsagn herom. Dette er formentlig også realiteten i indenrigsministeriets afgørelse og dennes passus om, at ministeriet må *»lægge betydelig vægt på vedkommende kommunalbestyrelses eget skøn over hensigtsmæssigheden af en foreslået vedtægtsændring«*.

Der er ingen tvivl om, at tilsynsmyndighedernes prøvelse - som eksplicit udtalt af indenrigsministeriet - også omfatter spørgsmålet om usaglige hensyn. Imidlertid kan den faktiske rækkevidde af denne prøvelse være

Fjerde del. Kap.XII.4.

vanskelig at bestemme i det enkelte tilfælde. Som eksempel på prøvelse der er begrænset til alene at omfatte abstrakt fortolkning/udfyldning kan anføres en sag, om hvorvidt det forhold at borgmesteren er født formand for økonomiudvalget, er uforeneligt med vedkommendes stilling som bestyrelsesformand for en bank, hvori en stor del af kommunens likvide kapital er anbragt (FOB 1981 s. 98). Klagerne anfører bl.a., at der er begået magtfordrejning som følge af, at kommunens likvider ikke er blevet trukket ud af den pågældende bank, efter at renten er blevet sat ned fra 18-20% til 12%. Som indicium for magtfordrejning anføres, at bankens samlede indlån faldt drastisk efter denne nedsættelse, mens andre typer indlån steg tilsvarende. Det anføres også, at kun én indskyder ikke har flyttet den indskudte kapital, nemlig ... kommune. Tilsynsrådet udtaler hertil bl.a., »at der efter tilsynsrådets opfattelse ikke i styrelsesvedtægtens § 20's ord 'på forsvarlig måde' kan indfortolkes krav om, at midlerne anbringes således, at der opnås størst mulig forrentning«. Ombudsmanden går i forhold hertil et skridt videre med udtalelsen om, »at ...'s indtræden i bestyrelsen for ... bank ikke i sig selv har medført ændring i den praksis, der følges med hensyn til midlernes anbringelse«.

Som eksempler på tilkendegivelser, der herudover indicerer, at prøvelsens genstand er usaglige hensyns inddragelse i afgørelsesgrundlaget kan anføres et tilfælde, hvor det udtales, at »tilsynsrådet har ikke fundet holdepunkt for at antage, at kommunalbestyrelsen i sit skøn over, hvorvidt klassen skulle deles, har inddraget hensyn, som den ikke var berettiget til at inddrage eller har undladt at medtage hensyn, som den var forpligtet til at medtage i afgørelsen, hvorfor der ikke er baggrund for at anfægte kommunalbestyrelsens skøn ud fra det synspunkt, at der skulle være taget usaglige hensyn fra kommunalbestyrelsens side« (TR Ringkøbing 089-0-99-34-83 af 8. december 1983).

I en sag, om et kommunalbestyrelsesmedlem var afskåret fra at deltage i kommunalbestyrelsens behandling og beslutning om ikke at fastsætte en ledig hjemmesygeplejerske påberåber klagerne sig foruden inhabilitet også magtfordrejning samt brud på lighedsgrundsætninger i forbindelse med afskedigelsen af den pågældende. (TR Sønderjylland 089-541 -99-2-83 af 17. august 1983). Tilsynsrådet statuerer ikke inhabilitet og udtaler herudover om sagens hovedspørgsmål, at rådet *ikke* finder »i det forelagte materiale grundlag for at fastslå, *at beslutningen er truffet ud fra usaglige hensyn*«.

som et enkelt eksempel på en tilsynsrausafgørelse, der klart bygger på en mere intensiv prøvelse, og samtidig også klart illustrerer de anførte vanskeligheder, der er forbundet med effektiv prøvelse af magtfordrejning, kan anføres en sag vedrørende klage over, at en kommunalbestyrelse skulle have begået magtfordrejning i forbindelse med udøvelsen af lokalplankompetence i medfør af kommuneplanloven (TR Ringkøbing 089-0-99-6-80 af 3. oktober 1980). Klageren anfører således, at kommunalbestyrelsen »ensidigt og udelukkende har varetaget en enkelt persons interesser ...«. Den person, der uretmæssigt skulle være blevet begunstiget, ejer således størstedelen af den jord, som i lokalplanen udlægges til industriformål, og vedkommende er formand for bestyrelsen af det aktieselskab, som forventes udflyttet til det udlagte industriområde.

Tilsynsrådet foretager en prøvelse af de trufne afgørelser i forhold til samtlige de love, der har været inde i billedet, d.v.s. lov om by- og landzoner, lov om lands- og regionsplanlægning, kommuneplanloven, lov om miljøbeskyttelse. Resultatet heraf bliver, at kommunalbestyrelsen ikke ses at have tilsidesat de relevante bestemmelser i disse love. Med hensyn til spørgsmålet om lokalplanen er tilvejebragt i en enkelt persons interesse, giver tilsynsrådet klart udtryk for de vanskeligheder, der er forbundet med - på grundlag af den anførte type retsgrundlag - at bestemme en konkret afgørelse som ulovlig/urigtig:

»I det omfang en ønsket foranstaltning er i overensstemmelse med kommuneplanen eller midlertidige rammer, godkendt efter kommuneplanlovens § 15, stk. 2, har kommunalbestyrelsen pligt til snarest muligt at udarbejde forslag til lokalplan og derefter fremme sagen mest muligt. Dette gælder også, selv om en privat har en interesse i en foranstaltnings gennemførelse, jfr. herved kommuneplanlovens § 16, stk. 4, hvorefter kommunalbestyrelsen kan forlange, at den, der har en sådan interesse, yder kommunen bistand ved udarbejdelsen af forslag til lokalplan«.

De legale rammer for »favorisering« af specifikke private interesser er således overordentlig vide. Alligevel går tilsynsrådet ind i en prøvelse af eventuelle usaglige hensyns tilstedeværelse og indvirkning på den trufne afgørelse. Indledningsvis fastslår tilsynsrådet, at der intet er til hinder for, at »kommunalbestyrelsens planlægningsafgørelse kan være ugyldig ud fra almindelige retsgrundsætninger ...«, uanset at kommunens planlægningsgrundlag er formelt godkendt. Som grundlag for prøvelsen af, om der ulovligt er ydet støtte til en enkelt erhvervsvirksomhed undersøger tilsyns-

rådet, om lokalplanen korresponderer med kommunens almindelige overvejelser over områdets anvendelse og - i forbindelse hermed - om denne konkrete plan er resultat af en kontinuerlig planproces:

»Efter det nu oplyste i sagen må tilsynsrådet lægge til grund, at kommunalbestyrelsen allerede fra udarbejdelsen af dispositionsplanen fra 1972 regnede med en vis erhvervsmæssig udvikling i ... området, og at kommunalbestyrelsen med udarbejdelsen af oplægget til regionplanen har regnet med muligheden af at anvende arealer øst for ... til større industrivirksomheder. Endvidere må det lægges til grund, at regionplanen udlægger områder til forurenende virksomheder omfattet af miljøbeskyttelseslovens kap. 5. Der har således været kontinuitet i planlægningen af det pågældende område«.

De ovenfor påpegede vide legale rammer bliver afgørende for resultatet: »Tilsynsrådet har som nævnt opfattet hovedpunktet i Deres klage derhen, at De netop mener, at der ydes sådan ulovlig støtte til en enkelt erhvervsvirksomhed. Da det imidlertid fremgår af kommuneplanlovens § 16, stk. 4, at kommunalbestyrelsen i et vist omfang har pligt til at gennemføre planlægning også i overensstemmelse med en enkelt interessets ønsker, og da der i øvrigt ikke er holdepunkt for at antage, at kommunalbestyrelsen retsstridigt har foretaget planlægning *udelukkende med det formål at varetage en enkelt borgers interesser*, finder tilsynsrådet ikke grundlag for at iværksætte foranstaltninger over for kommunalbestyrelsen i medfør af § 61 i lov om kommunernes styrelse«.

Den behandlede praksis viser klart, at tilsynsmyndighederne ikke afviser en prøvelse af den primære afgørelses saglighed, hvor denne lader sig foretage på grundlag af en *abstrakt* præmisbedømmelse. For så vidt angår spørgsmålet om konkret prøvelse herudover af usaglige hensyns tilstedeværelse og indvirkning på den trufne afgørelse, er retsstillingen meget usikker. Hvad angår oplysnings- og bevisspørgsmål må man regne med udtalt tilbageholdenhed i prøvelsen. Hvor kommunalbestyrelsen ikke selv erklærer eksistensen af usaglige hensyn, vil tilsynsmyndighederne i almindelighed ikke forfølge spørgsmålet yderligere. Og selv hvor usaglige hensyn klart fremtræder af den trufne afgørelse, går i hvert tilfælde indenrigsministeriet ikke ind i en væsentlighedsvurdering af det usaglige hensyns betydning for afgørelsen. Indenrigsministeriet accepterer derimod efterfølgende »reparation« i form af erklæring fra kommunalbestyrelsen om, at afgørelsen i virkeligheden er begrundet i lovlige hensyn, hensyn som

i øvrigt ofte efterfølgende er blevet forelagt kommunalbestyrelsen af tilsynsmyndigheden selv!

Det indledningsvis rejste spørgsmål om den usaglige hensigt som egentlig retlig mangel eller processuel anledning til intensiveret prøvelse, kan herefter for i hvert tilfælde indenrigsministeriets vedkommende besvares med et hverken eller. Det vil således i praksis altid være muligt for en kommunalbestyrelse ved valg af begrundelse - oprindeligt eller efterfølgende - at legitimere usaglige afgørelser.

Man må på denne baggrund kunne konkludere, at den almindelige antagelse om, at efterprøvelse af magtfordrejning til dels kan kompensere regulering ved habilitetskrav, i hvert tilfælde ikke har megen realitet i forhold til indenrigsministeriets kontrol med kommunale afgørelser.*)

Det anførte giver anledning til at rejse spørgsmålet, om magtfordrejningsgrundsætningen overhovedet omfatter de her omhandlede kommunale afgørelser, jfr. umiddelbart nedenfor.

5. Gælder grundsætningen om magtfordrejning også afgørelser vedrørende kommunens indre styre

Det er med vekslende grader af styrke og klarhed blevet hævdet, at de almindelige uskrevne grundsætninger om magtfordrejning ikke skulle være gældende for kommunale afgørelser, som ikke har borgerne som adressat, dvs. sager hvis genstand er kommunens indre styre.

*) Jfr. således bemærkningerne til forvaltningslovforslaget s. 13, hvorefter det forhold, at domstolene foretager »efterprøvelse af, om en anfægtet forvaltningsafgørelse er motiveret af hensyn, som i den foreliggende sammenhæng må karakteriseres som uvedkommende ... gør det forsvarligt i et vist omfang at tillade en lempelse af habilitetskravene ...«. Den tilsvarende forudsætning om, at ugyldighed på grund af speciel inhabilitet sjældent får selvstændig betydning i det omfang domstolene eller forvaltningsmyndigheden har mulighed for at træffe en materiel afgørelse i sagen, er hos *Poul Andersen* - som følge af dennes antagelse om begrænset prøvelse af skønsmæssige afgørelser - begrænset til tilfælde, hvor afgørelsen hviler på et retsgrundlag, der er fuldt lovbestemt (Dansk forvaltningsret 5. udg. s. 453).

Dele af den kommunalretlige teori har således bevæget sig i retning af et stadig mere éntydigt standpunkt for denne opfattelse:

»Det må understreges, at der på dette steds fremstilling alene er talt om retsgrundsætninger, der umiddelbart og udelukkende gælder for kommunestyret. *Andre retsgrundsætninger*, der er udviklet som gældende i almindelighed for forvaltningsmyndigheder, når de skal træffe afgørelse i sager om udstedelse af retsakter, vil også være gældende for de kommunale myndigheder. Det drejer sig om sådanne retsakter som byggetilladelser, tilladelser i henhold til miljølovgivning, beværterlovgivning m.v., og de pågældende retsgrundsætninger gælder med samme kraft hvad enten afgørelser træffes af de politiske organer eller i administrationen. De retsgrundsætninger, der er tale om, er sådanne som krav om lovhjemmel for forvaltningsudøvelse over for borgerne, ligelighed i forvaltningsudøvelsen, forbud mod magtfordrejning, habilitet m.v.« (*Harder: Dansk kommunalforvaltning I* 4. udg. s. 32).

Medens det citerede klart indeholder en tilkendegivelse af, på hvilke områder de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger i hvert tilfælde med sikkerhed er gældende for kommunerne, udtales det ikke direkte, at disse almindelige grundsætninger omvendt ikke skulle være gældende kommunalret i øvrigt.

I samme forfatters foreløbigt omarbejdede udgave af *Dansk Kommunalforvaltning II* s. 47 (Danmarks Forvaltningsskole 1984) lades imidlertid ingen tvivl tilbage: »Derimod vil de retsgrundsætninger, der i tidligere teori blev sammenfattet under betegnelser som magtfordrejning og lighed, kun få betydning, hvor en borger mener sig krænket ved en kommunal afgørelse og vil gøre krænkelsen gældende ved domstolene«.

To betingelser fordres således opfyldt for at anse en kommunal afgørelse for omfattet af grundsætningen om magtfordrejning: Afgørelsens genstand skal være en *borger* med fornøden søgsmålskompetence. Under forudsætning heraf vil spørgsmålet kunne prøves ved *domstolene*.

Hermed er der således formentlig givet udtryk for, at magtfordrejningsgrundsætningen ikke kan påberåbes i andet prøvelsesregie, dvs. for tilsynsmyndighederne eller ombudsmanden. Og at begrebet »borger« ikke skal opfattes i bred betydning som omfattende alle tilfælde, hvor enkeltpersoners - herunder kommunalbestyrelsesmedlemmers - interesser er krænket, men alene som omfattende tilfælde hvor sagens genstand er *eksterne* kommunale afgørelser, som efter deres indhold kan karakteriseres som myndighedsudøvelse, kommer til udtryk i forfatterens kritik af Østre Landsrets dom i sagen om Københavns kommunes ændring af kommunens

styrelsesvedtægt. (Jfr. Kommunen af 20. december 1984. Dommen vil blive omtalt nærmere nedenfor kap XIV.). Sagsøger i denne sag er jo netop den borgmester, som direkte berøres af vedtægtsændringen samt en tværpolitisk gruppe af kommunalbestyrelsesmedlemmer.

I denne sag anfører sagsøgte - tydeligt inspireret af Harder - at magtfordrejningslæren ikke uden videre kan anvendes, »hvor der er tale om politiske myndigheders stillingtagen til egne strukturelle forhold, og hvor der derfor ikke er nogen afgørelse i forhold til borgerne« (Østre Landsrets dom af 29. november 1984 s. 27 utrykt). Det anførte standpunkt forekommer uholdbart.

Udøvelse af kommunal kompetence er ligesom andre former for offentligretlig kompetence begrænset af legalitetsprincippet. Den trufne afgørelse må ikke stride mod loven i betydningen gældende ret, som denne indholdsmæssigt lader sig afgrænse af samtlige anerkendte retskilder. For så vidt angår spørgsmålet, om de retlige krav der kommer til udtryk i magtfordrejningslæren skulle have en særlig status i denne henseende kan anføres, at begrebet magtfordrejning er opgivet af Bent Christensen i dennes »Hjemmelsspørgsmål«, formentlig fordi spørgsmålet om saglige/usaglige hensyn jo ikke er noget for spørgsmålet om hjemmel i øvrigt afvigende. Om et hensyn er sagligt eller ej, afgøres på grundlag af den til grund for afgørelsen liggende hjemmel. I denne betydning af begrebet må forbud mod magtfordrejning utvivlsomt antages også at omfatte afgørelser vedrørende kommunens indre styre.

I sagen UfR 1961 s. 592 om en kommunalbestyrelses beslutning om mistet valgbarhed på grund af straf, underkastes den af kommunalbestyrelsen trufne beslutning prøvelse på trods af, at loven udtrykkelig udtaler (§ 34, stk. 1 i den kommunale valglov af 22. december 1963), at den af kommunalbestyrelsen trufne afgørelse er *endelig*. Sagsøgerne har bl.a. som et anbringende anført *magtfordrejning*. Også dette spørgsmål gøres til genstand for Højesterets prøvelse. Flertallet udtaler således: »Idet der endvidere ikke findes at være tilstrækkelige holdepunkter for at fastslå, at appellanterne ved afgørelsen har fulgt uvedkommende formål ...«.

Hertil kan føjes, at betænkning 996/1983 om ansvarsplacering og reaktionsmidler i kommunestyret kap. III, afsnit 3.1. vedrørende betingelserne for at anvende styrelseslovens § 61 afdækker diskussionen om, hvorvidt der skal foreligge ulovlighed i forhold til skreven eller uskreven ret i almindelighed, henviser til UfR 1981 s. 637H, om et kommunalbestyrelsesmedlems generelle habilitet:

»Det kan herefter anses for gældende ret - i hvert fald i relation til § 61, stk. 1, men formentlig også i relation til § 61, stk. 2 - at tilsynsmyndighederne kan gribe ind over for en kommunalbestyrelse, både når den handler i strid med skreven ret, og når den handler i strid med almindelige retsgrundsætninger, f.eks. lighedsgrundsætninger og grundsætninger om magtfordrejning« (s. 56).

I forbindelse med spørgsmålet om styrelsesvedtægtens indhold udtaler *Harder* (Dansk kommunalforvaltning I, s. 25), at kommunalbestyrelsens ønske om ændring af styrelsesvedtægten kun kan imødekommes »inden for de grænser, der er sat ved lovens forudsætninger om udvalgsstyret, idet vedtægtsbestemmelsernes karakter af retsregler *nødvendiggør at de stemmer med de grundprincipper, som styrelsesloven hviler på*«. Selvom forfatteren på det angivne sted formentlig nok så meget sigter til de rent indholdsmæssige forudsætninger, som disse kommer til udtryk i indenrigsministeriets normalstyrelsesvedtægter, må man dog fastholde, at »de grundprincipper som styrelsesloven hviler på« også må omfatte spørgsmålet om saglige hensyn i øvrigt.

Det er i øvrigt almindeligt antaget, at der alene kan delegeres afgørelseskompetence til det udvalg, der er kompetent efter styrelsesvedtægten (*Preben Espersen*: De kommunale beslutninger I, s. 125. Samme forfatter, *Beslutning og samtykke* s. 164. *Erik Harder*: Dansk kommunalforvaltning I, s. 267 og *Betænkning 894/1980 om kommunale styrelsesformer m.v.*, s. 114ff. Forbud mod at delegere kompetence på tværs af styrelsesvedtægtens kompetencefordeling og mod at udhule et udvalgs kompetence ved delegation til et særligt udvalg nedsat efter styrelseslovens § 17, stk. 4 begrundes i, at medlemmerne har et almindeligt ansvar for et forvaltningsområde og i at der ved tilladelse til kompetencedelegation på tværs af styrelsesvedtægtens bestemmelser ville opstå muligheder for magtfordrejning. Dette sidstnævnte hensyn kommer klarest til udtryk i *betænkning 894/1980* s. 124.

Også i forbindelse med behandlingen af spørgsmålet om kommunalbestyrelsesmedlemmers informationsret har spørgsmålet om kommunal magtfordrejning været inde i billedet.

Jfr. således *betænkning 894/1980*, hvori det understreges, at det vil være forbundet med risiko for magtfordrejning at indrømme kommunalbestyrelsens flertal (borgmesteren) en ret til ud fra et friere skøn at hindre et medlems adgang til indsigt i materiale, der foreligger i den kommunale forvaltning. (Jfr. således s. 173, hvor det hedder, at borgmesteren »må imidlertid ved afgørelsen alene kunne begrænse adgangen ud fra saglige hensyn«. Om dette spørgsmål, jfr. i øvrigt *Erik Harder*: Dansk Kommunalforvaltning I, s. 286ff og *Kurt Nielsen*: UfR 1982B s. 94f og 350ff. *Preben Espersen*: UfR 1982B s. 238ff og 419ff. *FOB 1979* s. 289.

Harders opfattelse kan omfatte spørgsmålet om usaglige hensyn i det nære taget, men dækker i hvert tilfælde med sikkerhed den klassiske variant af magtfordrejningslæren, hvorefter forvaltningens usaglige hensigt konstituerer en retlig mangel, selvom den trufne afgørelse fremtræder som lovlig.

Om den af tilsynsmyndighederne faktisk praktiserede prøvelsesintensitet udtaler Harder eksempelvis: »Men man kan ikke regne med, at tilsynsmyndighederne ransager aftaler for uvedkommende formål«. (II s. 85).

I udkast til nyudgave præciseres udsagnet derhen, at der ikke skulle være ret for tilsynsmyndighederne til at foretage en sådan prøve: »Det er i hvert fald ikke tilsynsmyndighedens opgave at bedømme, hvad der falder ind under saglige hensyn for en politisk valgt kommunalbestyrelse, når denne træffer beslutninger i kommunens anliggender« (s. 47).

Harders opfattelse deles hverken af ombudsmanden (jfr. afsnit 4.) eller af indenrigsministeriet, jfr. det om ministeriets bedømmelsesgrundlag i sagen om Københavns kommunes styrelsesvedtægt anførte, afsnit 4., om end ministeriets praksis synes at svare ganske godt hertil.

Og Østre Landsrets dom har i denne sag antaget, at den klassiske magtfordrejningslære ikke blot i almindelighed er gældende ret, men at afgørelser af den her omhandlede art også er omfattet heraf (jfr. om dommen, som er anket til Højesteret, nedenfor kap. XIV).

Dommen kritiseres da også af *Harder*. Synspunktet er, at en kommunalbestyrelses beslutning er lovlig, når den i sin form fremtræder som sådan: »Der er intet grundlag for at opstille en anden begrundelse end den kommunalbestyrelsen giver, når den ellers kan opnå et flertal. Der er heller ikke behov for det. *Det afgørende er nemlig ikke, hvad medlemmerne siger, men hvad kommunalbestyrelsen gør.* Uden hensyn til fremsatte udtalelser må de beslutninger, som en kommunalbestyrelse træffer, kunne forklares som en saglig og rimelig anvendelse af den lovgivning, som tillægger kommunalbestyrelsen kompetencen« (Kommunen 3. januar 1985).

Harder støtter bl.a. sit synspunkt på det forhold, at kommunalbestyrelsesmedlemmer ikke er forpligtet til at anføre nogen begrundelse for deres stemmeafgivning (voteringspligt). At begrundelsesbegrebet i forslag til forvaltningslov alene omfatter angivelse af den trufne afgørelses retsgrundlag samt sagens faktiske omstændigheder. At begrundelsen for en kommunalbestyrelses beslutning ofte ikke er éntydig, idet de enkelte kommunal-

bestyrelsesmedlemmer kan have stærkt varierende opfattelser i denne henseende.

Den af Harder anførte parallel til spørgsmålet om omfanget og indholdet af begrundelsespligt i sædvanlig forvaltningsretlig forstand som dette kommer til udtryk i forslag til forvaltningslov, synes grundlæggende forkert.

Før forvaltningsloven var der ikke pligt for forvaltningen til at begrunde afgørelser, med mindre en sådan pligt var fastsat i loven. Dette forhold kan naturligvis ikke og er heller aldrig blevet lagt til grund for en antagelse om, at magtfordrejningslæren alene skulle gælde afgørelser omfattet af begrundelsespligt. Det har naturligvis heller aldrig i øvrigt været antaget, at en af forvaltningen udfærdiget begrundelse - lovpligtig eller ej - skulle være afgørende for bedømmelsen af den trufne afgørelse. Afgørelser som i henseende til den udfærdigede begrundelse synes saglige vil naturligvis på trods heraf kunne være usaglige og blive tilsidesat som følge heraf. *)

Anskuet i prøvelsessammenhæng er begrundelsen et bevisdatum. Dansk procesret bygger på princippet om frihed i bevisførelsen. Det betyder, at retten frit kan bestemme, hvilke data der skal tillægges bevismæssig betydning, og med hvilken vægt de skal indgå i den samlede bevisbedømmelse. Landsretten udtaler herom, »at udtalelser fremsat såvel af borgerrepræsentationsmedlemmer som af borgmestre fra de partier, der stillede et forslag om vedtægtsændringerne, *må kunne indgå som bevismateriale ved afgørelsen af hvilken reel begrundelse der har ligget bag borgerrepræsentationens beslutning*«.

At de foreliggende udtalelser fremsat af kommunalbestyrelsesmedlemmer, borgmestre etc. netop er at betragte som bevisdata, som indgår med en vis vægt i den samlede bevisførelse, kommer også klart til udtryk, når retten efterfølgende udtaler, at »ved vurderingen af spørgsmålet om, hvad der var den reelle begrundelse for beslutningen, har retten *yderligere lagt vægt på* det påfaldende i, at sagen blev undergivet en særlig hurtig

*) At en afgørelse ikke er lovlig, blot fordi den for afgørelsen anførte begrundelse korresponderer med lovlige hensyn, er almindeligt anerkendt i forvaltningsretten. Er der således tale om skinbegrundelse, kan denne naturligvis ikke danne grundlag for bedømmelsen af den trufne afgørelses saglige rigtighed. (Nørgaard: Sagsbehandling, 2. udg. v/Jens Garde s. 181. Poul Andersen: Forvaltningsret, 5. udg. s. 316).

Kap. XII.5.

behandling i borgerrepræsentationen uden udvalgsbehandling ...«, set i sammenhæng med rettens konstatering af, at Københavns kommune ikke »heroverfor på fyldestgørende måde har godtgjort, at beslutningen om vedtægtsændring - således som det meget generelt er angivet - var motiveret af hensynet til en hensigtsmæssig strukturel omlægning af forvaltningen ...« (Østre Landsrets dom af 29. november 1984, utrykt).

Det af *Harder* anførte bliver således reelt en indsigelse mod, at udtalelser fremført af kommunalbestyrelsesmedlemmer kan tillægges bevismæssig betydning i en retssag.

Hertil kommer, at det af *Harder* anførte om begrundelsespligtens udstrækning og indhold jo faktisk omfatter kommunalbestyrelsesbeslutninger som sådanne, uanset karakteren af det spørgsmål som er beslutningens genstand. Det af *Harder* anførte forbehold om magtfordrejningsgrundsætningernes rækkevidde vil således ikke logisk kunne begrænses til kommunalbestyrelsens beslutninger vedrørende kommunens indre styre i modsætning til afgørelser som har karakter af myndighedsudøvelse. Og i forhold til den sidstnævnte type afgørelser forudsætter *Harder* jo netop fuld prøvelsesadgang for domstolene!

Den opstillede sontring, som bygger på beslutningens materielle indhold kan derfor logisk kun opretholdes, hvis der i retsgrundlaget for kommunalbestyrelsens afgørelse i sager vedrørende kommunens indre styre indfortolkes et forbehold om kommunalbestyrelsens politiske autonomi. Et sådant resultat kan naturligvis ikke antages. Det ville jo være ensbetydende med et fuldstændigt retligt sammenbrud (en a-retliggørelse) i forhold til bl.a. alle sager, som involverer spørgsmål om kommunalbestyrelsesmedlemmers minoritetsrettigheder.

De retssikkerhedsmæssige hensyn kan og bør ikke antages at indgå med mindre vægt i sådanne sager end i sager, hvor kommunalbestyrelsens kompetence har karakter af myndighedsudøvelse.

Man kan således konkludere, at den påfaldende tilbageholdenhed i indenrigsministeriets/tilsynsmyndighedernes prøvelse ikke kan være udtryk eller danne grundlag for en antagelse om, at afgørelser vedrørende kommunens indre styre principielt ikke skulle være omfattet af forbud mod magtfordrejning. Den behandlede tilsynspraksis må derimod ses som udtryk for tilsynsmyndighedernes faktiske tilbageholdenhed med at kontrollere kommunalbestyrelsens overholdelse af retlige krav, som principielt er gældende.

Kapitel XIII

Tilsynsmyndighedernes prøvelse af faktum

Prøvelse af faktum forekommer dels som spørgsmålet om eksistensen af et faktisk forhold i snæver forstand, dels som en integreret del af spørgsmålet om et faktisk forholds kvalificering i betydningen subsummering under en given regel. Fremstillingen her vil omfatte begge disse varianter i forhold til såvel sager om habilitet som sager om magtfordrejning, idet dog forskellige spørgsmål om bevis og bevisbyrde af særlig relevans for magtfordrejningsprøvelsen vil blive gjort til genstand for yderligere behandling i den efterfølgende ekskurs om magtfordrejning (kap. XIV).

Som påpeget har indenrigsministeriet i forskellige sammenhænge givet udtryk for og praktiseret en meget tilbageholdende prøvelse af faktum. Til illustration heraf er bl.a. blevet anført en sag vedrørende spørgsmålet, om der i forbindelse med kommunens køb og delvise videresalg af en gård til en slægtning af et kommunalbestyrelsesmedlem forelå *magtfordrejning* i form af nepotisme og i snæver forbindelse hermed *inhabilitet* (IM 1974 /1130/0900-1 af 9. juli 1975, jfr. OBM 1976-932-42).

Det afgørende retlige spørgsmål var, om kommunens køb af ejendommen og delvise videresalg af denne reelt var synkroniseret, således at købet blev foretaget med det formål for øje at videresælge til det pågældende kommunalbestyrelsesmedlems slægtning. Til trods for at sagen rummer vigtige indicier for, at dette var tilfældet, udtaler indenrigsministeriet, »*at ministeriet ikke ser sig i stand til at tage stilling til Deres anbringender om, at kommunens forhandlinger om erhvervelse og afhændelse af ... gård har været ført sideløbende, idet dette anbringende er bestridt af kommunalbestyrelsen*«. Tilsvarende udtaler indenrigsministeriet vedrørende sagens spørgsmål om habilitet, »*at indenrigsministeriet ikke på det foreliggende grundlag er i stand til at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt ... må*

Kap. XIII.

antages at have været inhabil ved kommunalbestyrelsens behandling af sagen under det nævnte møde, allerede fordi kommunalbestyrelsen har bestridt Deres anbringende om, at der sideløbende med forhandlingerne ...«.

Helt på linje hermed udtaler indenrigsministeriet sig i en anden lignende sag om salg af kommunal ejendom til et kommunalbestyrelsesmedlems slægtning (IM 1974/1130/0500-1 og FOB 1977 s. 720).

Og i sagen om kommunalbestyrelsen, som sætter vandafgiften op med det erklærede ulovlige formål at omfordele skattebyrden fra direkte til indirekte skatter, og hvor kommunalbestyrelsen over for indenrigsministeriet erklærer ikke at være enig i ministeriets opfattelse af forholdets ulovlighed, sikrer indenrigsministeriet ikke grundlaget for sin stillingtagen ved at tilvejebringe oplysning om det reelle forhold mellem kommunalbestyrelsens afgiftsopkrævning og de mulige fremtidige anlægsudgifter. Et forhold, som sættes stærkt i relief af ombudsmandens meget omfattende sagsoplysning.

Bl.a. på grundlag heraf henstiller ombudsmanden til indenrigsministeriet, »at søge foranlediget, at kommunalbestyrelsen tager op til behandling, hvorvidt der på grundlag af realistiske overvejelser af fremtidig anlægsvirksomhed er *sagligt* grundlag for opretholdelse af de henlagte overskudsbeholdninger ... eller om det må anses for rettest, at en del af overskuddet anvendes til fremtidig takstnedsættelse« (FOB 1975 s.380).

Anføres kan tillige sagen, om en kommune kan overlade kommunens advokatforretninger til en advokat, der driver virksomhed sammen med borgmesteren (FOB 1981 s. 98. OBM 1979-387-42 af 17. juni 1981).

Afgørende for tilladeligheden heraf er vel bl.a. om, og i bekræftende fald i hvilket omfang borgmesteren kan få - indirekte - fordel af de omhandlede advokatforretninger. Om oplysningen af dette spørgsmål udtaler tilsynsrådet, at rådet ikke, inden det traf afgørelse, har haft forelagt den interessentskabskontrakt, der danner grundlag for samarbejdet mellem de to advokater. Tilsynsrådet har »ment sig berettiget til at forudsætte, at der ikke i kontrakten findes vilkår, som gør betingelsen om adskillelse af forretningerne med kommunen illusorisk«. Tilsynsrådet henviser til, at det »ud fra kendskabet til de implicerede parter og forholdene på stedet har ment, at den afgivne erklæring skulle kunne afværge de betænkeligheder, der kunne knytte sig til aftalen, og fundet, at kravene til den almene tillid til kommunestyrets uafhængighed måtte være

Fjerde del. Kap.XIII.

tilstrækkelig imødekommet ved det omhandlede vilkår (om adskillelse) for overladelse af forretningerne til borgmesterens kompagnon« (TR Århus amt 0881-735-4-1978 af 6. oktober 1978).

Indenrigsministeriet udtaler hertil, at ministeriet for sit vedkommende kan henholde sig til det af tilsynsrådet udtalte, »hvorefter rådet ud fra sit kendskab til forholdene har ment, at den af advokat ... afgivne erklæring afværger de betænkeligheder, der kunne være knyttet til at advokaten antages som kommunens advokat« (FOB 1981 s. 98. IM skrivelse af 19. januar 1979).

Ombudsmanden udtaler heroverfor, »at en tilfredsstillende bedømmelse af, hvorvidt de betænkeligheder, der begrundes, at ... kunne være kommunens advokat, også gør sig gældende med hensyn til kommunens antagelse af hans kompagnon som kommunens advokat. *Efter min mening forudsætter tilvejebringelse af nærmere oplysninger om de to advokaters forretningsmæssige mellemværende, herunder naturligvis navnlig oplysninger, der belyser, hvorvidt kommunens benyttelse af ... som advokat indirekte kan have økonomiske fordele for ...*«.

På foranledning heraf tilvejebringer kommunalbestyrelsen gennem tilsynsrådet dokumentation i form af en revisionserklæring, hvoraf det fremgår, at der i firmaets bogholderi er oprettet særskilt konto for salærer fra ... kommune, og at salærindtægterne fra kommunen »ikke indgår i overskudsfordelingen mellem de to interessenter, men alene tilfalder landsretssagfører ...«.

Selv om der i den konkrete sag foreligger særlige retlige problemer med hensyn til prøvelsens mulige udstrækning (indenrigsministeriet opfatter det således som tvivlsomt, hvorvidt der er hjemmel for tilsynsmyndigheden til at kræve interessentskabskontrakten tilsendt), er sagen klart udtryk for eksistensen af en ikke ubetydelig spændvidde mellem henholdsvis ombudsmandens og tilsynsmyndighedernes retsopfattelse med hensyn til mulighederne for og måske også ønskeligheden af intensiv prøvelse.

Spørgsmålet herom sættes i relief i sagen om et kommunalbestyrelsesmedlems habilitet i forhold til behandlingen af en sag om kommunens eventuelle køb af to ejendomme, når vedkommende er revisor for den eventuelle sælger (TR Sønderjylland 089-16-99-2-76 af 29. november 1976). Tilsynsrådet er af den opfattelse, at vedkommende er inhabil med henvisning til, at der »efter oplysninger om omfanget af medlemmets

forretningsforbindelse med sælgeren foreligger en sådan risiko for interessekonflikt for medlemmet mellem hans naturlige hensyntagen til klientens interesser og hans varetagelse af kommunens interesser ...». Indenrigsministeriet sanktionerer denne opfattelse, idet ministeriet »ikke mener at der kan bortses fra den af tilsynsrådet påpegede risiko for en interessekonflikt mellem deres naturlige hensyntagen til Deres klients interesser ...» (IM 1976/1130/1000-2 af 17. marts 1977). Indenrigsministeriet udtaler som grundlag herfor, »at den omstændighed, at der som nævnt medvirker en advokat ved selve handelen, ikke i sig selv udelukker, at De kan anses for inhabil, idet afgørelsen heraf må bero på, hvorvidt De som økonomisk rådgiver for Deres klient kan antages at have en særlig og personlig interesse i sagens udfald. *I mangel af nærmere oplysninger om eller dokumentation for, at dette ikke har været tilfældet, har indenrigsministeriet ikke fundet grundlag for kritik af tilsynsrådets ovenfor refererede vejledende udtalelse*».

Disse to tilfælde repræsenterer således nok så forskellige krav til beviset/sandsynligheden for eksistensen af en motiverende interesse.

De på grundlag af den førstnævnte praksis påpegede beskedne krav til oplysningen af faktum skal ses i sammenhæng med og understreges af det i afsnittet om initiativ og oplysningspligt påpegede forhold, at tilsynsmyndighederne anerkender passivitet som udtryk for *stiltiende habilitetsafgørelse*. En konstruktion som igen tildels afhænger af en forudsætning om kommunalbestyrelsesmedlemmernes - ikke udtalte - kendskab til eksistensen og kvalificeringen af det tilknytningsforhold (faktum), som er habilitetsspørgsmålets genstand. Denne særlige variant af oplysningsproblematikken kommer også klart til udtryk, når indenrigsministeriet i den ovenfor nævnte sag om borgmesteren som kommunens advokat, undlader at skride ind over for de tilfælde af speciel inhabilitet, der måtte have foreligget med henvisning til, at »kommunalbestyrelsen stiltiende har godkendt borgmesterens virke som advokat ...» (IM 1978/123/1418-2 af 19. marts 1979).

Ofte vil omtvistede forhold af faktisk karakter være iblandet et islæt af jus i den forstand, at afgørelsens/prøvelsens genstand er, om et foreliggende - eventuelt tvivlsomt - faktum kan *subsummeres* under en retsregel, hvis beskrivelse af retsfaktum i større eller mindre grad er ubestemt.

Til illustration heraf kan anføres sagen vedrørende en kommunalbestyrelses beslutning om at sætte vandafgiften op med det *erklærede formål* at

Fjerde del. Kap.XIII.

omdele skattebyrden fra direkte til indirekte skatter. (FOB 1976 s. 380.) Indenrigsministeriet mener ikke, at en kommune kan indføre en takst- og afgiftspolitik, der øver direkte indflydelse på den kommunale skatteudskrivning, *hvorimod en kommune efter indenrigsministeriets opfattelse ikke er afskåret fra ved takstfastsættelse at tage hensyn til en rimelig selvfinansiering af fremtidig anlægsvirksomhed vedrørende den pågældende forsyningsvirksomhed*. Kommunalbestyrelsen svarer hertil, at den ikke deler indenrigsministeriets retsopfattelse, og at »kommunalbestyrelsen agtede derfor ikke at gennemføre nedsættelse af vandafgiften, *men kommunalbestyrelsen havde i anledning af sagen og i forventning om et nyt budget- og regnskabs-system for kommunerne vedtaget ... at henlægge et eventuelt overskud for vandforsyning til finansiering af fremtidig anlægsvirksomhed*«.

Når indenrigsministeriet herefter afviser at gribe ind med henvisning til, at kommunen »har besluttet at henlægge eventuelt overskud til fremtidig anlægsvirksomhed«, kan det enten ses som udtryk for, at indenrigsministeriet er med på at foretage reparation af kommunalbestyrelsens ulovlige afgørelse ved at subsummere sagens faktum under en anden regel, altså ved blot at forsyne den retsstridige opkrævning med en ny etikette, og/eller som udtryk for, at indenrigsministeriet ikke foretager den oplysning af faktum, der er fornøden for at konstatere berettigelsen af en sådan regelanvendelse (subsumption).

Til yderligere illustration heraf kan anføres den i kap. XII behandlede sag om indenrigsministeriets godkendelse af vedtægtsændring i Københavns kommune. Som anført kan en vedtægtsændring kun lovligt begrundes i hensynet til en hensigtsmæssig indretning af den kommunale forvaltning. Når der således af prøvelsesinstansen selv er peget på eksistensen af stærke indicier for varetagelsen af usaglige hensyn/hensigter, må en afklaring af de faktiske forhold synes påtrængende. Indenrigsministeriet anmoder da også borgerrepræsentationen oplyse, hvilke undersøgelser der ligger til grund for borgerrepræsentationens antagelse af, at den aktuelle kompetencefordeling er uhensigtsmæssig, idet indenrigsministeriet bemærker, »at der ikke ses at være medfulgt dokumentation til nærmere belysning af dette forhold«.

Når borgerrepræsentationen herefter undlader at fremkomme med en sådan dokumentation, og indenrigsministeriet alligevel godkender, bl.a. med henvisning til, at ministeriet må »lægge betydelig vægt på vedkom-

mende kommunalbestyrelses eget skøn over hensigtsmæssigheden af en foreslået ændring ...», synes det meget vanskeligt præcist at fastslå, om årsagen til afgørelsens udfald er tilbageholdenhed med prøvelsen af faktum og/eller faktums subsummering under reglen.

At indenrigsministeriets afgørelse nok må ses som udtryk for sidstnævnte mulighed og i forbindelse hermed som udtryk for (politisk motiveret) uvilje mod at gribe ind over for en ulovlig kommunal beslutning, synes at fremgå af følgende forhold: *At* indiciene for magtfordrejning forelå oplyst med en meget høj grad af bevismæssig sikkerhed. *At* kommunalbestyrelsen ikke på nogen måde kunne eller ville fremlægge oplysninger til støtte for afgørelsens lovlighed. *At* indenrigsministeriet tilmed eksplicit måtte afvise kommunalbestyrelsens forsøg på at afsvække indiciene for magtfordrejning. Og endelig *at* den regel, i forhold til hvilken de indicerede eller beviste hensyn/hensigters saglighed skulle bedømmes, også for indenrigsministeriet var utvivlsom.

Som eksempel på den nære forbindelse der eksisterer mellem udfyldningen af retsgrundlagets beskrivelse af retsfaktum og afgrænsningen af de i forhold hertil relevante fakta skal anføres sagen, om en ansat leder af kommunens ejendomsskattekontor kan være medlem af økonomiudvalget (TR Århus amt 881-723-4 -1978, tilsynsrådets møde 5. april 1979). Den relevante bestemmelse er styrelseslovens § 29, stk. 3b, som omfatter »ansatte der *umiddelbart er ansvarlige for eller i øvrigt har ledende administrative funktioner* inden for andre forvaltningsområder, der forestås af økonomiudvalget«.

Tilsynsrådet udtaler, at *»da et flertal af byrådet mener at den pågældende indtager en sådan administrativ stilling, at han falder ind under § 29, stk. 3b, finder tilsynsrådet ikke at kunne tilsidesætte det af kommunalbestyrelsen vedtagne standpunkt«*.

Heri ligger en klar tilkendegivelse fra tilsynsrådet om, at dette vil respektere kommunalbestyrelsens opfattelse af faktum.

At det virkelig er kommunalbestyrelsens kompetence med hensyn til afgrænsningen af faktum respektive dettes subsumption, der er genstanden for tilsynsrådets tilbageholdenhed, træder helt klart frem i forbindelse med den efterfølgende udvikling i sagen.

Sagen genoptages, idet det på et senere kommunalbestyrelsesmøde besluttes med 7 stemmer for og 6 imod påny at forelægge sagen for

Fjerde del. Kap.XIII.

tilsynsrådet med forespørgsel om, hvorvidt vedkommende kan forblive som medlem af økonomiudvalget »indtil domstolene har taget stilling til spørgsmålet om hans habilitet ...« (op.cit. TR Århus 1/6 1979).

Tilsynsrådet ekspliciterer det i den tidligere afgørelse indtagne standpunkt, hvorefter rådets habilitetsafgørelse er baseret på respekt for kommunalbestyrelsens flertalsbeslutning: »Tilsynsrådets afgørelse af 5. april 1979 er baseret på flertallets beslutning om, at den pågældende indtager en sådan ledende stilling, at han er udelukket fra medlemskab af økonomiudvalget. Som sagen nu foreligger oplyst, synes der i byrådet at være tvivl om, hvorvidt dette flertal fortsat er tilstede«. Tilsynsrådet er villig til, foranlediget af at flertallet skifter i sagen, at tage sin habilitetsafgørelse op til fornyet overvejelse og formentlig også indstillet på i vidt omfang at respektere en kommunalbestyrelsesafgørelse af et andet materielt indhold. At afgørelsen i hvert tilfælde ikke formelt alene bygger på afstemningsresultatet i kommunalbestyrelsen fremgår af tilsynsrådets efterfølgende udtalelse: »Såfremt byrådet ønsker at tilsynsrådet påny skal tage egentlig stilling til den pågældendes medlemskab af økonomiudvalget, skal man udbede sig en fornyet vurdering af spørgsmålet fra byrådet med en nærmere begrundelse for, om pågældende indtager en stilling som beskrevet i styrelseslovens § 29, stk. 3b eller ej«.

Tilsvarende spørgsmål er naturligvis også aktuelt i forbindelse med anvendelsen af § 29, stk. 2, jfr. således sagen, om en fuldmægtig, der gør tjeneste i social- og sundhedsforvaltningen, kan være medlem af økonomiudvalget. Social- og sundhedsforvaltningen ledes af en socialinspektør, men vedkommende fuldmægtig varetager selvstændigt den daglige administration af lovgivningen om sygesikring og dagpenge.

Om retsgrundlagets indhold fastslår indenrigsministeriet for det første at der foreligger inhabilitet, hvor vedkommende direkte gør tjeneste under en forvaltningsgren, der direkte henhører under udvalget. Herefter konstateres det, at økonomiudvalget har indseende med de finansielle og forvaltningsmæssige forhold for samtlige kommunens administrationsområder. Og endelig anføres det, at retsgrundlaget også omfatter ansatte, som ikke »direkte« gør tjeneste under en administrationsgren, som er omfattet af dette tværgående tilsyn.

Om subsummeringen af faktum under det her beskrevne retsfaktum udtaler ministeriet imidlertid: »Om en bestemt tjenestestilling herefter er forenelig med medlemskab af økonomiudvalget må kommunalbestyrelsen

tage stilling til ... på grundlag af, hvorledes ansvarsfordelingen inden for kommunens administration er ordnet».

Udover hermed at fastslå kommunalbestyrelsens formelle kompetence til at træffe afgørelse i habilitetsspørgsmål, synes udtalelsen yderligere at give udtryk for en kommunalbestyrelsen tilkommende grad af vurderingsfrihed. Dette indtryk bekræftes vel også af indenrigsministeriets efterfølgende konklusion: »Efter hvad De har oplyst om den pågældende fuldmægtigs stilling i kommunens forvaltning, *må jeg være mest tilbøjelig til at mene*, at han efter bestemmelsen i § 29, stk. 2 ikke kan være medlem af økonomiudvalget«. Heri ligger vel, at indenrigsministeriet ikke vil gennemtrumfe sin opfattelse.*)

1. De retlige grænser for oplysning af faktum

Som grundlag for sin retsopfattelse har indenrigsministeriet anført, at der ikke i den kommunale styrelseslov er tillagt indenrigsministeriet beføjelser til »med henblik på en sags oplysning at foranstalte bevisførelse f.eks. gennem afhøring eller lignende«.

Indenrigsministeriets retsopfattelse er imidlertid blevet stærkt imødegået af ombudsmanden (FOB 1978 s. 504ff).

Ombudsmanden udtaler således, at den anførte indenrigsministerielle tilkendegivelse efter ombudsmandens opfattelse peger »i retning af en antagelse af *meget svage undersøgelsesmuligheder* for de kommunale tilsynsmyndigheder ...«.

Foranlediget heraf anmoder ombudsmanden indenrigsministeriet om »nærmere at redegøre for, hvilke beføjelser ministeriet anså for hjemlet ved den kommunale styrelseslov for tilsynsmyndighederne med henblik på at undersøge konkrete sager«.

Ombudsmanden ønsker specifikt at få oplyst:

- 1) Hvorvidt kommunalbestyrelsen har pligt til på forlangende at afgive oplysninger.

*) Tilsvarende sagen, om en tjenstemandsansat overassistent vil kunne indtræde som medlem af magistraten (FOB 1966 s. 68).

Fjerde del. Kap.XIII.1.

- 2) Hvorvidt kommunalbestyrelsen på forlangende har pligt til at fremkomme med redegørelser om konkrete sager.
- 3) Hvorvidt kommunalbestyrelsen på forlangende er forpligtet til at afgive akter.
- 4) Hvorvidt enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer kan afkræves skriftlig redegørelse om sager, de har medvirket ved behandlingen af.
- 5) Hvorvidt tilsynsmyndighederne kan foretage personlig »afhøring« af (samtale med) kommunalbestyrelsesmedlemmer eller ansatte i kommunen.
- 6) Hvorvidt tilsynsmyndighederne kan gennemgå kommunens journaler eller arkiver for at kontrollere afgivne oplysningers rigtighed og fuldstændighed.

Indenrigsministeriet udtaler i den anledning:

Ad 4) Da kommunalbestyrelsen er ansvarlig for styrelsen af kommunens anliggender, og da tilsynsmyndighedernes eventuelle sanktioner skal rettes mod kommunalbestyrelsen, må tilsynsmyndighederne være henvist til at rette henvendelse til kommunalbestyrelsen og ikke til enkelte medlemmer af denne. Skulle enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer være uenige i indholdet af en af kommunalbestyrelsen tilvejebragt redegørelse, har de pågældende i medfør af styrelsesloven rettigheder, der sikrer, at deres afvigende mening indgår i det samlede materiale, som ligger til grund for tilsynsmyndighedens behandling af sagen.

Ad 5) Om »afhøring« af (samtale med) enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer eller ansatte i kommunen bemærker indenrigsministeriet, »at tilsynsmyndigheden ved behandlingen af en sag, hvor der foreligger indbyrdes modstridende oplysninger om det faktiske handlingsforløb i sagen, ikke er i stand til at fastslå det virkelige handlingsforløb. *Det vil derfor ikke tjene noget formål at tilsynsmyndighederne foretager samtaler med de ovenfor nævnte personer om en sags faktiske forløb.*«.

Ad 3) og 6) Tilsynsmyndighederne er beføjet til at gennemgå kommunens journaler, arkiver eller at efterse originalakter, f.eks. kommunalbestyrelsens beslutningsprotokol for at kontrollere afgivne oplysningers eller indsendte afskrifters rigtighed og fuldstændighed.

Om bevisbedømmelsen i almindelighed udtaler indenrigsministeriet, at tilsynsmyndighederne ved behandlingen af en sag må »lægge de af kommunalbestyrelsen og andre f.eks. klagerne, afgivne erklæringer om det faktiske handlingsforløb til grund i det omfang, hvori disse erklæringer ikke fremkalder væsentlig tvivl herom«.

Ombudsmanden udtaler herefter, at denne indenrigsministerielle redegørelse giver udtryk for »en rigtig antagelse af videregående beføjelser for tilsynsmyn-

dighederne med hensyn til undersøgelsesmuligheder ...», end den opfattelse, der kom til udtryk i indenrigsministeriets førstnævnte udtalelse.

Herefter fremfører ombudsmanden nogle synspunkter, der dels tjener til at understrege dels at lægge distance til dele af indenrigsministeriets svar, og - i snæver forbindelse hermed - at understrege den bevismæssige betydning heraf:

Ad 4) Til indenrigsministeriets udtalelse om, at tilsynsmyndighederne kunne udbede sig skriftlige udtalelser fra enkelte af kommunalbestyrelsens medlemmer eller enkelte ansatte i kommunen, men at sådanne udtalelser skal forelægges kommunalbestyrelsen til udtalelse, bemærker ombudsmanden, *»ikke hindrer, at sådanne udtalelser fra enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer eller enkelte ansatte kan have en bevismæssig betydning i forbindelse med sagens undersøgelse, herunder eventuelt danne grundlag for supplerende spørgsmål til kommunalbestyrelsen«.*

Ombudsmanden bemærker i øvrigt, at den anførte fremgangsmåde er fulgt af flere tilsynsråd.

Ad 5) Med hensyn til indenrigsministeriets opfattelse af, at tilsynsmyndighederne, hvor der foreligger indbyrdes modstridende oplysninger om faktum, ikke er i stand til at fastslå det virkelige handlingsforløb, hvorfor det ikke tjener noget formål, at tilsynsmyndighederne foretager samtaler med enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer eller ansatte i kommunen, og hvorfor tilsynsmyndighederne må lægge de af kommunalbestyrelsen og andre afgivne erklæringer om det faktiske handlingsforløb til grund i det omfang, disse erklæringer ikke fremkalder væsentlig tvivl, udtaler ombudsmanden:

»Jeg kan ikke være ganske enig i denne udtalelse. Mundtlige oplysninger under en samtale fra enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer eller enkelte ansatte vil praktisk taget aldrig isoleret betragtet kunne begrunde tilsidesættelse af en udtalelse fra en kommunalbestyrelse (dennes flertal), men dette hindrer ikke, at oplysninger under sådanne samtaler kan supplere andre oplysninger på en sådan måde, at de fortrænger oplysninger fra kommunalbestyrelsens flertal; og navnlig synes der ikke at kunne bortses fra, at sådanne oplysninger kan danne grundlag for en ny og mere relevant spørgsmålsstilling til kommunalbestyrelsen med henblik på yderligere uddybning af en sags oplysninger«.

Sammenfattende kan det på grundlag heraf konkluderes, at indenrigsministeriet (tilsynsmyndighederne) råder over ganske omfattende midler til oplysning af sagens faktum.. Samtlige de ovenfor 1)-6) i ombudsmandens spørgsmål anførte oplysningsmidler står således til rådighed. I forhold hertil synes det mindre betydningsfuldt, at indenrigsministeriet ikke som domstolene kan foranstalte vidneafhøring under vidneansvar.

Som pointeret af ombudsmanden står indenrigsministeriet også i sin

Fjerde del. Kap.XIII.1.

bevisbedømmelse ganske frit. Det vil sige, at indenrigsministeriet inden for vide grænser selv afgør, hvilke forhold ministeriet vil anse for bevist. Så langt fra automatisk at måtte lægge kommunalbestyrelsens flertalsudtalelse til grund, må indenrigsministeriet foretage en samlet fri bedømmelse af disse oplysningers holdbarhed og rækkevidde. Kommunalbestyrelsens oplysninger kan ikke blot fortrænges eller nedprioriteres af egentligt modstående enkeltoplysninger men også af et samspil mellem sagens mange oplysninger, når et sådant samspil giver grundlag for med tilstrækkelig sikkerhed at tilsidesætte den af kommunalbestyrelsen tilkendegivne opfattelse af faktum.

I denne henseende er det naturligvis af afgørende betydning, hvilken grad af sandsynlighed indenrigsministeriet opererer med som betingelse for at anse et forhold som bevist. Også i denne henseende er der imidlertid overladt indenrigsministeriets (tilsynsmyndighedernes) vurdering en margin, uden at grænserne herfor lader sig angive præcist.

Man må dog i forbindelse hermed være opmærksom på, at indenrigsministeriet via en intensiveret sagsoplysning har betragtelige muligheder for at eliminere en foreliggende grad af usikkerhed, som efter indenrigsministeriets opfattelse er for høj til at antage et forhold for bevist. Jfr. ombudsmandens udtalelse om, at udsagn fra enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer kan have en bevismæssig betydning »herunder *eventuelt danne grundlag for supplerende spørgsmål til kommunalbestyrelsen*«, og at afhøring af (samtale med) enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer eller kommunalt ansatte »... *kan danne grundlag for en ny og mere relevant spørgsmålsstillen til kommunalbestyrelsen med henblik på yderligere uddybning af en sags oplysninger*«.

Som eksempel på indenrigsministeriets (tilsynsmyndighedernes) muligheder for - via en intensiveret sagsoplysning - at eliminere/ reducere en foreliggende usikkerhed om sagens faktum, kan anføres en sag vedrørende forskellige omstændigheder i forbindelse med en kommunes salg af en ejendom (Tilsynsrådet for Frederiksborg amt 089-23-2-12-1972 af 1. november 1973).

Den af tilsynsrådet anvendte oplysningsteknik er i sagen karakteriseret ved:

Anmodninger til kommunalbestyrelsen om at fremsende en »*fuldstændig redegørelse for denne sags behandling af kommunens administration, i det respektive udvalg samt i byrådet*«.

Denne redegørelse kræves vedlagt udtalelser fra de implicerede.

Kommunalbestyrelsen anmodes af tilsynsrådet om »at *afæske* byrådsmedlem Y en erklæring om, med hvilken begrundelse ejendomsudvalget havde indledt forhandlingerne til anden side ...«.

Tilsynsrådet anmoder kommunalbestyrelsen om »at foranledige, at kommunalbestyrelsesmedlem Y måtte blive *afkrævet* erklæring i sagen«.

Disse anmodninger indeholder stærkt specificeret angivelse af spørgsmål og undersøgelsestema:

»om det var korrekt, ... at Y selv havde rettet henvendelse ... med henblik på at sikre sig arbejderne ...«.

»Hvornår han i bekræftende fald blev bekendt med, at hans kompagnon havde drøftet mulighederne for ... at få overdraget projekterne«.

»om Y, som anført i ... havde udtalt, at ... og i bekræftende fald, hvorpå han byggede denne udtalelse«.

Der gennemtvinges herved fremlæggelse af et meget omfattende og detaljeret bevismateriale. Sagsoplysningen er intens og offensiv. Der er tale om egentlig bevisførelse, der i forskellig henseende ligger så nær egentlig vidneførelse, som muligt er.

1.1. Bevisbyrdeforskydning/processuel skadevirkning.

Medens der må anerkendes en grænse for indenrigsministeriets (tilsynsmyndighedernes) oplysningsmuligheder med hensyn til at kontrollere *rigtigheden* af fremførte udsagn, en grænse der er snævert knyttet til den manglende mulighed for at foretage egentlig vidneførelse, er der intet til hinder for, at tilsynsmyndighederne gennemtvinger kommunernes aktive, effektive og loyale medvirken til sagernes oplysning.

Et middel, der synes velegnet hertil er, under visse omstændigheder at tillægge manglende opfyldelse af disse krav en »processuel skadevirkning« i den betydning, at de forhold, der er undersøgelsens genstand, lægges til grund ved tilsynsmyndighedernes afgørelse, på trods af den af kommunalbestyrelsen tilkendegivne opfattelse.

Som eksempel herpå kan anføres en sag vedrørende klage over hindring af udvalgsarbejde og udlån til en selvejende institution uden kommunalbestyrelsens godkendelse (TR Frederiksborg amt 089-231-99-5-1976).

Sagen er karakteriseret af en meget intens oplysning forestået af tilsynsrådet. Efter at borgmesteren har udtalt sig, udtaler tilsynsrådet til

Fjerde del. Kap.XIII.1.1.

ombudsmanden: »Da dette svar måtte anses for ufyldstgørende ...« sendes sagen til kommunalbestyrelsen med anmodning om forelæggelse for teknisk udvalg og ejendomsudvalg. Sagen sendes atter til kommunalbestyrelsen med specificerede krav om dokumentation, »da tilsynsrådet dels ikke fandt sagen tilstrækkeligt oplyst til, at der fra tilsynsrådets side kunne træffes afgørelse ...«.

Denne utilfredsstillende deltagelse fra kommunalbestyrelsens side »sanktioneres« tilsynsrådet ved at lægge det ubestridte faktum til grund:

»På baggrund af mindretalsudtalelsen ... og under henvisning til *kommunalbestyrelsens vægring* ved at besvare de af tilsynsrådet stillede spørgsmål *må tilsynsrådet lægge til grund* ... at sagen ikke er blevet behandlet«.

Sammenfattende kan det konkluderes, at tilsynsmyndighedernes og i hvert tilfælde indenrigsministeriets prøvelse af faktum og - for så vidt angår sager om magtfordrejning - subsumptionen er kendetegnet af en så udtalt tilbageholdenhed, at der knap kan tales om egentlig retlig prøvelse. Dette resultat skal formentlig ses som udtryk for kravet om den retlige mangels klarhed. Bedømt på grundlag heraf kan man - i forlængelse af det i kap. XI og XII anførte - sige, at indenrigsministeriet i væsentlig grad synes at have begrænset sin kontrol til *generell/abstrakt* prøvelse, hvilket naturligvis meget stærkt begrænser mulighederne i forhold til bestridte fakta og/eller skønsprægede subsumtionsspørgsmål.

Disse begrænsninger er i det væsentlige ikke resultat af retlig nødvendighed men må i vidt omfang anses for selvpålagte.

Sammenfatning og vurdering

En samlet vurdering af den behandlede praksis må - vurderet på grundlag af de anførte tre grundlæggende betingelser for tilsidesættelse af en forvaltningsafgørelse - føre til det resultat, at der eksisterer endog meget vide grænser for tilsynsmyndighedernes frihed i henseende til at bestemme den retlige kontrols rækkevidde og udfald. Den omfattede praksis spænder således fra tilfælde, som principielt forudsætter og faktisk også til dels realiserer de højeste grader af prøvelsesintensitet til tilfælde karakteriseret ved den yderste tilbageholdenhed. Anskuet på grundlag af indenrigsministeriets praksis får man indtryk af, at der faktisk ikke gælder grænser for, hvor »smidigt« kontrollen af gældende rets overholdelse kan praktiseres.

Indenrigsministeriet synes således at forudsætte en høj grad af herredømme over *retsgrundlaget*. Selv hvor kontrollen i det væsentlige kan begrænses til generel/abstrakt prøvelse, har indenrigsministeriets praksis været kendetegnet af store bevægelser, hvis grundlag måske i nok så høj grad har været kommunikation med reglernes adressater og disses politiske organisationer end egentlige retlige overvejelser over det pågældende retsgrundlags - herunder egentlige lovbestemmelers - rette *fortolkning*. Tilsvarende synes der i relation til afgrænsningen af faktum og subsumptionen heraf at eksistere et sådant spænd mellem praktiserede og formulerede (selvpålagte) begrænsninger og intensiv prøvelse, at den retlige mangels *klarhed* som betingelse for anvendelse af retsmidler nok så meget forekommer at fungere som udtryk for tilsynsmyndighedernes frihed til at bestemme prøvelsens udfald og rækkevidde som egentlig »grænse« for tilsynsmyndighedernes anvendelse af retsmidler.

Det anførte skal ses i sammenhæng med tilsynsmyndighedernes rådighed over *samspillet* mellem de enkelte elementer, der indgår i bedømmelsesgrundlaget. Som anført eksisterer der en snæver sammenhæng mellem de to sider af den dobbelte kausalsammenhæng, som såvel kan supplere, kompensere som neutralisere hinanden. Med udgangspunkt i den almindelige prøvelseslæres antagelse om, at forekomsten af retlige mangler, kritisable forhold, disses grovhed etc. i den enkelte sag »*kumuleres*« i den betydning, at summen af retlig belastethed indvirker på prøvelsens intensitet, måtte man forvente, at indicier for en eventuel retlig mangels konkrete væsentlighed og grovhed ville føre til intensiveret prøvelse. Imidlertid må man - på grundlag af de mere markante tilfælde omfattet af især indenrigsministeriets praksis - konstatere, at praktiseringen af en sådan sammenhæng så langt fra er en selvfølgelighed. Der forekommer således tilfælde, hvor bedømmelsen i høj grad må betegnes som »atomiseret« i betydningen at hver enkelt retlig mangel, kritisable forhold etc. behandles isoleret uden at det samlede billede af endog udtalt retlig belastethed på nogen måde synes at have indvirket intensiverende på prøvelsen. Således når en sag kendetegnet ved klare indicier for magtfordrejning samt strubevis af formelle mangler munder ud i konstateringen af, at indenrigsministeriet ikke kan gå ind i prøvelsen af faktiske forhold, som bestrides af kommunalbestyrelsen. Eller når afgørelsen i en sag, i hvilken indenrigsministeriet selv har peget på klare indicier for magtfordrejning, afgøres med en udtalelse om indenrigsministeriets respekt for kommunalbestyrelsens skøn, uden at

Fjerde del. Kap.XIII.1.1.

de påpegede indicier på nogen måde ses at være afsvækket endsige afkræftet af kommunalbestyrelsen. Og endelig når der i en habilitetssag, som iøvrigt er kendetegnet ved despekt for de dele af gældende ret, som er af direkte relevans for realiseringen af den interesse, som er habilitetsbedømmelsens genstand, statueres habilitet med henvisning til, at habilitetsreglen nu må anses ændret. Og denne ændring langt fra forekommer overbevisende endsige klar.

De anførte tilfælde virker naturligvis særligt bemærkelsesværdige i et retssystem, som stadig pointerer hensynet til *befolkningens tillid*.

Selv om det er vanskeligt at opstille minimumsfordringer til tilsynsmyndighedernes kontrolintensitet, når sådanne fordringer på én gang skal være alment dækkende og af rimelig operativ relevans, så synes grænsen for tilsynets rådighed over prøvelsen eksempelvis at måtte være nået i sagen om indenrigsministeriets godkendelse af Københavns kommunes vedtægtsændring.

Kommer ministeriet til det resultat, at der foreligger retlige mangler, som ikke er uvæsentlige for den trufne afgørelse, må indenrigsministeriets reaktion i en sag som denne være at godkendelse nægtes.

Indenrigsministeriets muligheder for at foretage en intensiv prøvelse af borgerrepræsentationens beslutning om vedtægtsændring er i det hele meget gode. En abstrakt prøvelse af de anførte hensyns lovlighed ligger i kerneområdet af indenrigsministeriets kompetence. Hertil kommer, at indenrigsministeriet i forhold til spørgsmål vedrørende den kommunale forfatning (styrelseslov/styrelsesvedtægt) er egentlig ressortmyndighed. Indenrigsministeriet har som sådan et solidt førstehåndskendskab til det retsgrundlag, på hvilket sagen skal bedømmes. Også for så vidt angår den tvivl, der måtte eksistere med hensyn til indholdet af faktum, d.v.s. spørgsmålet om, hvilke hensyn der rent faktisk ligger til grund for borgerrepræsentationens beslutning, råder indenrigsministeriet over ganske omfattende midler. Hvilket skal ses i snæver forbindelse med, at sagen er karakteriseret ved almindeligt offentligt kendskab til og udbredelse af oplysninger om forhold af betydning for ministeriets bedømmelse.

Selv om der som anført i kap. XII. foreligger forskellige muligheder i henseende til prøvelsens intensitet, kan ministeriets prøvelse ikke begrænses til blot at kontrollere, hvorvidt borgerrepræsentationens beslutning i sin fremtræden er (blevet) lovlig(gjort). En sådan afgrænsning af prøvelseste-maet er i en sag som denne reelt ensbetydende med, at tilsynsmyndigheden

gør statuering af en retlig mangel afhængig af kontrolobjektets (kommunalbestyrelsens) samtykke.

Det forhold, at loven direkte hjemler tilsynsmyndighederne en godkendelsesbeføjelse med hertil knyttede muligheder for i afgørelsens grundlag at inddrage hensigtsmæssighedsovervejelser, fritager ikke tilsynet for dets almindelige pligt til at udøve legalitetskontrol (jfr. *Rønsholdt: Juristen* 1985 s. 225 med henvisninger). De fra tilsynspraksis kendte eksempler på, »at en særlig kommunal interesse i en disposition, der ellers måtte anses for ulovlig, kan gøre denne lovlig« (*Preben Espersen: Beslutning og samtykke* s. 97), som i øvrigt ikke er ubetænkelig, kan i hvert tilfælde ikke udstrækkes til at omfatte sager om tilsidesættelse af det kommunale forfatningssystem og i forbindelse hermed en minoritetsgruppes vitale politiske interesse i at bevare magtpositioner, hvis grundlag er regler om det repræsentative demokratis konkrete realisering i kommunen.

Konsekvensen af det tilsynsmønster som tegnes i sådanne tilfælde, er ikke begrænset til retshåndhævelsessvigt i den enkelte sag. Også retsudøvelsens fremadrettede/præventive funktioner lider skade. I den forbindelse må man være opmærksom på, at årsagen til tilbageholdenhed i prøvelsen i hvert tilfælde ikke alene kan søges i modvilje mod anvendelse af retsmidler. Tilsynsmyndighederne råder således over rige muligheder for at fremføre kritik og for i det hele at gøre en retsopfattelse gældende uden anvendelse af retsmidler.

Kapitel XIV

Ekskurs: En kritik af nyere magtfordrejningslære

1. Den traditionelle magtfordrejningslæres indhold og forudsætninger

Den teoretiske behandling af spørgsmålet om den usaglige hensigts placering og betydning i prøvelsen tager sit udspring i diskussionen om domstolenes kontrol med forvaltningens skønsmæssige afgørelser. Det er således blevet hævdet, at forvaltningen i visse situationer skulle være frit stillet i forhold til domstolene, nemlig i det omfang lovgivningen udstyrer forvaltningen med et *frit skøn*, hvilket er tilfældet, hvor lovens angivelse af retsfaktum og/eller retsfølgen er så ubestemt, at retsgrundlaget kan betegnes som skønsmæssigt.

Under indtryk af en stadig udvidelse/intensivering af domstolenes prøvelse har teorien i løbet af dette århundrede gradvist måttet modificere læren om det frie skøn: »Domstolenes inkompetence over for forvaltningens frie skøn betyder kun, at de ikke i materiel henseende kan efterprøve skønsmæssige afgørelser. Hvis afgørelsen lider af en mangel af *formel* karakter, kan den i så henseende tages under påkendelse af domstolene« (Poul Andersen: Dansk forvaltningsret 5. udg. s. 613). Poul Andersen fremhævede endvidere, at forvaltningens frie skøn er begrænset af læren om magtfordrejning. Og Poul Andersen betragter magtfordrejning som en formel mangel, som domstolene kan tage stilling til uden at foretage en egentlig prøvelse af forvaltningsafgørelsens materielle rigtighed.

En konsekvens af denne konstruktion bliver en fokuseren på forvaltningens subjektive hensigt. Ved at betragte forvaltningens usaglige hensigt som prøvelsens genstand bliver det muligt at løsrive forbindelsen mellem den retlige mangel (hensigten) og afgørelsens saglige rigtighed.

Af denne forbindelse mellem årsagen (hensigten) og virkningen (den saglige rigtighed) kunne kun førstnævnte blive underkastet en egentlig

prøvelse af domstolene. Sidstnævnte var som hørende under forvaltningens »frie skøn« fritaget for domstolsprøvelse.

I konsekvent overensstemmelse hermed anlagde Poul Andersen tilsyneladende en generel væsentlighedsvurdering som grundlag for vurderingen af spørgsmålet om gyldighed: »At det ulovlige formål medfører forvaltningsaktens ugyldighed beror ikke på, at det med nødvendighed fører til en forvaltningsakt med urigtigt indhold. Erfaringen viser imidlertid, at usaglige bevæggrunde oftest fører til sagligt urigtige beslutninger« (Dansk forvaltningsret, 5. udg. 1965 s. 364-65).

Poul Andersen anfører ikke eksempler på tilfælde, hvor den usaglige hensigt ikke antages at indvirke på afgørelsens saglige rigtighed.

2. Nyere magtfordrejningslæres indhold og forudsætninger

I *Ole Krarups* disputats, *Øvrighedsmyndighedens grænser* (1969), påvises det, at der ikke i dansk ret eksisterer områder, hvor domstolene principielt er afskåret fra at prøve forvaltningens skønsmæssige afgørelser, men nok områder hvor domstolene faktisk udviser tilbageholdenhed og dermed giver forvaltningen et bredere råderum.

Set i forhold til den klassiske magtfordrejningslære begrænser Øvrighedsmyndighedens grænser sig imidlertid ikke til denne påvisning af, at forbud mod magtfordrejning har status af et egentligt sagligt krav til forvaltningen. Det siges nemlig herudover, at prøvelsens genstand ikke er og heller ikke praktisk *kan* være myndighedernes motiverende hensigt, omend en prøvelse heraf teoretisk kunne forekomme (op.cit. s. 76ff). Tanken er den, at en prøvelse af hensigten i forhold til en prøvelse af afgørelsens objektive rigtighed må forholde sig som det mindre til det mere, hvorfor en prøvelse af hensigten ingen selvstændig betydning har, når det er anerkendt, at domstolene kan foretage en egentlig materiel prøvelse og faktisk gør det.

Ole Krarup frakender dog ikke ganske hensigten betydning. Den siges således at have proces teknisk betydning i to henseender. Den usaglige hensigt kan således bevirke en intensivering af prøvelsen i tilfælde, hvor domstolene normalt ville udvise en faktisk tilbageholdenhed med at blande sig i forvaltningens skøn. Herudover - og i snæver forbindelse hermed - kan

Fjerde del. Kap.XIV.3.

hensigten betinge en bevisbyrdeforskydning til skade for forvaltningen, jfr. herom nedenfor afsnit 7.

3. Ideologiske forudsætninger som grundlag for vurdering af hensigtens betydning

Ved stillingtagen til spørgsmålet om hensigtens betydning kan ikke ses bort fra præmisser af (rets)politiske indhold. En hævde af hensigten som retlig mangel har formentlig sit grundlag i klassiske retsstatsideologier, hvis afgørende kendetænk er fokus på retsbeskyttelseshensyn og understregning af lovgivers vilje som en afgørende retsskildefaktor. Sådanne ideologier indebærer umiddelbart prioritering af traditionelle retssikkerhedstanker i forhold til moderne styrings- og managementsorienteret forvaltning.

I modsætning hertil kan nyere teoris eliminering af hensigten som selvstændig retlig mangel karakteriseres som »forvaltningsvenlig«. Under en udvikling kendetegnet ved, at retten først og fremmest ses som middel til styring mod overordnede mål underkastet konstant ændring, må forvaltningens hensigt opfattes som en irrationel størrelse i forhold til et retsgrundlag, hvis formål i højere grad er at fungere som »værktøj« end som grænser for forvaltningens virksomhed.

Herudover, og i snæver sammenhæng hermed, bygger nyere forvaltningsret og prøvelsesteori klart på en formodning for og tillid til eksistensen af lovlig forvaltning fri for uvedkommende formål. I Øvrighedsmyndighedens grænser (s. 121) siges det således, at magtfordrejningslæren er rettet mod odiøse tendenser i forvaltningen. Og der henvises til, at magtfordrejningslæren har sit udspring i forrige århundredes sydeuropæiske forvaltningsstandard, som ikke har meget tilfælles med aktuelle danske forhold. Derfor »kan det synes fristende at søge formuleret et område for hensigtens prøvelse ...«. Ole Krarup konkluderer imidlertid, at »der findes efter min mening intet sådant område«.

Disse forudsætninger forekommer urigtige.

For det første bør problemstillingen ikke begrænses til området for den klassiske magtfordrejningslære. Uanset hvordan man afgrænser begrebet »odiøse« hensyn, kan prøvelsen af hensigten også få betydning i forhold til afgørelser, der bygger på fuldt etiske men usaglige hensyn. Afgørende bør i denne henseende være afgørelsens retssikkerhedsmæssige relevans.

For det andet har forudsætningen om lovlig forvaltning været under så stærkt pres fra en række kommunale »skandaler« spændende fra egentlige tilfælde af korruption og andre odiøse hensyn til usaglige hensyn i øvrigt, at den til forudsætningen knyttede forhåndsformodning om ikke må opgives så i hvert tilfælde stærkt modificeres (Jfr. betænkning 981/1983 om håndhævelse af bygge- og miljølovgivning).

Man bemærker sig i den forbindelse, at magtfordrejning som prøvelse af forvaltningens usaglige subjektive hensigt i fransk ret har sit historiske udspring i forrige århundredes *lokalforvaltning*, som tendentielt antages mere tilbøjelig til magtmisbrug. »Il n'est pas étonnant que le Conseil d'Etat l'ait d'abord reconnu a propos des actes émanant des Autorités locales, celles-ci ayant plus tendance a utiliser leurs pouvoirs a des fins particulieres. Et l'on peut établir un lien entre les decrets de déconcentration de 1852 et les premiers arrêts qui consacrent le détournement de pouvoir (*J.-M. Auby* og *R. Drago*: *traite de contentieux administratif* 1984 s. 411ff).

4. Teoretiske konsekvenser af nyere prøvelsesteori

Forholdet mellem hjemmelsspørgsmålet (legalitetsprincippet) og magtfordrejning er forholdsvis klart i magtfordrejningslærens oprindelige skikkelse. Udgangspunktet er her, at en forvaltningsafgørelse, som objektivt er hjemlet i den forstand, at den efter sit indhold ligger inden for de rammer som ved fortolkning/udfyldning sættes af afgørelsens retsgrundlag, kan tilsidesættes, når forvaltningsmyndigheden har ladet sig motivere af hensigter, som i forhold til dette retsgrundlag er usaglige.

Med omformuleringen af magtfordrejningslæren derhen, at afgørelser, der hviler på saglige præmisser opretholdes på trods af indicerede eller dokumenterede subjektive usaglige hensigter, mister sondringen mellem kravet om hjemmel og andre uskrevne krav til forvaltningen sin selvstændige betydning. Eneafgørende for udfaldet af prøvelsen bliver herefter, om hjemmelsgrundlaget rummer mulighed for at varetage interesser/hensyn som den pågældende forvaltningsmyndighed påberåber sig, og om sagens faktum subsummeret under dette retsgrundlag kan legitimere den trufne afgørelse.

Grundlaget for afgørelsen afviger således ikke metodisk fra anvendelse af legalitetsprincippet i øvrigt. Og forbeholdet om skærpet prøvelse bl.a. i

Fjerde del. Kap. XIV.4.

form af bevisbyrdeforskydning til skade for forvaltningen indebærer ikke en principiel afvigelse fra dette udgangspunkt. Heri ligger jo blot en øget fordring til sikkerheden for afgørelsens objektive rigtighed, jfr. nedenfor.

Skal magtfordrejningslæren retableres som en kategori af selvstændig betydning, må det ske via en forskydning i »jus-sfæren«. Prøvelsesinstansen må kunne udfylde hjemmelsgrundlaget derhen, at der ikke er bemyndigelse til at træffe den pågældende afgørelse, når der foreligger usaglige hensigter. Der indfortolkes således i hjemmelsgrundlaget et standardforbehold om forvaltningens subjektive hensigt (Jfr. Poul Andersens meget betegnende kategorisering af magtfordrejning som en »indre tilblivelses-mangel ...« 5. udg. s. 361).

Selv om grundlaget for sondringen hensyn/hensigt er, om det motiverende formål er objektiveret i afgørelsen, må man være opmærksom på, at en grad af objektivering også er en nødvendig bestanddel af beviset for eksistensen af hensigten. Hensigten kan være totalt løsrevet fra afgørelsens objektive fremtrædelse. Hensigten kan imidlertid også afspejle sig i afgørelsen via dennes *virksomheder*.

Hvilken grad af intensiveret prøvelse en retablering af hensigten som retlig mangel vil repræsentere må naturligvis bl.a. afhænge af hensigtsbegrebets præcise indhold. En afgrænsning af prøvelsens rækkevidde til alene at omfatte spørgsmålet, om forvaltningens afgørelse har fået *virksomheder*, som korresponderer med en usaglig hensigt, vil være udtryk for en relativt mindre intensiv prøvelse sammenlignet med en afgrænsning, hvorefter prøvelsesinstansen griber ind over for forvaltningens (rent psykiske) *formål* med den trufne afgørelse.

5. Den subjektive hensigt som selvstændigt i modsætning til eneste prøvelsesgrundlag

Når der i »Øvrighedsmyndighedens grænser« udelukkende lægges vægt på prøvelse af de objektive præmisser i modsætning til prøvelse af den subjektive hensigt, kan det forklares med, at afhandlingen er skrevet som et opgør med læren om forvaltningens »frie skøn«, hvorefter domstolene som anført var afskåret fra at prøve skønsmæssige afgørelses objektive lovlighed/rigtighed.

I Øvrighedsmyndighedens grænser (s. 76) siges det således, at danske domstole »i næppe så meget som ét tilfælde har anvendt den klassiske magtfordrejningslære, efter hvilken præmisprøvelsen er *indskrænket* til at angå myndighedens motiverende indstilling«.

En sådan konstatering er naturligvis helt afgørende som led i en dokumentation af, at forvaltningen ikke har et frit skøn i betydningen, at domstolene er afskåret fra at prøve afgørelsens saglige rigtighed. Derimod indebærer konstateringen ikke en logisk nødvendig ophævelse af hensigten som selvstændig retlig mangel. Den anførte betragtning, at prøvelsen af hensigten i forhold til prøvelsen af afgørelsens saglige rigtighed forholder sig som det mindre til det mere, har jo kun gyldighed, når man har besluttet sig for at betragte prøvelse af afgørelsens saglige rigtighed som det mest vidtrækkende endemål. Hvis imidlertid denne materielle prøvelse forudsættes at være en selvfølgelig realitet, vil en *yderligere* mulighed for at tilsidesætte afgørelsen på grund af forvaltningens usaglige hensigt - vel at mærke med samme endelighedseffekt som kan være knyttet til annullation på grund af traditionelle saglige mangler - være at betragte som det mere i forhold til det mindre.

Forskellen mellem den her og i Øvrighedsmyndighedens grænser anlagte synsmåde udtrykkes måske klarest, når det anføres, at det »kan synes at frembyde vanskeligheder overhovedet at gengive noget tilfælde, hvor en foreliggende prøvelsessituation levner plads for en prøvelse af forvaltnin- gens motiverende indstilling, *under abstraktion fra sagens øvrige præmisser*« (op.cit. s. 95).

I denne afhandling er det jo netop målet at retablere hensigtens betydning, ikke i abstraktion fra sagens øvrige præmisser, men i samspil med disse.

Skematisk kan de behandlede muligheder fremstilles således:

	Prøvelse af subjektiv hensigt	Prøvelse af de objektive præmisser
PA	+	÷
OK	÷	+
SR	+	+

Fjerde del. Kap. XIV.6.

6. Om retsvirkningen af den usaglige hensigt som en retlig mangel

Problemstillingen hensigten som selvstændig retlig mangel i modsætning til et blot faktisk forhold af processuel betydning for prøvelsen er ikke blot af relevans for spørgsmålet om forvaltningsafgørelsens tilsidesættelse. Det er således i sig selv af betydning at kunne konstatere eksistensen af en retlig mangel, selv om denne i det enkelte tilfælde ikke sanktioneres med ugyldighed. Ombudsmanden er således formelt begrænset til alene at konstatere eksistensen af en retlig mangel, og selv om det almindelige kommunale tilsyn formelt har mulighed for annullation, er den praktisk dominerende reaktion (uforbindende) tilkendegivelser.

Og en materiel prøve - som uafhængigt af hensigten som selvstændig retlig mangel - falder ud til, at den trufne afgørelse ikke er materielt *ulovlig* efterlader let det indtryk, at den trufne afgørelse er *i orden*.

I øvrigt skal spørgsmålet om annullation/ugyldighed som retsvirkning af usaglige hensigter stadig være knyttet til en væsentlighedsvurdering. Dennes nærmere indhold og genstand må til dels afhænge af sædvanlige spørgsmål som retsgrundlagets karakter og de hermed forbundne og i øvrigt foreliggende muligheder for at foretage en egentlig materiel prøve. Og/eller en vurdering af, om der foreligger kausalitet mellem den usaglige hensigt og den trufne afgørelse. Men uanset hvordan det forholder sig i denne henseende, skal prøvelsesinstansen have mulighed for det - til dels retspolitiske valg - at tilsidesætte den trufne afgørelse på grundlag af en generel væsentlighedsvurdering.

I grundlaget for dette valg må bl.a. indgå forhold som den retlige mangels grovhed, herunder i det hele de samlede omstændigheder omkring den retlige mangels opståen og konstatering. Af betydning må også være karakteren af de til afgørelsen knyttede retssikkerhedshensyn. Det kan således ikke være ligegyldigt, om prøvelsens genstand er en afskedigelses-sag eller en sag om overordnet geografisk planlægning.

Ved blot at betragte den usaglige hensigt som en formel mangel - hvilket i sig selv vil være et fremskridt i forhold til den nugældende teori - vil virkningen af annullation være hjemvisning til fornyet behandling. En sådan hjemvisning har normalt det retstekniske formål at give mulighed for *reparation* i betydningen fornyet afgørelse under iagttagelse af formalia. Hensigten som formel retlig mangel er imidlertid atypisk i forhold til andre

formelle mangler ved i udpræget grad at unddrage sig objektivering, hvorfor reparation normalt ikke lader sig konstatere. Dette taler for at se bort fra det formelle aspekt af hensigten som retlig mangel, der logisk udspringer af årsags/virkningsforbindelsen mellem manglen og afgørelsens indholdsmæssige rigtighed.

Foreligger der en dokumenteret eller tilstrækkeligt klart indiceret usaglig hensigt af relevans for afgørelsens materielle indhold, skal annulationen kunne have virkning som ved (egentlige) saglige mangler i øvrigt. Dette kan betyde, at forvaltningen afskæres fra at opnå et resultat, som ville være fuldt legalt om ikke det retsstridige forhold (hensigten) havde foreligget.

En sådan mulighed for annulation af en forvaltningsafgørelse på grundlag af noget i forhold til denne afgørelses objektive rigtighed løsrevet, vil udsætte såvel det offentlige som private for at lide et »retstab« i betydningen, at forvaltningen udelukkes fra at opnå et resultat, som i snæver forstand - d.v.s. bortset fra hensigten - er saglig holdbart. Hertil er imidlertid at sige:

1) Ofte lader en afgørelses objektivt saglige rigtighed sig ikke fastslå isoleret fra de omstændigheder, hvorunder den er blevet til in casu usaglig hensigt.

2) Det anførte retstab foreligger jo også som en mulighed ved anvendelse af den i Øvrighedsmyndighedens grænser brugte konstruktion, efter hvilken forvaltningen taber sagen, hvis den ikke er i stand til at afkræfte dommerens forhåndsformodning (som er affødt af hensigten) mod afgørelsens saglige rigtighed. Principielt, omend faktisk sjældent kan forvaltningen således lide »retstab« som resultat af det ovenfor under 1) anførte om den saglige rigtigheds manglende éntydighed og objektivitet.

Dette problem er imidlertid i højere grad knyttet til procesformens forhandlingsmaksime, efter hvilken der principielt knyttes retstabsvirkning til manglende fremlæggelse, end til spørgsmålet om objektivt rigtige afgørelser. De alternative muligheder for at nå et forvaltningsformål (måske et »tvingende«), vil sjældent være belyst under eksempelvis en domstolssag, hvor parterne typisk vil stå hårdt på deres ultimativt formulerede påstande og anbringender.

3) Risikoen for »retstab« foreligger jo også, når en afgørelse tilsidesættes på grundlag af en generel væsentlighedsvurdering ved formelle mangler.

Fjerde del. Kap. XIV.6.

Selv om »skaden« i disse tilfælde principielt er af foreløbig art, behøver det ikke faktisk at være tilfældet. Tidstabet kan således i sig selv være ensbetydende med en afgørende ændring af afgørelsens materielle forudsætninger. Og en formel mangel kan i sig selv stille sig hindrende i vejen for en gentagelse af den annullerede afgørelse. Muligheden herfor træder klart frem i tilfælde, hvor inhabilitet i en kommunalbestyrelse indebærer en forrykkelse af det gruppepolitiske styrkeforhold af relevans for indholdet af den trufne afgørelse.

I øvrigt kan den risiko for retstab, der er knyttet til annulation med endelig materiel virkning, forsvares under henvisning til det typiske magtforhold mellem administration og borger, når dette sidste udtryk anvendes i en vis snæver forstand. En risikofordelingsregel bør således være i forvaltningens disfavør, i tilfælde hvor der foreligger usaglige hensigter. »Retstab« bliver i denne sammenhæng en beskeden pris til kompensation for den kraftige udvidelse af forvaltningens magtbeføjelser, som har udviklet sig i kombination med en svækkelse af de retlige grænser for forvaltningens virksomhed.

7. Om bevis(byrde) og forvaltningens hensigt

Som anført er den i Øvrighedsmyndighedens grænser foretagne eliminering af forvaltningens hensigt som prøvelsens genstand ikke ensbetydende med, at hensigten ganske fratages betydning for prøvelsen. Hensigten antages således bl.a. at have proces teknisk betydning i form af bevisbyrdeforskydning til skade for forvaltningen. Tankegangen er den, at hensigten kan skabe en formodning hos dommeren imod, at afgørelsen hviler på objektivt holdbare præmisser. Denne formodning må forvaltningen afkræfte ved positivt at sandsynliggøre eksistensen af objektive præmisser, der kan legitimere afgørelsen.

I Øvrighedsmyndighedens grænser gøres der rede for den afvigende brug af udtrykket bevisbyrde i forhold til dette begrebs traditionelle anvendelse. Medens udtrykket bevisbyrde traditionelt kun dækker situationer, hvor bevistemaet er »*bestemt af faktiske begivenheder*«, anvendes det i Øvrighedsmyndighedens grænser også med hensyn til uklarhed om »gyldige præmisser«, som kan »angå et langt mere juridisk farvet forhold, nemlig en

række led i sagen, tydet på grundlag af forskellige retlige synspunkter« (op.cit. s. 115, note 67).

Det er denne utraditionelle afgrænsning, der betinger det anførte, hvorefter forvaltningsmyndighedens mulighed for at løfte bevisbyrden er snævert knyttet til retsgrundlagets karakter. Når prøvelsens genstand udelukkende er afgørelsens objektive rigtighed, og denne rigtighed afhænger af forhold, der ikke som fakta i traditionel forstand lader sig konstatere og afgrænse objektivt, åbnes stor mulighed for *efterrationalisering/legitimering* af trufne afgørelser i betydningen, at forvaltningen anfører præmisser, der faktisk ikke eller kun i begrænset omfang lader sig efterprøve, fordi de ikke kun vedrører faktum i snæver forstand, men yderligere - og måske i overvejende grad - juridisk farvede forhold, der ikke entydigt lader sig bestemme som retmæssige/saglige. Hertil kommer, at retsgrundlaget i forhold til mange afgørelser kan give mulighed for at inddrage en række indbyrdes meget forskellige hensyn/præmisser. Og bevisbyrden vil jo - alt andet lige - blive lettere for forvaltningen at løfte, jo flere forskelligartede hensyn der er at vælge mellem. For store dele af den lovgivning, der har båret den omfattende kommunalisering af dansk forvaltning, er det netop typisk, at der ofte vil kunne træffes adskillige indbyrdes forskellige afgørelser om et bestemt forhold, uden at den ene afgørelse kan karakteriseres som objektivt rigtigere end de øvrige mulige. I forhold til sådanne afgørelser og hjemmelsgrundlag kan en bevisbyrdeforskydning vise sig virkningsløs, selvom afgørelsen måske helt klart er båret af usaglige hensigter. Den eneste mulighed for at skære igennem med kontrol, vil i sådanne tilfælde være at anerkende hensigten som prøvelsens genstand.

7.1. Om det i Øvrighedsmyndighedens grænser anvendte bevisbyrdebegreb
I Henrik Zahles disputats Om det juridiske bevis (s. 549) kritiseres det i Øvrighedsmyndighedens grænser anvendte bevisbyrdekriterium for ikke at tage hensyn til, at bevisprøvelsen er »dubleret« i sager, hvor forvaltningsafgørelser er prøvelsens genstand i modsætning til prøvelse af civilretlige sager, i hvilke der ikke er involveret forvaltningsmyndigheder.

Tankegangen er den, at dommeren ved prøvelse af en forvaltningssag ikke kan nøje sig med en bedømmelse af, hvilket bevisgrundlag der forelå for forvaltningens afgørelse, men »ved siden af denne ... sætten sig i forvaltningens sted« må føje yderligere et led til bevistemaet, som omfatter

Fjerde del. Kap. XIV.7.1.

den samlede sum af omstændigheder, der er relevante for en afgørelses tilblivelse i forvaltningen.

Anskuet ud fra denne afhandlings synsvinkel kan dette andet led i bevistemaet bl.a. være forvaltningsmyndighedens hensigt.

Som genstand for bevisførelsen nedtones dette element klart i Øvrighedsmyndighedens grænser. Her hedder det således, at »hvad jeg har for øje her er ikke bevisproblemer i forbindelse med spørgsmålet: Hvilken hensigt kan forvaltningen antages at have haft, men derimod: Hvem påhviler det at dokumentere den indklagede afgørelses objektive præmisser?« (Øvrighedsgrænser s. 114). At problemstillingen formuleres på den måde, er i konsekvent overensstemmelse med opfattelsen i Øvrighedsmyndighedens grænser, hvorefter hensigten ikke er prøvelsens egentlige genstand.

Bortset fra den manglende hensyntagen til denne mulige ændring af bevistemaet er den i Øvrighedsmyndighedens grænser benyttede bevisbyrdegrundsætning også for nuanceret med hensyn til den del af afgørelsen, som den klart er beregnet på at skulle dække, nemlig det *faktum*, som er forvaltningsmyndighedens grundlag for forvaltningsafgørelsen. Der spørges således: »Hvem påhviler det at dokumentere den indklagede afgørelses objektive præmisser? Er det således, at den adressat der påstår afgørelsen tilsidesat, må påvise at afgørelsen ikke bæres af gyldige præmisser (konkret eller generelt bedømt) eller omvendt, således at forvaltningen må dokumentere sådanne præmisser?« (op.cit. s. 114).

Dette spørgsmål besvares således af Ole Krarup: »Der kan ikke være tvivl om, at udgangspunktet for dommeren er den første løsning: Den, der f.eks. påstår forvaltningen tilpligtet at udstede en bevilling, eller kræve et påbud annulleret, må påvise, at bevillingen med urette er nægtet ham eller påbuddet ikke bæres af lovlige præmisser«. Selv om der af Ole Krarup tages det forbehold, at »bevisbyrden i mangfoldige tilfælde forrykkes på grundlag af flere andre omstændigheder end forvaltningens hensigt« (op.cit. s. 115), ændrer det ikke ved det forhold, at der her opstilles et alment udsagn om fordelingen af bevisbyrden, der kan fraviges (»forrykkes«) på grund af konkrete omstændigheder, men i øvrigt ligger fast. Hermed overses det som påpeget af Henrik Zahle (Om det juridiske bevis s. 552-55), at bevisbyrden uafhængigt af eventuelle hensigter eller andre særlige omstændigheder kan påhvile forvaltningen »i den forstand, at et faktum må kunne antages med en høj grad af sandsynlighed eller sikkerhed

for, at en forvaltningsakt skal kunne udstedes«. Dertil kommer, at »bevissituationen« kan være en anden for domstolene, end den var for forvaltningen:

- a) Faktum kan have ændret sig i tidsrummet mellem forvaltningens afgørelse og domstolsprøvelsen.
- b) Forvaltningsafgørelsen er måske resultat af en speciel forvaltningseks-pertise som domstolene ikke er i besiddelse af.
- c) Bevistemaet er undertiden et andet for domstolene end det var for forvaltningen, jfr. ovenfor og Henrik Zahle, op.cit. s. 555.

Dette sidste punkt (c), som naturligvis skal ses i snæver sammenhæng med de to første punkter (a) og (b), er i denne sammenhæng centralt for at forstå nødvendigheden af at acceptere hensigten som prøvelsens genstand og dermed som genstand for bevisførelsen.

Hertil kommer, at i det omfang forvaltningen ifølge *Henrik Zahle* (i forvejen) bærer bevisbyrden for oplysningen af sagen i forvaltningsregi, må denne del af bevisbyrden også være gældende i forbindelse med domstole-nes kontrol af forvaltningsafgørelsen. Det skal derfor her gøres gældende, at skal det have nogen effekt at »vende bevisbyrden i de situationer, hvor forvaltningen således i forvejen bærer bevisbyrden, må bevisets genstand udvides udover det der oprindeligt forelå for forvaltningen selv. Denne bevisgenstand må naturligvis søges inden for området af det udvidede bevistema som omtalt ovenfor. I denne sammenhæng er den relevante »nye« bevisgenstand forvaltningsmyndighedens hensigt.

8. Hensigten som prøvelsens genstand i domspraksis

I det følgende vil blive søgt påvist, at nyere teoris eliminering af hensigten som prøvelsens egentlige genstand ikke er et nødvendigt resultat af domspraksis.

I Øvrighedsmyndighedens grænser omtales et enkelt tilfælde, som »den *eneste dom* inden for det af teorien accepterede magtfordrejningsområde, der muligvis kan tages som udtryk for, at dommeren foretrækker at basere sit resultat på forvaltningens subjektive hensigt fremfor en konkret bedøm-melse af sagens objektive præmisser« (jfr. *Ole Krarup*: Øvrighedsmyndig-hedens grænser s. 109).

Fjerde del. Kap. XIV.8.

Domskonklusionens formulering peger da også meget klart på hensigten som den centrale prøvelsesgenstand. Det hedder således herom, at »efter indholdet af indstævntes skrivelse af ... og ... samt under hensyn til, at arkitekt B's projekt af ... opfyldte de af indstævnte ... i skrivelse af ... opstillede krav vedrørende afløbsforholdene, må det anses for godtgjort, at indstævntes forslag i skrivelserne af ... og de af indstævnte ... opstillede betingelser *har haft til formål* at sikre gennemførelse af dispositionsplanens udlæggelse af ... til ubebygget grønt område« (UfR 1956 s. 1071, jfr. op.cit.).

De af kommunen anførte bygningstekniske hensyn (objektive præmisser) prøves ikke. Derimod henviser domskonklusionen til skrivelser, der klart indicerer, at *formålet* (hensigten) har været opfyldelse af dispositionsplanen (som ikke har retsvirkning i forhold til borgerne).

Af betydning for dommerens valg mellem at gøre hensigten eller de objektive præmisser til det centrale i prøvelsen har muligvis været de objektive præmissers fremkomst i tid. Der lægges således i dommen vægt på, om de kloakerings-(-afvandings)mæssige forhold er opfyldt. Denne præmis var med fra sagens start, medens bygningstekniske hensyn først ses at være kommet for dagen i forbindelse med retssagen. Hvis dette er rigtigt, ligger der heri en accentuering af hensigten som prøvelsens genstand og samtidig et muligt kriterium for, hvilke objektive præmisser der skal tillægges mindre vægt. Når de ovennævnte skrivelser i sagen har indiceret, at formålet er varetagelse af usaglige interesser og visse af de *oprindeligt anførte* objektive elementer ikke er til hinder, er der kun den indicerede hensigt tilbage, *og på den dømmes forvaltningen*.

Men selv om samtlige objektive præmisser i det enkelte tilfælde er inddraget i prøvelsen, udelukker det vel ikke en konstruktion, hvorefter målet med prøvelsen af det objektive *bl.a.* er at klarlægge, om den usaglige hensigt har været motiverende for afgørelsen. I en sådan konstruktion sidestilles hensigten med de objektive præmisser som prøvelsens genstand. Hvormed naturligvis intet er sagt om vægtfordelingen mellem disse i den enkelte sag. Afgørelsen vil således kunne annulleres fordi den objektivt er forkert og/eller fordi den er belastet med en usaglig hensigt.

I det her foreliggende tilfælde har domstolene foretaget prøvelsen så langt som beviset for den usaglige hensigt gør det påkrævet. Da denne hensigt var på det rene, var der ingen grund til at prøve de bygningstekniske hensyn. Disse hensyn (objektive præmisser) ville ikke have kunnet

redde (legitimere) en afgørelse, der så sikkert var belastet (motiveret) af en usaglig hensigt.

I Øvrighedsmyndighedens grænser omtales også nogle tilfælde, hvor »man næppe generelt kan frakende hensigten betydning«, men hvor »det afgørende spørgsmål for retten har været, ikke om den trufne afgørelse er motiveret af en bestemt hensigt, men om de foreliggende præmisser samlet bedømt, gyldigt kan motivere afgørelsen, dvs. prøvelsens genstand er, om tjenestemanden har begået forhold, der kan begrunde den foreliggende sanktion ... Ved siden af dette prøvelsesgrundlag har forvaltningens eventuelle chikanehensigt *ingen selvstændig betydning*«.

Spørgsmålet er, om et sådant udsagn ikke også må betragtes som resultat af den grundlæggende opfattelse i Øvrighedsmyndighedens grænser, hvorefter prøvelse af de objektive præmisser i forhold til prøvelse af den subjektive hensigt forholder sig som det mere til det mindre.

Med udgangspunkt i en (erkendelses)interesse orienteret mod at se muligheden for selvstændig (i modsætning til udelukkende) prøvelse af *hensigten* opprioriteret, forekommer en sådan forståelse ikke at være et nødvendigt resultat af disse domme.

Det er naturligvis klart, at domstolenes prøvelse af sagens objektive præmisser i det enkelte tilfælde kan give grundlag for en »allerede fordi afgørelse« og altså for så vidt overflødiggøre andre prøvelseselementer, herunder en foreliggende subjektiv hensigt. Imidlertid forekommer det mere vild- end vejledende på grundlag heraf at konkludere med hensyn til hensigtens »selvstændige betydning«. Afgørelsens udfald kan således lige så vel forstås som resultat af en *konkret væsentlighedsvurdering*. Uanset om den konkrete væsentlighedsvurderings genstand er spørgsmålet om eksistensen af en *kausalforbindelse* mellem hensigten og afgørelsens materielle indhold/rigtighed eller spørgsmålet om, hvorvidt de objektive præmisser i sig selv kan legitimere den trufne afgørelse, forekommer det ikke nødvendigt for resultatet heraf at drage den slutning, at hensigten principielt er uden selvstændig betydning. Det der er tale om er, at hensigten er en *generelt væsentlig* mangel og derfor også af principiel betydning, men at denne mangel i det foreliggende tilfælde er *konkret uvæsentlig*, dvs. uden faktisk betydning for rigtigheden af den trufne afgørelse. Fra det forhold, at retlige mangler - af formel eller saglig karakter - ikke i det enkelte tilfælde fører til afgørelsens tilsidesættelse kan naturligvis ikke sluttes til den retlige mangels ikke-eksistens eller generelle uvæsentlighed.

Fjerde del. Kap. XIV.8.

Til illustration heraf kan anføres tilfældet UfR 1957 s. 371 op.cit. s. 112. Her prøves således det objektive forhold, om udmeldelse af en fagforening har foranlediget uro på arbejdspladsen. Men resultatet af denne prøvelse, »at det forhold, at han har udmeldt sig af Fabriksarbejdernes Fagforening, ikke har medført sådan uro på arbejdspladsen, at arbejdets normale udførelse er hindret eller vanskeliggjort«, benyttes ikke som det i sig selv bærende for afgørelsen. Ved elimineringen af denne objektive præmis som afgørende for udfaldet skabes der plads for forvaltningens hensigt, og denne hensigt anføres som den *positive* begrundelse for udfaldet: »Herefter kan overførslen af sagsøgeren til arbejdet ved vejvæsenet *alene* anses foranlediget af det forhold, at han har udmeldt sig af den nævnte fagforening. Idet dette forhold i sig selv ikke ... kan anses som tilstrækkelig saglig begrundelse ...«.

Prøvelsens genstand er altså *også* hensigten, og da denne anses som bærende (motiverende), dvs. konkret væsentlig for afgørelsen, kendes denne ugyldig.

Den selvstændige betydning af hensigten som prøvelsens genstand sidestillet med prøvelse af de objektive præmisser kan - foruden af domsformuleringen - støttes på følgende forhold:

- 1) Forflyttelse på grund af uro er lovlig.
- 2) Forflyttelse på grund af udmeldelse er ulovlig.
- 3) Forflyttelse på grund af rationelle overvejelser (som kommunen suverænt råder over) vedrørende arbejdets tilrettelæggelse, er principielt lovlig.

Hvis en dom skal kunne skære igennem over for en forvaltningsmyndighed der, som begrundelse for forflyttelse anfører et sæt præmisser, som både er af det under 1) og 3) nævnte indhold, er det ikke nok at eliminere de af 1) omfattede forhold. Domsresultatet styrkes væsentligt af henvisningen til et positivt ulovligt forhold omfattet af 2). I modsat fald åbnes der større mulighed for, at forvaltningen med succes kan fastholde afgørelsen (forflyttelsen) ved at anføre anbringender af den under 3) omfattede karakter.

At den subjektive hensigt af domstolene anerkendes som prøvelsens genstand bekræftes da også i nyere domspraksis.

Således kan anføres en sag, i hvilken en ekspropriation kendes ugyldig,

fordi dens »*egentlige formål*« var at gennemføre en omfordeling af jord med en nabo til det berørte grundstykke (UfR 1973, s. 677).

I kommentaren til dommen siges, at »sagen blev således i overensstemmelse med proceduren afgjort efter den klassiske magtfordrejningslære på grundlag af *formålet*« med ekspropriationen (*Spleth*: UfR B 1973, s. 318).

At prøvelsens genstand efter kommentatorens opfattelse virkelig har været forvaltningsmyndighedens subjektive hensigt underbygges i det følgende, idet det her søges klargjort, om dommen kunne være nået til samme resultat »*på grundlag af de objektive momenter i sig selv, i stedet for at anvende dem som indicier for noget subjektivt*«.

Hensigten forudsættes således helt klart som en selvstændig ugyldighedsgrund i konkurrence med en udelukkende prøve af de objektive præmisser. At der i det konkrete tilfælde faktisk er annulleret på grund af hensigten, underbygges af kommentatorens afsluttende hypotetiske spørgsmål: »Om man - på grundlag af en lidt anden procedure - kunne være kommet til resultatet på grundlag af de objektive præmisser *i sig selv, i stedet for at anvende dem som indicier for noget subjektivt*«.

Spørgsmålet besvares ikke, men efter påpegning af nogle elementer af betydning for besvarelsen udtales, at »der synes at kunne være grund for domstolene til i tilfælde som det foreliggende at være særlig på vagt og derfor ikke vise tilbageholdenhed med hensyn til at vurdere, om den offentlige interesse virkelig med rimelighed har kunnet bære det konkrete ekspropriationsindgreb, *i stedet for blot at bruge de særlige omstændigheder som indicier for eksproprietens formål* med ekspropriationen«.

På grundlag af denne påpegning af muligheden for at gå ind i en egentlig materiel vurdering af den trufne afgørelse, og den klare tilkendegivelse af at bevisførelsens genstand i sagen faktisk har været forvaltningsmyndighedernes hensigt, må det være godtgjort, at kommentatorens resultat ikke kan forklares som udslag af sproglige forviklinger, men må opfattes som en præcis gengivelse af det faktiske prøvelses tema.

Tilfældet tjener også som udmærket illustration af behovet for en sådan udvidelse af prøvelsen til også at omfatte hensigten. Som så mange andre af forvaltningens afgørelser der hviler på skønsmæssigt grundlag, vil afgrænsningen af den objektive rigtighed i meget vidt omfang bero på forvaltningens hensigtsmæssighedsovervejelser, jfr. kommentatorens ovenfor anførte påpegning af muligheden for og opfordring til ikke at »vise tilbageholdenhed med

Fjerde del. Kap. XIV.8.

hensyn til at vurdere, *om den offentlige interesse i virkeligheden med rimelighed har kunnet bære det konkrete ekspropriationsindgreb. ...*«.

Således må det - inden for vide grænser - anses for udelukket, at domstolene vil anfægte forvaltningens skøn over den færdselsmæssige nødvendighed af en disposition (et udgangspunkt der formentlig dog modificeres hvor afgørelsens genstand er ekspropriation). Dvs. at myndighederne ved blot at gå mindre klodset frem kunne nå til det samme resultat uden alvorlig risiko for afgørelsens tilsidesættelse. Muligheden herfor kan illustreres på grundlag af den omhandlede sag:

- 1) Myndighederne forsøgte at købe det pågældende grundstykke på et tidspunkt, hvor det ikke skulle eksproprieres til selve motorvejen.
- 2) Efter ejerens afslag lovede man grundstykket til naboen.
- 3) Og først herefter gennemførte man ekspropriationen med henvisning til nedlæggelse af vejadgangen.
- 4) Den nedlagte overkørsel havde kun en fjern tilknytning til de foretagne vejarbejder.
- 5) En anden ejer havde fået tilkørselsadgangen på et sted, der lå meget nærmere det relevante vejanlæg.
- 6) Der var ikke, som forudsat i vejlovens § 23, stk. 3, oplyst om foretagne overvejelser af, om tilvejebringelse af en anden vejadgang ville stå i rimeligt forhold til parcellens værdi.

Med undtagelse af punkterne 1), 2) og 5), som omfatter forhold myndighederne har fuld rådighed over, ville en gennemført ekspropriation på grundlag af punkt 3) ledsaget af en gennemtænkt argumentation omkring punkt 6) formentlig have fremtrådt som lovlig. (Dette skal naturligvis ikke forstås som en konkret indsigelse mod det af Spleth s. 322 anførte om afgørelsens objektive holdbarhed, men blot tjene som en illustration af muligheden for at forrykke en afgørelses fremtrædelsesform uden derved at ændre dens reelle indhold).

Kommentatoren opfatter også det ulovlige formål som en retlig mangel, der har samme ugyldighedseffekt som saglige mangler. Spleth kritiserer således anbringendernes prioritering, fordi det principale anbringende: Anvendelse af forkert retsgrundlag, vil give myndigheden *mulighed for at omgøre ekspropriationen på formelt lovlig måde* (s. 320). »Hvis det subsidiære synspunkt fik medhold, var der derimod ingen praktisk mulighed for at gentage ekspropriationen. *Det ville stadig være en ekspropriation med ulovligt formål*«.

Denne sidste sentens forudsætter formentlig netop det særegne ved hensigten som retlig mangel. Skal annullation på grundlag af denne mangel have gennemslagskraft, må manglen i relation til annullationens retsvirkning kategoriseres som en saglig mangel.

For det andet kan anføres Østre Landsrets dom i sagen om ændringen af Københavns kommunes styrelsesvedtægt (ØL 29. november 1984).

Som anført kap. XII fremtrådte borgerrepræsentationens afgørelse om overflytning af lokalplansagerne fra 4. afdeling som helt lovligt begrundede i saglige hensyn til den hensigtsmæssige indretning af kommunens forvaltning. Men der forelå også i sagen indicier for, at den egentlige hensigt med beslutningen i virkeligheden var politisk motiveret utilfredshed med 4. afdelings borgmester og dennes administration af lokalplansagerne.

At den usaglige hensigt som sådan er genstand for prøvelse i sagen forekommer helt utvivlsomt. Bevistemaet er således i nok så høj grad hensigten som afgørelsens objektive præmisser.

Om den bevismæssige betydning af udtalelser fremsat af borgmestre og borgerrepræsentationsmedlemmer udtaler retten således, at de »må kunne indgå som bevismateriale ved afgørelsen af, *hvilken reel begrundelse der har ligget bag borgerrepræsentationens beslutning*«. Og videre udtaler retten, at »ved vurderingen af spørgsmålet om, hvad der var *den reelle begrundelse for beslutningen*, ...«. På grundlag af bevisførelsen når retten til det resultat, at der er ført bevis for eksistensen af den usaglige hensigt: »Sagsøgerne findes efter det således foreliggende i væsentlig grad at have sandsynliggjort, *at den afgørende reelle begrundelse* for ønsket om ændring af sagsfordelingen i magistraten var at løse de problemer, der efter flertallets opfattelse var opstået ved borgmester ...s administration af lokalplansagerne«. Retten fremhæver hermed, at der positivt er ført bevis for eksistensen af den usaglige hensigt, og at der er ført bevis for at denne hensigt konkret har haft afgørende indvirkning på den trufne beslutning.

Københavns kommune »har ikke heroverfor på fyldestgørende måde godtgjort, at beslutningen om vedtægtsændring ... *var motiveret af hensynet til en hensigtsmæssig strukturel omlægning af forvaltningen af lokalplannområdet*, der var uafhængigt af, hvilken person der var borgmester i 4. afdeling«.

Udover at Københavns kommune således ikke har kunnet bevise afgørelsens objektive korrespondens med saglige hensyn, har kommunen heller ikke - i snæver sammenhæng hermed - kunnet bevise, at den trufne

Fjerde del. Kap. XIV.8.

beslutning var »uafhængig af« den usaglige hensigt. Retten kan herefter konkludere, at »det hensyn, *der herefter må antages reelt at have begrundet beslutningen*, findes at ligge uden for det område, der efter loven om Københavns kommunes styrelse lovligt kan være begrundelse for en vedtægtsændring om sagsfordelingen i magistraten«.

Retten støtter således resultatet såvel på det positivt førte bevis for eksistensen af en usaglig hensigt som på kommunens manglende bevis for eksistensen af holdbare objektive præmisser. Jfr. til dette sidste dommens bemærkninger om, at retten ved vurderingen af spørgsmålet, om »hvad der var den reelle begrundelse for beslutningen, yderligere har lagt vægt på det påfaldende i, at der ... *ikke blev givet nogen egentlig dokumentation for at den foreslåede sagsfordeling strukturelt skulle være mere hensigtsmæssig end den hidtidige*«.

Den manglende dokumentation af sagens objektive præmisser kommer således til at tjene som bevis for betydningen af den usaglige hensigt. At bevisbyrden for den trufne beslutnings objektive rigtighed har påhvilet kommunen er klart. Dette forhold tvinger imidlertid ikke til i højere grad at forklare dommen som resultat af bevisvægt i denne henseende, end som udtryk for den usaglige hensigts eksistens og konkrete væsentlighed.

Kapitel XV

Det almindelige tilsyns strukturelle betingethed

Som anført omfatter tilsynsmyndighedernes kompetence såvel *legalitets-* som *hensigtsmæssighedskontrol*. Imidlertid kan tilsynsmyndighederne alene træffe afgørelse på grundlag af hensigtsmæssighedsovervejelser, hvor loven direkte hjemler tilsynets *godkendelse* af kommunalbestyrelsens beslutninger. Herudover er tilsynsmyndighederne begrænset til at udøve legalitetskontrol, hvilket i hvert tilfælde betyder, at bedømmelsen af om en kommunalbestyrelses beslutning skal imødegås med egentlige retsmidler forudsætter eksistensen af en *retlig* mangel.

Men medens man således kan slutte fra tilsynsmyndighedernes anvendelse af retsmidler til eksistensen af en retlig mangel, kan der ikke sluttet modsat fra manglende sanktionsanvendelse til, at der ikke foreligger en retlig mangel. Dette beror på, at de retlige rammer for tilsynsmyndighedernes afgørelse af, om der skal reageres med retsmidler som reaktion på forekomsten af retlige mangler er meget vide, hvortil kommer kravet om, at den retlige mangel for overhovedet at kunne danne grundlag for sanktionsanvendelse skal kunne kvalificeres som *klar*. På baggrund heraf kan man spørge, om ikke de retlige rammer for tilsynsmyndighedernes legalitetskontrol er af en karakter og en rummelighed som nærmest umuliggør realiseringen af det principielle krav om afgrænsning af legalitets- og hensigtsmæssighedskontrol med den virkning, at der også i grundlaget for den retlige kontrol indgår hensigtsmæssighedsovervejelser af varierende politisk karakter.

Fjerde del. Kap. XV.1.

1. Legalitet eller opportunitet som grundlag for beslutning om anvendelse af retsmidler

Selv hvor de grundlæggende betingelser for annullation er opfyldt: D.v.s. at der foreligger en klar retlig mangel, og der ikke foreligger særlige omstændigheder der taler mod annullation, er anvendelse af egentlige retsmidler ikke obligatorisk. Formuleringen af bestemmelsen i styrelseslovens § 61, i medfør af hvilket det tilkommer tilsynet at træffe »nødvendige foranstaltninger«, antages således i vidt omfang at give tilsynsmyndighederne mulighed for at vælge andre foranstaltninger end de i loven direkte opregnede (Jfr. *Harder*: Dansk kommunalforvaltning II s. 257).

Tilsynsmyndighedernes beføjelse til at undlade annullation må siges i praksis nærmest at være retligt ubundet. Harder udtaler, at spørgsmålet om art og omfang af foranstaltninger afgøres på grundlag af »overvejelser, der må betegnes som *administrative*« (op.cit. s. 222) Den hermed angivne rammes rummelighed kommer klarere til udtryk, når samme forfatter henviser til undladelse af sanktion, hvor denne anses politisk upopulær, jfr. nedenfor afsnit 2.

Om man vælger at udtrykke de retlige grænser for det tilsynsmyndighederne tilkommende (opportunitets)skøn således, at der er frihed med hensyn til om en retsopfattelse/afgørelse skal sanktioneres (*Haagen Jensen*: Kommunalret s. 80), eller om man med en mere begrænsende udtryksform siger, at tilsynsmyndighederne har frihed med hensyn til, *hvilke* midler de i det enkelte tilfælde ønsker at anvende (*Harder* II s. 257) ses ikke at gøre den store forskel, hvis det anerkendes, at begrebet »nødvendige foranstaltninger« dækker andre midler end de i styrelseslovens § 61 udtrykkeligt opregnede, herunder egentligt uforbindende udtalelser eller udtalelser som i hvert tilfælde ikke i deres form lader sig adskille derfra.

Dette synes da også at måtte blive realiteten, når Harder om karakteren af det skøn, tilsynsmyndighederne skal udøve som grundlag for deres beslutning om sanktionsanvendelse udtaler, at skønnet er »*pligtmæssigt*«, hvilket vil sige at det skal udøves under iagttagelse af de saglige hensyn, der inden for lovens rammer *kan støttes på tilsynets formål*«. Og herefter som afgørende kriterier for skønsudøvelsen på den ene side anfører, »om en sanktion er et rimeligt og egnet retsmiddel til at få de retsregler, der regulerer det kommunale selvstyre, respekteret, *eller om man kan forlade sig på, at den pression, der ligger i et politisk ansvar for de kommunale*

organer vil udgøre et tilstrækkeligt værn» (Foreløbig omarbejdet udgave s. 38). Skøn har således, som det siges, også »en politisk side, således at sanktioners anvendelse påvirkes af, hvorledes de vil forholde sig til et politisk ansvar i den lokale vælgerbefolkning« (op.cit. s. 39).

Det kan på denne baggrund ikke undre, at grundlaget for tilsynsmyndighedernes afgørelse i de anførte henseender kan være helt uigennemskuelige og åbne mulighed for inddragelse af opportunitetsbetragtninger af rent politisk karakter.

Grænserne herfor er principielt omfattet af ombudsmandskontrol (Jfr. *Rønsholdt*: NAT 1977 s. 1ff) og domstolskontrol. jfr nedenfor afsnit 2, 3 og 4. Og herudover har indenrigsministeriet - som øverste tilsynsmyndighed - beføjelser i forhold til tilsynsrådenes afgørelser. Imidlertid er indenrigsministeriet som tilsynsmyndighed selv en yderst central del af spørgsmålets genstand. Og selv hvor viljen til effektiv kontrol forudsættes at være til stede, synes mulighederne ud fra en retlig vurdering at være begrænsede.

I forhold til kommunerne er den af indenrigsministeriet udøvede legalitetskontrol af stærkt formidlet karakter. Indenrigsministeriet kan kun opnå en i forhold til kommunalbestyrelsen direkte retligt forpligtende indflydelse i forbindelse med kommunalbestyrelsens *anke* af tilsynsrådsafgørelser, jfr. styrelseslovens § 47, stk. 3, eller i forbindelse med tilsynsrådets henskydning af en sag til indenrigsministeriet, jfr. styrelseslovens § 50, stk. 2. I begge tilfælde opnår indenrigsministeriet den fulde kompetence i forhold til den sag, der er ankens/henskydningens genstand (*Harder II* s. 236 og 237f). Begge muligheder forudsætter dog eksistensen af egentlig tilsynsrådsafgørelse (op.cit. s. 236. I medfør af styrelseslovens § 61a, stk. 2 kan indenrigsministeriet nu pålægge et tilsynsråd at tage en sag op til behandling).

Indenrigsministeriet har således ikke mulighed for af egen drift at tiltage sig den direkte udøvelse af kontrol med kommunalbestyrelserne. Indenrigsministeriet kan heller ikke styre tilsynsrådenes retsopfattelse via udstedelse af forskrifter i medfør af styrelseslovens § 47, stk. 2. Disse forskrifter er ganske vist bindende for tilsynsrådene (*Preben Espersen*: Beslutning og samtykke s. 61 og 68 samt Kommenteret styrelseslov 1984 s. 194) men hjemmelen til deres udstedelse antages ikke at omfatte afgørelsen af legalitetsspørgsmål (*Harder*: Dansk Kommunalforvaltning II s. 235). Da tilsynsrådene heller ikke i øvrigt er placeret i et underordningsforhold til indenrigsministeriet med deraf følgende muligheder for ministeriet til at

Fjerde del. Kap. XV.1.

udstede konkrete direktiver i forhold til enkeltsager, vil indenrigsministeriets muligheder for at opnå direkte indflydelse på tilsynsrådenes retsopfattelse ved anvendelse af retligt forbindende afgørelser være begrænset til den ministeriet i medfør af styrelseslovens § 61, stk. 2 tillagte kompetence til at øve *legalitetskontrol* med tilsynsrådenes virksomhed.

Initiativet til udøvelse af denne kompetence bygger principielt på ministeriets egen drift. Initiativet er således ikke afhængigt af anke fra kommunalbestyrelsen, som jo typisk kun vil foreligge, hvor kommunalbestyrelsen er utilfreds med en tilsynsrådsafgørelse. Hvor ministeriets kontrolinitiativ bygger på egen drift, får ministeriet ikke, i modsætning til tilfælde hvor initiativ udløses af anke eller henskydning, tilsynskompetencen i forhold til kommunalbestyrelsen. Ministeriets kompetence i forhold til tilsynsrådet er i denne henseende identisk med tilsynsrådets kompetence i forhold til kommunalbestyrelsen.

Da indenrigsministeriets kompetence alene rækker til at øve *legalitetskontrol* og altså ikke kan bygge vurderingen af tilsynsrådets adfærd/afgørelse på hensigtsmæssighedsovervejelser, *må de anførte særlige forudsætninger og retlige grænser for tilsynsrådenes legalitetskontrol med kommunalbestyrelsen afspejle sig i og slå igennem som grænser for indenrigsministeriets muligheder over for tilsynsrådene*. Indenrigsministeriet kan således kun reagere med retsmidler, hvor tilsynsrådenes virksomhed eller mangel på samme er *klart ulovlig*. *Således slår de grænser, der gælder for tilsynsrådenes kontrol med kommunerne, i forstærket form igennem som grænser for indenrigsministeriets kontrol med tilsynsrådene*. Og dette gælder uanset om kontrollens genstand er tilsynsrådenes opfattelse af den kommunale afgørelses lovlighed, eller tilsynsrådenes stillingtagen til spørgsmålet om anvendelse af retsmidler. Enten skal tilsynsrådets vurdering af, at kommunalbestyrelsens afgørelse er eller ikke er *klart ulovlig* af indenrigsministeriet kunne anfægtes som retlig forkert, og/eller indenrigsministeriet skal kunne fastslå, at det tilsynsrådet tilkommende meget vide (opportunitets)skøn med hensyn til *om* der skal sanktioneres, og *hvilke* reaktionsmidler der i bekræftende fald skal bringes i anvendelse, være overskredet i en sådan grad, at det i sig selv konstituerer en *klar retlig* mangel. Der skal således foreligge klarhed i 2. potens!

Indenrigsministeriet udtaler sig principielt herom i en sag, i hvilken ministeriet har givet en klager medhold i, at der foreligger en retlig mangel. Om sanktioneringen heraf udtaler ministeriet:

»Hvor der foreligger fejl under sagsbehandlingen og inhabilitet ... må det ... være overladt tilsynsrådet inden for visse grænser at afgøre, hvorvidt de begåede fejl må anses for at være af så væsentlig betydning i forhold til karakteren og indholdet af den truffe beslutning, at beslutningen af denne grund må sættes ud af kraft«. »Tilsynsrådet er her berettiget til at udøve et skøn og bortset fra tilfælde, hvor den pågældende kommunalbestyrelses beslutning er *åbenbart* ulovlig mener indenrigsministeriet ikke at kunne tilsidesætte den af tilsynsrådet truffe afgørelse« (IM 1972/1130/0900-1 af 24. november 1972). Det tilsynsrådet tilkommende skøn afgrænses lidt mere uforbeholdent, når det af indenrigsministeriet i en anden afgørelse hedder, »at det henhører under tilsynsrådets afgørelse at tage stilling til, hvilke foranstaltninger der i sagens anledning måtte være grundlag for at foretage over for kommunalbestyrelsen, jfr. styrelseslovens § 62, stk. 1, 2. punktum« (IM 1972/1131 /1400-8 af 28. marts 1972).

Her siges det altså, at tilsynsrådet, når der foreligger retlige mangler, har et skøn »inden for visse grænser«. Og indenrigsministeriet vil kun anfægte den af tilsynsrådet foretagne grænsedragning, hvor den pågældende kommunalbestyrelses beslutning er »åbenbart ulovlig«.

Det anførte må vel forstås således, at der som udgangspunkt gælder en pligt for tilsynsrådet til at skride ind over for åbenbart ulovlige afgørelser. Og at indenrigsministeriet vil respektere en tilsynsrådsafgørelse, når denne ikke er åbenbart ulovlig. Imidlertid formulerer indenrigsministeriet ikke nogen undergrænse for det tilsynsrådet tilkommende skøn. Medens der således af indenrigsministeriets udtalelse vel kan udledes et udsagn om, at ministeriet ikke ville have tilsidesat tilsynsrådets afgørelse, hvis den var faldet ud til annulation, kan man vel næppe herfra slutte, at en tilsynsrådsafgørelse, som annullerer, kun vil blive tilsidesat, hvor der ikke foreligger en retlig mangel, medens spørgsmålet om dennes karakter, klarhed og virkning i øvrigt suverænt overlades det enkelte tilsynsråds vurdering.

Om grundlaget for ministeriets beslutning om ikke at anfægte tilsynsrådets afgørelse udtales: »Efter det i nærværende sag oplyste kan tilsynsrådet ikke antages at have overskredet de nævnte grænser for rådets skøn med hensyn til virkningen af de konstaterede fejl og mangler under sagens behandling«.

Når spørgsmålet er vanskeligt at besvare beror det såvel på den usikkerhed, der må være knyttet til indholdet af de anvendte begreber, som på det forhold, at de anvendte begrebers genstand: Indholdet af gældende ret, i sig selv er en ret bevægelig størrelse. Som anført, ses

Fjerde del. Kap. XV.2.

indenrigsministeriet ikke i noget tilfælde at have interveneret over for tilsynsrådenes undladelse af at annullere som følge af inhabilitet. Omvendt har indenrigsministeriet tilsidesat en tilsynsrådsafgørelse, som annullerer en kommunalbestyrelses beslutning på grund af inhabilitet. Vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem var, som følge af ansættelse som pedel af tilsynsrådet erklæret inhabil i forhold til behandlingen og afgørelsen af kommunens skolestrukturplan (FOB 1980 s. 582ff). Indenrigsministeriets afgørelse må i hvert tilfælde til dels ses som udtryk for en ændret retsopfattelse, idet ministeriet i sin tidligere praksis har statueret inhabilitet i lignende tilfælde (jfr. kap. VII).

2. Tilsynsmyndighedernes praksis som retskilde

Den usikkerhed, som har sit grundlag i uklarhed med hensyn til karakteren og rækkevidden af de retlige grænser for tilsynsmyndighedernes (undladelse af) sanktionsanvendelse, forstærkes yderligere af den uklarhed, der eksisterer med hensyn til den retskildemæssige betydning, der kan tillægges tilsynsmyndighedernes valg af reaktions- og afgørelsestype. Denne sidstnævnte problemstilling har sit grundlag i tilsynsmyndighedernes adfærd som både årsag til og virkning af de retlige krav eksistens og indhold.

Tilsynsmyndighedernes stillingtagen til retsspørgsmål forekommer i tre varianter:

- 1) Sanktionerede afgørelser.
- 2) Usanktionerede afgørelser.
- 3) Uforbindende udtalelser.

Kompleksiteten og uigennemskueligheden i spørgsmålet om tilsynsmyndighedernes rolle i retsskabelsesprocessen kommer klart til udtryk, når det hos Harder hedder, at »usanktionerede afgørelser for slet ikke at tale om retligt uforpligtende udtalelser vil have en meget begrænset retskildeværdi« (Dansk kommunalforvaltning II, foreløbig omarbejdet udgave 1984 s. 37). Sammenholdt med det faktum, at tilsynsmyndighedernes anvendelse af sanktionsmidler er en yderst sjælden foreteelse og at tilsynsmyndighederne spiller den helt centrale rolle i udviklingen/fastsettelsen af habilitetskravenes materielle afgrænsning.

Således hedder det videre hos Harder, at »Det er ikke tilsynsmyndighedens opgave at udtænke retsregler ...«. Og videre: »En retsregel, der har

støtte i en retsgrundsætning, må for at blive anerkendt som sådan have fået præcis karakter og være hævdet over for kommuner i et ikke uvæsentligt omfang, *forinden* den kan begrunde en kompetence for tilsynsmyndigheden til at håndhæve den ved sanktionsanvendelse. Det er altså ikke retsgrundsætningen men administrativ praksis, der er retskilden« (op.cit. s. 45).

Med andre ord, samtidig med at tilsynsmyndighederne ikke har til opgave at skabe ret, er tilsynsmyndighedernes praksis i konkrete sager retskilde.

Da tilsynsmyndighederne som hovedregel ikke anvender retsmidler, må den i retskildemæssig henseende fornødne hævde af en retsopfattelse - *forinden egentlig sanktionsanvendelse* - være ikke-sanktionerede afgørelser, der imidlertid som anført netop er af meget beskeden retskildemæssig valeur. Og da tilsynsmyndighederne kun kan reagere med sanktionsanvendelse, når den retlige mangel er *klar*, synes retsudvikling på det angivne vilkår meget nær umulig eller i hvert tilfælde yderst vanskelig.

Som eksempel på at »retsprincipper« i praksis har udkrystalliseret sig tilstrækkeligt til at legitimere tilsynsmyndighedens sanktionsanvendelse anføres »retsgrundsætninger om speciel og generel inhabilitet, om hvilke det i praksis er anerkendt, at en tilsynsmyndighed kan anvende sin annullationsbeføjelse« (op.cit.).

Men disse grundsætninger bygger jo på tilsynsmyndighedspraksis, som kun helt undtagelsesvist er sanktioneret. Og spørgsmålet er da også netop, om den enkelte habilitetsregel anerkendes med status af retsgrundsætning, jfr. det ovenfor om Højesterets tilsidesættelse af tilsynsmyndighedernes velfunderede og ved sanktionsanvendelse praktiserede retsopfattelse.

Det synes således ikke holdbart at gøre spørgsmålet om anvendelse af retsmidler til det afgørende kriterium for hvilken retskildeværdi der kan tillægges tilsynsmyndighedernes afgørelser (jfr. yderligere herom nedenfor afsnit 2.1.).

Forholdet mellem kommunalbestyrelse og tilsyn bygger afgørende på en forudsætning om konsensus. Spørgsmålet om gældende ret opstår således kun sjældent i sin traditionelle form, når tilsynsmyndighedernes retsopfattelse anfægtes ved domstolene.

Almindeligvis følger kommunalbestyrelser tilsynsmyndighedernes retsopfattelse, hvad enten denne retsopfattelse fremføres i form af uforbindende udtalelser eller egentlige afgørelser. Der eksisterer derfor ofte ikke

Fjerde del. Kap. XV.2.

noget incitament for tilsynsmyndighederne til at udtale sig i afgørelsens form, selv om betingelserne herfor er opfyldt.

Som følge af den almindeligt udbredte selvstyreideologi foretrækker tilsynsmyndighederne at betjene sig af udtryksformer, som mindst muligt kan give kommunalbestyrelsen indtryk af underordningsforhold.

Herudover kan tilsynsmyndighederne vælge en ikke-bindende form med henblik på ikke at afskære sig muligheden for at undlade sanktionering, hvis kommunalbestyrelsen skulle vise sig utilbøjelig til at rette sig efter tilsynets afgørelse. I det omfang tilsynets tilbageholdenhed med at gennemtvinge sin retsopfattelse ved anvendelse af retsmidler er overvejende politisk begrundet, kan undladelse af at træffe en afgørelse eller undladelse af at sanktionere naturligvis kun i begrænset omfang danne grundlag for slutninger vedrørende indholdet af gældende ret. Dette forhold kommer klart til udtryk, når det som begrundelse for tilsynsmyndighedernes valg af bløde formuleringer anføres, at »med formuleringer af denne art har tilsynsmyndigheden ikke bundet sig til at følge sin tilkendegivelse op med en magtanvendelse, *der kan møde politisk modstand*« (Harder: foreløbig omarbejdet udgave 1984 s. 87, jfr. i øvrigt nedenfor.).

Hertil kommer, at det som anført kan være uhyre vanskeligt at afgrænse tilsynsmyndighedernes ikke-sanktionerede afgørelser fra uforbindende udtalelser.

2.1. Habilitetskravenes retskildegrundlag

Det anførte aktualiserer spørgsmålet om karakteren og indholdet af det anvendte retskilde- og gældbegreb.

Retskilderne kan kategoriseres på grundlag af deres fremtræden i betydningen graden af objektivisering (Ross: Om Ret og Retfærdighed s. 93. Stuer-Lauridsen: Retslæren s. 347f). Man sonderer således traditionelt mellem skrevne og uskrevne krav til forvaltningen og de hermed korresponderende skrevne og uskrevne retskilder. De skrevne retskilder er formel lov og forskrifter udstedt på grundlag heraf. De uskrevne kilder omfatter praksis og forholdets natur.

Den ældre retskildelæres forudsætning om de uskrevne retskilder som subsidiære i forhold til skreven ret er i nyere teori erstattet af en forestilling om retskildernes principielle ligeværd. (Spørgsmålet er senest behandlet af

Gram Jensen: Retssystemets struktur og kernepunkter i retskildelæren 1985 med henvisninger og Hvad er retfærdighed 1983 s. 68-82).

For så vidt angår spørgsmålet om den uskrevne regulerings retskildemæssige status kan således indledningsvis konstateres, at regulerings form er uden betydning for dens retskildemæssige valeur i den forstand, at uskrevne grundsætninger af en given status er i besiddelse af forbindende kraft identisk med skrevne regler *på tilsvarende niveau*. Spørgsmålet er imidlertid, hvornår den i sidstnævnte forbehold indeholdte betingelse kan anses for opfyldt, og i snæver sammenhæng hermed, hvilken faktisk betydning det har, at reguleringen i sin form er uskrevet i modsætning til skreven. Spørgsmålet herom kan ikke anskues uafhængigt af spørgsmålet om forholdet mellem 1. instans og diverse kontrolmyndigheder samt det indbyrdes forhold mellem disse sidstnævnte. (*Jørgen Mathiassen*: Juristen 1983 s. 1ff).

Uskreven ret kan være et trin i udviklingen af skreven ret. Denne udvikling fra uskreven til skreven ret kan systematisk indordnes i en tidsfølge svarende til en stiliseret retsdannelsesproces:

Forholdets natur/forvaltningspraksis/retspraksis/retsgrundsætning (sædvane)/lov (autoritativt skrevne retsregler afledt heraf).

En sådan udvikling er da langt fra udtryk for et typisk endsige nødvendigt forløb. Retsudviklingen kan således finde sin afsluttende form på uskrevent grundlag, uden at dette i sig selv betinger et i forhold til den skrevne ret lavere retskildniveau. Spørgsmålet er imidlertid, om endelig konfirmering ved lov ganske kan frakendes en faktisk autoritativ betydning af den art som typisk forbindes med hierarkisk niveaudeling. Hvor domstolene således ikke uden videre vil blåstemple en regeldannelse, men på den anden side heller ikke umiddelbart ønsker at gennemtvinge en egen alternativ retsopfattelse, kan dommens indhold være taktisk bestemt af et ønske om lovgivningsinitiativ (op.cit.). (Spørgsmålet herom vil blive konkret illustreret nedenfor afsnit 4).

Retsgrundsætninger defineres af *Poul Andersen* som retskilde i den forstand, at afgørelserne (herunder domsafgørelser) »*opstiller og anvender regler, der ikke kan udledes af nogen lov, retssædvane eller analogi*« (Forvaltningsret 5. udg. s. 43). Ifølge Poul Andersen er domstolenes medvirken således ikke en nødvendig forudsætning for etablering af en retsgrundsætning. Domstolene vil således principielt være bundet af en

Fjerde del. Kap. XV.2.1.

retsgrundsætning etableret alene på grundlag af administrativ praksis. Imidlertid afgrænser Poul Andersen - ligesom i øvrigt ældre teori (Ross: Om ret og retfærdighed) - gældende ret, som den retsopfattelse domstolene i givet fald ville give udtryk for.

Hvad er det nærmere indhold af en sådan retskildeforståelse set i sammenhæng med forudsætningen om, at også domstolene er bundet af almindelige retsgrundsætninger, hvorimod domstolene ikke altid antages at være bundet af forvaltningens praksis, med mindre den til grund herfor liggende retsopfattelse netop har status af retsgrundsætning.

Spørgsmålet bliver således, om en af domstolene uafhængig retsskabelse er mulig. Eller udtrykt på en anden måde, om etablering af en retsgrundsætning altid - i sidste instans - afhænger af domstolenes sanktionering, således at spørgsmålet om en given regels retskildemæssige status i forhold til domstolene er cirkulært i betydningen, at spørgsmålets besvarelse altid vil afhænge af domstolenes (autonome) vilje til sanktionering af reglen.

På det her omhandlede område er det i særlig grad klart, at spørgsmålet om retskildernes grundlag og rækkevidde ikke kan anskues statisk, d.v.s. uafhængigt af reglernes anvendelse. Som udtrykt af Henrik Zahle, sker der »en transformation af en retskildetype i og med, at retskilden anvendes, idet retsgrundlaget efter anvendelsen har en anden karakter. *Dynamikken består altså i, at retsanvendelsen forandrer retskildegrundlaget*« (Henrik Zahle: Retskildernes dynamik. Arbejdspapir (utrykt) 22. februar 1983).

Dette forhold kommer på kommunalrettens område eksempelvis til udtryk i grundlaget for afgrænsningen af kommunalfuldmagten som gældende ret. Om sontringen mellem »*hensigtsmæssighedsskøn*« og »*retsanvendelse*« som grundlag for indenrigsministeriets afgørelser i medfør af kommunalfuldmagten hedder det, at »når dette skøn har fæstnet sig i anvendelige regler, der opfattes som bindende også for tilsynsmyndigheden selv, er der simpelthen ikke basis for nogen sontring mellem disse regler og direkte lovregler eller forskellig uretlig bundethed« (Ole Krarup: Hvad er gældende kommunalret, UfR 1966 s. 30).

Når tilsynsmyndighederne derfor som betingelse for anvendelse af egentlige retsmidler anfører den retlige mangels - og hermed retsgrundlagets - *klarhed*, kan der være tale om cirkularitet, idet tilsynsmyndighederne i vidt omfang selv er herre over betingelsens opfyldelse: I og med den trufne (tilsyns)afgørelse tilvejebringes den fornødne grad af klarhed i betydningen retsgrundlagets fornødne retskildemæssige valeur.

Dette faktiske forholds realitet understreges naturligvis på områder - som bl.a. det omhandlede - hvor retsudviklingen udfolder sig praktisk taget uafhængigt af domstolsintervention, eller hvor denne i hvert tilfælde er yderst sparsom og tilfældig. Når tilsynsmyndighederne således - eventuelt i samspil med ombudsmanden - har faktisk monopol på retsudøvelsen, vil tilsynspraksis virke retsskabende. »Indenrigsministeriets afgørelser får hermed visse fælles træk med en forvaltningsdomstols« (*Harder: Dansk kommunalforvaltning I* 3. udg. 1978 s. 30).

Den dynamiske retskildeforståelse er således ensbetydende med opløsning af den til retskildebegrebet knyttede forestilling om retten som en uden for den retsanvendende myndighed objektivt eksisterende størrelse (regler). Dette kommer klart til udtryk i den ovenfor anførte forudsætning om, at domme vedrørende offentligretlige spørgsmål i visse tilfælde kan forstås som udtryk for ønske om påvirkning af retsgrundlaget ved gennemførelse af lovgivning. I forsøget på at fremprovokere en retlig afklaring ved lov kan domstolene således tænkes at bryde med indholdet af en retsgrund-sætning, *som domstolene principielt er bundet af*. »Man går altså fra *almindelige retsgrundsætninger til en dom til en lov*« (*Henrik Zahle op.cit.* s. 5).

Om man vil opfatte en sådan regression i den sædvanlige retsdannelses-proces som udtryk for fravigelse af eller brud på en retsgrundsætning eller som udtryk for retsgrundsætningens ikke-eksistens er naturligvis helt afgørende for indholdet af en retskildelære på dynamisk grundlag.

Set i forhold til tilsynsmyndighedernes habilitetsafgørelser betyder det, at afgørelser hvis retsgrundlag statisk anskuet er forholdets natur - i og med den trufne tilsynsafgørelse - kan betragtes som udtryk for - og dermed vel også truffet på grundlag af - en retskilde på højere niveau: Administrativ praksis, retsgrundsætning, etc. som i sidste instans kan tænkes tilsidesat af domstolene med henblik på at tilvejebringe et lovgivningsinitiativ, jfr. nedenfor.

Problemstillingen kan belyses på grundlag af sagen - eller nærmere sagsforløbet - der blev bedømt af Højesteret (UfR 1981 s. 637ff med kommentarer af *Jørgen Gersing*: UfR 1982B s. 2ff).

Det omhandlede sagsforløb - som også er udførligt behandlet i anden sammenhæng jfr. kap. VIII - angik bl.a. spørgsmålet, om medindehaveren af et rådgivende ingeniørfirma kan være medlem af økonomiudvalget og beklæde hvervet som 1. viceborgmester.

Fjerde del. Kap. XV.2.1.

Sagen er som anført særlig velegnet til illustration af den her omhandlede problemstilling, fordi den - udover at involvere samtlige kontrolinstanser - strækker sig over et så langt tidsrum, at udviklingen og bevægelser i retsopfattelsen klart lader sig registrere og bedømme på grundlag af almindeligt antagne retssætninger om betingelserne for etablering af uskreven ret.

Sagsforløbet strækker sig over 10-året 1970-80. I løbet af dette tidsrum er sagen genstand for adskillige ombudsmandsudtalelser, afgørelser truffet af tilsynsråd og indenrigsministerium, to Østre Landsretsdomme og endelig Højesterets dom. Karakteristisk for forløbet er, at de involverede myndigheders retsopfattelse i henseende til retsgrundlagets karakter og indhold i begyndelsen er præget af overordentlig usikkerhed, en usikkerhed som så gradvist erstattes af stadig større sikkerhed for at vedkommende er inhabil, indtil Højesteret endelig når til det modsatte resultat (jfr. kap. IX, afsnit 1, 7 og 8).

Højesteret bryder hermed en retsudvikling, som i løbet af den omhandlede 10-års periode havde tilvejebragt en afgørende afklaring af grundlaget for og afgrænsningen af den habilitetsmæssige regulering på dette område.

Dette forhold er ganske bemærkelsesværdigt al den stund den af Højesteret tilsidesatte retsudvikling var udtryk for en yderst gennemtænkt og grundig gennemarbejdning af problemstillingen forestået af myndigheder, som repræsenterer den højeste ekspertise og føling med området. Højesterets afgørelse kan formentlig til dels opfattes som udtryk for en desavouering af det af ombudsmanden og tilsynsmyndighederne etablerede uskrevede retsgrundlag og i forbindelse hermed videregivelse af initiativet til lovgivningsmagten. Dommen er således også udtryk for et hjemmelsskrav.

Opgaven er imidlertid ikke - heller ikke ud fra et legislativt synspunkt - let. Under indtryk af den betydning retsgrundlagets karakter har spillet for Højesterets afgørelse, må lovbestemmelsen være af egentligt materielt indhold, der udførligt angiver de inhabilitetsbegrundende forhold (retsfaktum). Men når det nuværende retsgrundlag, styrelseslovens § 14, er uden ethvert materielt indhold, beror det jo netop på de vanskeligheder af retsteknisk karakter, der er forbundet med en sådan opgave (*Gersing*: UfR 1982B s. 3 med henvisninger).

Hvorledes udformes retsforskrifter, som positivt regulerer de forhold, som på udstedelsestidspunktet ønskes udskilt som inhabilitetsbegrunden-

de, uden at dette giver anledning til, at der via analogi- og modsætningslutninger udvikler sig inadækvate afgrænsninger?

Højesterets mulige forsøg på fremprovokering af et lovgivningsinitiativ må i hvert tilfælde foreløbig siges at være mislykket. Dynamikken fungerede for så vidt. Den ønskede lov kom bare ikke (Om samspillet lovgivningsmagt og domstole, jfr. nedenfor og *Jørgen Mathiassen*: Juristen 1983 s. 1ff).

Herefter kan det i hvert tilfælde slås fast, at en habilitetsregel af det indhold, som blev tilsidesat af Højesteret, ikke er udtryk for gældende ret. Men hvilken konsekvens får det for den øvrige del af de - mere eller mindre beslægtede - habilitetskrav, som - usanktioneret af domstolene - er blevet etableret på administrativt grundlag. Spørgsmålet herom bliver ikke mindre prekært af muligheden for, at Højesterets dom kan ses som almindelig mistillid til tilsynsmyndighedernes og især indenrigsministeriets praktiserede retskildeopfattelse, jfr. nedenfor.

3. Tilsynsmyndighedernes forhold til domstolsprøvelse

Tilsynsmyndighederne henviser i deres afgørelser regelmæssigt til muligheden for domstolsprøvelse: »Spørgsmålets endelige afgørelse henhører under domstolene«. Alligevel kan man næppe karakterisere forholdet domstole/tilsynsmyndigheder som særligt konstruktivt.

Selv om betydningen af sådanne domstolshenvisninger må afhænge af det enkelte tilfældes konkrete omstændigheder, kan der generelt peges på nogle almindelige forhold af betydning for forståelsen af sådanne henvisningers reelle indhold og rækkevidde.

Da tilsynsmyndighederne kun anvender egentlige sanktionsmidler, når den retlige mangel af tilsynsmyndigheden opfattes som klar/åbenbar, vil domstolshenvisninger knyttet til sådanne afgørelser som udgangspunkt alene have karakter af banal oplysning om, at domstolene er øverste prøvelsesinstans. Kommunalbestyrelsen vejledes således om muligheden for at få annullationen ophævet ved sagsanlæg mod tilsynsmyndigheden (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning II s. 261-63)

Hvor tilsynsmyndighederne ikke anvender sanktionsmidler, vil domstolshenvisninger kunne være udtryk for retlig usikkerhed og dermed også fungere som (del)begrundelse for ikke at sanktionere den trufne afgørelse.

Fjerde del. Kap. XV.3.

Da tilsynsmyndighederne altid selv har mulighed for at anlægge sag mod en kommunalbestyrelse (Betænkning 996/1983 s. 70 og 81) kan henvisningen - udover eventuelt at udtrykke retlig tvivl - også fungere som udtryk for, at tilsynsmyndigheden ikke selv ønsker at gennemtvinge en afgørelse, selv om betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt.

Uanset om domstolshenvisningen anvendes som udtryk for den ene eller den anden af disse muligheder, vil dens betydning afhænge af de principielle og faktiske muligheder for domstolsprøvelse initieret af andre end tilsynsmyndigheden selv.

I praksis benytter tilsynsmyndighederne sig aldrig af muligheden for sagsanlæg mod kommunalbestyrelsen. Da årsagen til tilsynsmyndighedernes egen tilbageholdenhed med anvendelse af retsmidler bl.a. må søges i retlig usikkerhed, er tilsynsmyndighedernes undladelse af søgsmål i sådanne tilfælde ensbetydende med, at det retlige spørgsmåls afklaring - med forbehold af andre søgsmålsberettigede - overlades til kommunalbestyrelsens endelige afgørelse. Og bortset fra sager, hvor tilsynsmyndighederne har anvendt retsmidler mod en kommunalbestyrelse, kendes heller ikke eksempler på kommunalt sagsanlæg mod tilsynsmyndighederne. Man skal således heller ikke regne med, at kommunerne tager initiativ til retlig afklaring ved domstolene. Tilbage står muligheden for at »private« rejser sag. Spørgsmålet herom vil for det første afhænge af, om de almindelige betingelser for søgsmålskompetence (*Gomard: Civilprocessen* 2. udg. 1984 s. 168) er opfyldt, og for det andet, om der i det enkelte tilfælde faktisk forefindes vilje og evne til sagsanlæg. Ikke blot kommunens borgere men også kommunalbestyrelsesmindretal og enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer må for at kunne anlægge sag opfylde betingelserne for søgsmålskompetence. Og hvis der endelig i forhold til den enkelte sag eksisterer søgsmålsberettigede kommunalbestyrelsesmedlemmer og borgere i øvrigt vil de faktiske muligheder for sagsanlæg helt afhænge af almindeligt eksisterende hindringer af social/økonomisk karakter. Muligheden for fri proces eliminerer ikke disse hindringer. Til illustration heraf kan anføres sagen om ændring af Københavns kommunes styrelsesvedtægt. Da borgmesteren for den af vedtægtsændringen berørte magistratsafdeling og en tværpolitisk gruppe af borgerrepræsentationens medlemmer opfattede vedtægtsændringen som politisk motiveret og i det hele som udtryk for politisk magtspil, anlagde de sag mod Københavns kommune og indenrigsministeriet (jfr. ovenfor kap. XIV med henvisninger).

Justitsministeriet afslog at bevilge sagsøgerne fri proces og udtalte i den forbindelse, at der ikke er »holdepunkt for, at det forhold, at sagsøgerne repræsenterer et politisk mindretal under en sag om anfægtelse af en af flertallet truffen afgørelse, skulle være en sådan særlig grund, der taler for fri proces, at justitsministeriet skulle være forpligtet til at tillægge andre oplysninger f.eks. om sagsøgernes økonomi, mindre vægt« (Justitsministeriets skrivelse til ombudsmanden af 1. marts 1985).

Justitsministeriets udtalelse skal ses i sammenhæng med, at sagen formentlig

burde være gennemført efter den procedure, som anvises i styrelseslovens § 53a. § 53a, stk. 5 foreskriver, at borgerrepræsentationen i tilfælde, hvor der foreligger en i henhold til § 53a, stk. 4 stadfæstet beslutning om indskriden, straks skal rejse sag ved domstolene til efterprøvelse af, om betingelserne for indskriden efter § 53a, stk. 3 er til stede. Reglen foreskriver således obligatorisk domstolsprøvelse *foranstaltet af borgerrepræsentationen*, og således - må det antages - *alene på borgerrepræsentationens regning*.

For så vidt angår spørgsmålet, om den foreliggende sag faktisk er omfattet af § 53a, skal henvises til det ovenfor i kap. XII anførte, hvorefter der eksisterer en glidende overgang mellem tilfælde, hvor fratagelsen af en borgmesters kompetence sker via vedtægtsændring, og tilfælde hvor borgmesteren helt fjernes fra sit embede, jfr. *Rønsholdt*: Juristen 1983 s. 218ff.

Den til grund for § 53a, stk. 5 liggende retssikkerhedsgaranti, hvis sigte med indenrigsministeriets ord netop er at sikre, at indskriden over for en borgmester »alene benyttes i tilfælde af egentlige administrative forsømmelser og ikke som politisk sanktion« dækker fuldt ud begge de anførte former for fratagelse af en borgmesters kompetence.

Dette skal ses i sammenhæng med, at borgmester Thustrup Hansen som begrundelse for ikke at anvende styrelseslovens § 53a har udtalt, at det ville tage for lang tid med bevisførelsen, og at man ikke havde tid dertil.

Situationen er herefter den i retssikkerhedsmæssig henseende groteske, at borgerrepræsentationens *flertal* kan afskære et mindretal de økonomiske muligheder for at gennemføre domstolsprøvelse af en af flertallet truffen afgørelse, hvis genstand netop er overholdelsen af de i loven fastsatte *mindretalsgarantier*. Mindretalsgarantier som vel at mærke er søgt underbygget med regler om obligatorisk domstolskontrol betalt af kommunen.

Set i relation til retsplejelovens § 330, stk. 1, nr. 1, hvorefter det som betingelse for fri proces sættes, at ansøgeren »skønnes at have rimelig grund til at føre proces ...« kan man vel - uafhængigt af den usikkerhed der i øvrigt

Fjerde del. Kap. XV.3.

måtte foreligge om den trufne beslutnings materielle rigtighed - alene på grundlag af indenrigsministeriets afgørelse/dennes præmisser fastslå, at betingelsen så rigeligt må være opfyldt. Dette synspunkt underbygges naturligvis af, at den udtalte tvivl, der på grundlag af indenrigsministeriets afgørelse kan rejses om lovligheden af vedtægtsændringen og indenrigsministeriets godkendelse heraf, jo direkte også vedrører spørgsmålet om proceduren i § 53a retligt skulle være fulgt.

For så vidt angår bestemmelsen i retsplejelovens § 330, stk. 1, nr. 2, hvorefter det sættes som en betingelse, at ansøgeren »ikke uden at lide væsentlige afsavn kan betale de omkostninger, der er forbundet med sagen« og § 331, hvorefter justitsministeren »når særlige grunde taler derfor« kan meddele fri proces, »selv om betingelserne i § 330 ikke er opfyldt«, kan anføres, at sagens genstand netop er mindretallets rettigheder og retssikkerhed i medfør af styrelsesloven. Sagsøgerne er folkevalgte, hvis interesse i sagen i særlig grad er af ideel karakter. Som folkevalgt har de ingen økonomisk interesse i sagens udfald, men alene interesse i at få afklaret det principielle spørgsmål om et hvilket som helst mindretals retsstilling i forhold til borgerrepræsentationen.

I øvrigt kan det diskuteres, om domstolsprøvelse initieret af private borgere eller enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer er et hensigtsmæssigt middel til en mere overordnet afklaring af gældende ret, jfr. nedenfor afs. 4.

At tilsynsmyndigheders og kommunalbestyrelses forhold til domstolsprøvelse - hvor en sådan faktisk gennemføres af private (kommunalbestyrelsesmedlemmer) - ikke nødvendigvis er særlig konstruktiv, men tværtimod kan blive mødt af modvilje, som begrænser domstolsprøvelsens faktiske gennemslag, kommer også til udtryk i sagen om borgerrepræsentationens ændring af styrelsesloven for Københavns kommune.

Efter at Østre Landsret havde tilsidesat borgerrepræsentationens beslutning og indenrigsministeriets godkendelse på grund af magtfordrejning, opstod der spørgsmål om dommens betydning for kompetencefordelingen mellem de involverede magistratsafdelinger. Skulle byplansagerne tilbageføres til 4. afdeling, eller skulle de - indtil videre - forblive i overborgmesterens afdeling? Man kunne måske på grundlag af en sådan dom forestille sig, at en offentlig myndighed (borgerrepræsentationen) ville tage dommen til efterretning og tilbageføre det omstridte kompetenceområde til 4. afdeling. Imidlertid udtalte overborgmesteren umiddelbart efter dommens afsigelse, at Østre Landsrets afgørelse formentlig ville vise sig at være uden enhver praktisk betydning. Denne vurdering viste sig at holde stik. Såvel indenrigsministeriet som borgerrepræsentation besluttede at indbringe

sagen for Højesteret, og borgerrepræsentationen påberåbte sig samtidig, at anken havde *opsættende virkning*. Sagsøgerne bestred, at offentlige myndigheder i forhold til en sag af denne art kan undlade foreløbigt at rette sig efter en afsagt dom (om grundlaget for dette standpunkt se responsum af *Henrik Zahle* af 6. december 1984). Imidlertid sanktionerede indenrigsministeriet (IM 1040/0100-1/83 af 13. december 1983) - som tilsynsmyndighed - borgerrepræsentationens opfattelse, hvorefter borgmesteren for 4. afdeling og den øvrige del af den oprindelige sagsøgergruppe anlagde sag ved Østre Landsret med henblik på at få dom for, at anke ikke har opsættende virkning. Østre Landsret giver sagsøgte medhold, hvorefter anken til Højesteret har opsættende virkning (Østre Landsrets 3. afd. af 30. maj 1985).

For at undgå enhver tvivl som herefter måtte eksistere om den retlige prøvelses faktiske betydningsløshed genfremsattes og vedtoges forslaget til vedtægtsændring af borgerrepræsentationen (7. november 1985). Som begrundelse herfor anføres et ønske om at foregribe »risikoen« for at Højesteret måtte stadfæste den indankede Østre Landsretsdom (Overborgmesterens indstilling af 28. oktober 1985 og udvalgsbetænkning af 6. november 1985).

Om denne anden beslutnings forhold til det - usaglige - grundlag for den første beslutning om vedtægtsændring udtaler overborgmesteren »at sagligheden af borgerrepræsentationens beslutning i 1982 ... - over for *eventuel teoretisk tvivl herom* - må anses for fuldt dokumenteret efter de i den forløbne tid indvundne erfaringer vedrørende planlægningsarbejdets forløb« (Indstilling af 28. oktober 1985).

Med andre ord, hvis Højesteret på grundlag af »*helt teoretisk tvivl*« herom skulle mene som Østre Landsret, at borgerrepræsentationens første afgørelse er udtryk for magtfordrejning og derfor stadfæster Østre Landsrets dom, så er Højesterets dom faktisk uden genstand, idet borgerrepræsentationens beslutning ikke længere eksisterer men er afløst af en anden - helt identisk - beslutning, som jo ikke er omfattet af den for Højesteret verserende sag. Også denne anden vedtægtsændring stadfæstedes af indenrigsministeriet (IM 1040/0100-1/83 af 29. november 1985).

Sammenfattende kan det anføres, at den yderst marginale rolle domstolene spiller i forhold til sager henhørende under tilsynsmyndighedernes ressort i almindelighed og habilitetssager i særdeleshed, i høj grad beror på tilsynsmyndighedernes undladelse af at tage initiativ hertil, og på den af

Fjerde del. Kap. XV.3.

tilsynsmyndighederne udviste tilbageholdenhed med anvendelse af retsmidler set i sammenhæng med manglende eller vanskeligt realiserbar søgsmålskompetence for andre end kommunalbestyrelse og tilsynsmyndighed.

Som følge heraf forekommer det mere vild- end vejledende, når tilsynsmyndighederne også henviser til domstolsprøvelse i tilfælde, hvor der hverken formelt og/eller reelt er mulighed herfor.

Som eksempel herpå kan anføres sagen, i hvilken et tilsynsråd tilsidesætter en kommunalbestyrelsesbeslutning om ændring af en udbygningsplan for folkeskolen og fritidshjemsundervisningen med henvisning til et kommunalbestyrelsesmedlems inhabilitet (FOB 1980 s. 582ff). Denne tilsynsrådsafgørelse bliver igen annulleret af indenrigsministeriet, idet ministeriet ikke mener, at der foreligger inhabilitet. Indenrigsministeriet udtaler i den forbindelse afslutningsvis, »at sagens endelige afgørelse henhører under domstolene« (IM 1979/123/1007-2 af 11. marts 1980).

Hvorfra skulle initiativet til sagsanlæg kunne forventes i en sådan sag? Indenrigsministeriet har med sin afgørelse og hertil hørende domstolhenvisning erklæret ikke at ville anlægge sag. Kommunalbestyrelsen og det kommunalbestyrelsesmedlem, som er sagens genstand, har med indenrigsministeriets afgørelse fået medhold. Tilsynsrådets afgørelse blev tilsidesat af indenrigsministeriet som følge af kommunalbestyrelsens *anke* til indenrigsministeriet, hvorfor tilsynsrådet ingen mulighed har for at anlægge sag mod indenrigsministeriet. Der eksisterer således ikke mulighed for efterfølgende retlig efterprøvelse ved domstolene.

Tilsvarende spørgsmål kan stilles i forbindelse med domstolsforbeholdet i sagen om en kommunalbestyrelses køb og videresalg af en gård til et kommunalbestyrelsesmedlems nære slægtninge (jfr. kap. XII og XIII).

Hvem kunne i praksis tænkes at rejse en sådan sag, når tilsynsmyndighederne ikke vil gøre det. Den private køber og sælger har naturligvis ingen interesse heri, og de borgere og kommunalbestyrelsesmedlemmer, som »førte« sagen for tilsynsmyndighederne vil ikke blive anerkendt som søgsmålskompetente.

4. Domstolenes forhold til tilsynsmyndigheder og kommunalbestyrelser

I forlængelse af det foregående vil blive søgt skitseret nogle mere overord-

nede linjer i domstolenes forhold til tilsynsmyndigheder og kommunalbestyrelse, som dette kommer til udtryk i intensiteten og grundlaget for domstolenes prøvelse af tilsynsmyndigheds- og kommunalbestyrelsesafgørelser.

Selv om det af overskriften omfattede spørgsmål ikke blot omfatter sager vedrørende kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet men også sager vedrørende styrelsesmæssige forhold i det hele taget, er den foreliggende domspraksis af så begrænset omfang, at resultater udledt heraf - med den usikkerhed der i øvrigt er knyttet til domsanalyse i erindring - må tages med et vist forbehold. På den anden side er de få foreliggende domme på området markante og af nyere dato.

Genstanden for den følgende fremstilling vil være spørgsmålet om, hvordan domstolsprøvelse på dette område forholder sig til de almindelige antagelser om domstolenes prøvelse af forvaltningens afgørelser. Herunder om, og i bekræftende fald hvilken betydning det har, at prøvelsens genstand er en kommunalbestyrelses eller en tilsynsmyndigheds afgørelse.

Som anført i kap. XIV opereres i teorien om domstolenes prøvelse med en almindelig formodning for den trufne forvaltningsafgørelsens lovlighed og rigtighed i den forstand, at det er forvaltningens modpart »borgeren« der som udgangspunkt må overbevise retten om, at forvaltningsafgørelsen lider af retlige mangler. Hvad man end måtte mene om denne bevisbyrdekonstruktions indhold og rækkevidde (jfr. herom kap. XIV, afsnit 7), må man være opmærksom på, at karakteren af partsrelationerne og de hermed forbundne processuelle forudsætninger i styrelsessager kan være - og i den foreliggende praksis også til dels er - afvigende i forhold til den forvaltnings/borgerrelation gængs teori hovedsageligt har haft for øje. Således vil processens parter i styrelsessager typisk ikke være borger mod forvaltning men forvaltningsmyndighed mod forvaltningsmyndighed, d.v.s. kommunalbestyrelse mod tilsynsmyndighed.

For så vidt er domstolssagen karakteriseret ved, at 1. instansens (kommunalbestyrelsens) modpart er i besiddelse af sagkundskab og - for tilsynsrådenes vedkommende - et mandat meget lig 1. instansens. Anderledes derimod hvor sagens ene part er en egentlig privat person og/eller et kommunalbestyrelsesmedlem eventuelt en mindretalsgruppe af sådanne.

De mulige af procesformen afledte materielle konsekvenser af, at sagens ene part er en privatperson (kommunalbestyrelsesmedlem) og ikke en offentlig myndighed (tilsynsmyndighed), med den heraf følgende (præ-

Fjerde del. Kap. XV.4.

sumptivt antagne) forskydning i erkendelsesinteressen fra generel retsafklaring til sagens konkrete udfald i snæver forstand, træder klart frem i den ovenfor nævnte første dom, om medejeren af et rådgivende ingeniørfirma kan være medlem af økonomiudvalget (UfR 1975 s. 698, jfr. *Rønsholdt: Juristen* 1976 s. 169ff)

Efter »pres« fra tilsynsmyndigheder og ombudsmanden traf kommunalbestyrelsen beslutning om, at vedkommende som inhabil ikke længere kunne være medlem af økonomiudvalget (beslutning nr. 1). I forbindelse med det herefter følgende kommunevalg (1974) blev vedkommende imidlertid genindvalgt i økonomiudvalget, et valg som efterfølgende blev stadfæstet ved kommunalbestyrelsens beslutning (beslutning nr. 2).

Påstandene i sagen var begrænset til at angå spørgsmålet om lovligheden af vedkommendes medlemskab af økonomiudvalget. Tilsyneladende var der kun reel uenighed om beslutning nr. 1, som sagsøger påstår kendt ugyldig, medens sagsøgte påstod den opretholdt. For så vidt angår beslutning nr. 2 er forholdene omkring påstandene mindre klare, idet sagsøger påstod kommunen dømt til at anerkende, at han i almindelighed opfyldte habilitetsbetingelserne for at kunne være medlem af økonomiudvalget. Subsidiært at han med hensyn til habilitet var lovlig valgt til økonomiudvalget. Kommunen påstod frifindelse.

Med hensyn til beslutning nr. 2, som Østre Landsret først tog stilling til, udtales, at spørgsmålet om, hvilke betingelser der skal stilles til et kommunalbestyrelsesmedlems habilitet, antages at henhøre under kommunalbestyrelsens afgørelse, hvorfor retten finder det betænkeligt at tilsidesætte dette valg. Om kommunalbestyrelsens beslutning nr. 1 udtaler retten, at den ikke finder grundlag for at anfægte det af kommunalbestyrelsen udøvede skøn, hvorfor heller ikke denne beslutning kan tilsidesættes.

Hermed når retten altså til to forskellige resultater: Dommens afgørelse opretholder kommunalbestyrelsens beslutning om, at ... *ikke* skal være medlem af økonomiudvalget. Og dommen opretholder samtidig kommunalbestyrelsens beslutning om, at ... *kan* være medlem af økonomiudvalget.

Om dette bemærkelsesværdige resultat beror på processuelle forviklinger og/eller skal ses som resultat af tilbageholdenhed i prøvelsen, se *Rønsholdt: Juristen* 1976 s. 273f.

Under alle omstændigheder illustrerer tilfældet klart det uheldige i, at en sag af denne karakter via de civilprocessuelle regler i den grad er

underkastet parternes rådighed, og man kan rejse det spørgsmål, om det ikke i forhold til en sag af så vidtrækkende principiel karakter ville være mere hensigtsmæssigt, om sagen var blevet ført med tilsynsmyndighederne som parter eller i hvert tilfælde med disses aktive medvirken. I det foreliggende tilfælde blev denne mulighed efterfølgende realiseret, idet tilsynsmyndighederne - formentlig som en direkte følge af den første doms uklarhed - måtte skride ind med annullation af kommunalbestyrelsens beslutning om, at vedkommende fortsat kunne være medlem af økonomiudvalget. Herefter anlagde kommunalbestyrelsen sag mod tilsynsmyndighederne med påstand om, at tilsynsmyndighedernes afgørelse var ugyldig. Denne anden Østre Landsretsdom er i modsætning til den første kendetegnet ved en dybtgående principiel bearbejdning af de habilitetsspørgsmål som er og bør være sagens egentlige genstand (jfr. herom nærmere kap. VIII).

Denne sag om indehaveren af et rådgivende ingeniørfirmas medlemskab af økonomiudvalget repræsenterer det eneste tilfælde af nyere domspraksis vedrørende de her omhandlede habilitetsspørgsmål. Medens de processuelle aspekter af den første Østre Landsretsdom i det samlede sagskompleks er blevet påpeget ovenfor i afsnit 3, vil såvel denne som de efterfølgende domme blive analyseret med henblik på spørgsmålet om domstolenes materielle prøvelse.

Det samlede sagsforløb kan praktisk udsondres i to delforløb, som hver afsluttes ved dom. Fremstillingen vil i det følgende blive systematiseret i overensstemmelse hermed. Således vil sagsforløbets første del, som blev afsluttet ved Østre Landsrets dom af 25. marts 1975 blive behandlet først, hvorefter følger sagsforløbets anden del, som afsluttes med Højesterets dom.

I det omfang dommens resultat, hvorefter kommunen bør anerkende, at ... er lovligt valgt til økonomiudvalget, medens ... bør anerkende, at kommunalbestyrelsens beslutning om, at han er inhabil som medlem af udvalget er lovlig, skyldes en tilbageholdenhed i prøvelsen, der er uafhængig af den ovenfor afsnit 3. beskrevne procesførelse, kan det naturligvis ikke af den grund kritiseres, at der forekommer modstridende afgørelser. Og i det omfang denne tilbageholdenhed er ensbetydende med, at kommunens afgørelser ikke materielt prøves, kan dommens resultater vel egentlig slet ikke siges at være modstridende. Begge de af kommunalbestyrelsen truffne afgørelser opretholdes således, *fordi* de ikke prøves, eller

Fjerde del. Kap. XV.4.

fordi de begge - til trods for deres tilsyneladende modstridende indhold - ligger inden for rammen af en kommunalbestyrelsen tilkommende materiel kompetence.

Og formentlig er dommens konklusion mere resultat af rettens opfattelse af prøvelsens grænser, end af processuelle forviklinger. Det kunne se ud som om dommen mere hviler på formel respekt for kommunalbestyrelsens afgørelse end på en egentlig prøvelse og reel accept af afgørelsens materielle indhold. Prøvelsen synes således at begrænse sig til en undersøgelse af den til grund for kommunalbestyrelsens afgørelse liggende sagsbehandling. Retten fremhæver således i forbindelse med prøvelsen af kommunalbestyrelsens beslutning nr. 1, »at det må lægges til grund at sagsøgte på grundlag af det da tilvejebragte materiale traf sin beslutning efter et skøn over de foreliggende omstændigheder, herunder oplysninger om art og omfang ... Da der ikke er grundlag for at anfægte det således udøvede skøn vil heller ikke denne byrådsafgørelse kunne tilsidesættes af domstolene«. Altså blot en konstatering af at beslutningsgrundlaget er i orden kombineret med det traditionelle udtryk for tilbageholdenhed i forhold til forvaltningens skønsudøvelse. Med lidt god vilje og med domskonklusioners ofte meget knappe formulering in mente, kunne sætningen »da der ikke er grundlag for at anfægte det således udøvede skøn« måske tolkes som dækkende en materiel stillingtagen. At dette næppe er tilfældet, bestyrkes af andre omstændigheder, herunder formuleringen af den del af domskonklusionen der vedrører prøvelsen af kommunalbestyrelsens beslutning 2 om, at ... - efter genvalg - som generelt habil kunne være medlem af økonomiudvalget: »Spørgsmålet om hvilke betingelser der skulle stilles for et kommunalt udvalgsmedlems almindelige habilitet til at være medlem af udvalget, må efter de herom givne retsregler antages at henhøre *under kommunalbestyrelsens afgørelse*, og sagsøgerens principale påstand (om at sagsøgeren med hensyn til habilitet opfylder betingelserne for at kunne vælges og virke som udvalgsmedlem) *kan derfor* ikke tages til følge.«*)

Her siges det ganske klart, at det materielle indhold af de krav, der kan stilles til et udvalgsmedlem med hensyn til habilitet, til en vis grad fastsættes af kommunalbestyrelsen selv uden mulighed for domstolsindblanding. Hvor langt denne kommunalbestyrelsen tilkommende materielle kompetence rækker, præciseres til dels af det umiddelbart efterfølgende:

»Der vil kun kunne blive tale om at få en sådan afgørelse fra kommunalbestyrelsen, der er under kontrol af tilsynsmyndighederne, om habilitetsspørgsmålet tilsidesat ved domstolene, hvis afgørelsen måtte være i *klar strid med afgørende retlige grundprincipper*«. Her bygger dommen tilsyneladende på en forudsætning om, at domstolene er underkastet tilsvarende prøvelsesbegrænsninger som de, der traditionelt har været antaget gældende for tilsynsmyndighedernes legalitetskontrol, hvorefter retsstridigheden skal være klar. At retten også faktisk synes at føle sig usikker med hensyn til afgørelsens lovlighed fremgår af formuleringen »finder retten det *betænkeligt* at anse betingelserne for opfyldt for ud fra almindelige retlige grundprincipper af habilitetsgrunde at tilsidesætte dette valg« (beslutning 2).

Ganske vist henviser dommen også med hensyn til denne sidste afgørelse til bedømmelseskriterier og hertil hørende faktiske forhold af betydning for afgørelsen af habilitetsspørgsmålet. Dette kan imidlertid ikke rokke ved resultatet, da det faktiske grundlag for de to afgørelser er identisk. Henvisningerne til habilitetsafgørelsens præmisser må altså for begge afgørelses vedkommende betragtes som udslag af en formel kontrol af, om kommunalbestyrelsens afgørelsesgrundlag er adækvat set under en sagsbehandlingssynsvinkel.

Det kan således konkluderes, at domstolsprøvelsen er yderst begrænset. I det følgende vil grundlaget for denne prøvelsesbegrænsning blive søgt afdækket.

Det retlige grundlag for dommens antagelse om, at der tilkommer kommunalbestyrelsen et meget vidt skøn, som domstolene er afskåret fra reelt at prøve, må med dommens anvendelse af vendingen »må efter de herom givne retsregler antages, at henhøre under kommunalbestyrelsens

*) Denne sentens kan måske forklares med, at der her tages stilling til ...'s principale påstand, om at han i *almindelighed* må betragtes som habil til at være medlem af økonomiudvalget. Det er svært at se, hvilken forskel der er på denne påstand og den subsidiære om, at ... hvad angår habilitet aktuelt er lovligt valgt til økonomiudvalget. Men retten har måske anset denne påstand for så uafgrænset, at spørgsmålet ikke kan anses for omfattet af den kommunalbestyrelsesbeslutning, som er prøvelsens genstand. Når bemærkningen på trods af denne usikkerhed medtages her, er det fordi den repræsenterer en eksplicitering af den domstolstilbageholdenhed, som formentlig er hovedårsagen til dommens resultat, og som også fremgår af domskonklusionens formulering i øvrigt.

Fjerde del. Kap. XV.4.

afgørelse«, være styrelseslovens § 14, der siger, at »kommunalbestyrelsen træffer beslutning om, hvorvidt et medlem har en sådan interesse i en sag ...«.

Som anført i kap. IV, giver styrelseslovens § 14 imidlertid intet grundlag for indfortolkning af en sådan prøvelsesbegrænsning. Formålet med bestemmelsen er at sikre en klar konfliktløsningsregel, der skal forhindre forhaling af sagens realitet ved at habilitetsspørgsmål bliver krævet gjort til genstand for klage- eller domstolsbehandling. Der er altså tale om en formel regel, der ved at fastslå primærkompetencen tager stilling til spørgsmålet om opsættende virkning.

At der ikke tilsigtes en materiel prøvelsesbegrænsning, udtrykkes da også direkte i forarbejderne og kommentarerne til loven, hvor det siges, at »i sidste instans er det fortsat domstolene, der har afgørelsen af habilitetsspørgsmålet« (Betænkning nr. 420/1966 s. 218 og *Espersen/Harder*: Kommenteret styrelseslov s. 73)*)

En anden mulig årsag til den lidet intensive domstolsprøvelse kan måske findes i domskonklusionens passus om, »at kommunalbestyrelsen er under kontrol af tilsynsmyndighederne«. Heri synes at ligge en forudsætning om, at tilsynsmyndighederne har en videregående adgang til prøvelse og tilsidesættelse af kommunalbestyrelsens afgørelse end domstolene, hvilket får til følge, at de af tilsynsmyndighederne praktiserede prøvelsesbegrænsninger også slår igennem i domstolsprøvelsen. Et gennemslag som vil blive forstærket af det forhold, at tilsynsmyndighederne omvendt forudsætter, at domstolene har den videstgående prøvelsesadgang. Dette kommer til udtryk i sammenhængen mellem kravet til den retlige mangels klarhed

*) I *Harder* (Dansk kommunalforvaltning 4. udg. s. 219) siges det direkte, at »der ligger ikke i lovbestemmelsen nogen kompetence for kommunalbestyrelsen til at afgøre habilitetsspørgsmål med præjudiciel virkning for en beslutningsgyldighed«. I *Harder* og *Espersens* kommentar til normalforretningsordenens § 8 s. 347 siges det videre, at »når det bestemmes at kommunalbestyrelsen træffer beslutning om, hvorvidt et medlem på grundlag af inhabilitet er udelukket fra at deltage i behandlingen af en sag, må dette forstås med et vist forbehold. Det tilkommer således ikke kommunalbestyrelsens flertal at træffe den endelige retlige afgørelse af, om et medlem har en sådan interesse i sagen, at han skal afskæres fra at deltage i dens behandling. Dette er et spørgsmål, hvis endelige afgørelse henhører under domstolene«.

tilsynsmyndighederne opererer med som betingelse for annullation i medfør af styrelseslovens § 61 og de retskildemæssige forudsætninger - herunder domstolsmedvirken - der fordres for at sikre tilstedeværelsen af det til klarhedskravets opfyldelse fornødne retsgrundlag.

Om ...'s oprindelige medlemskab af ejendomsudvalget udtalte tilsynsrådet, at det er mest tilbøjeligt til at antage, at han var inhabil. Men med henvisning til, at hverken styrelsesloven eller den kommunalretlige teori og praksis har taget tilstrækkelig klar stilling til spørgsmålet, konkluderede rådet, at kommunalbestyrelsesbeslutningen (om at ... fortsat kan være medlem) ikke kan anses for så *klart ulovlig*, at tilsynsrådet kan træffe foranstaltninger i medfør af styrelseslovens § 61.

Indenrigsministeriet henholder sig til denne tilsynsrådsudtalelse »herunder at der ikke foreligger en så *klar ulovlighed*, at de i styrelseslovens § 61 omhandlede tvangsmidler kan bringes i anvendelse«.

Da byrådets senere beslutning om, at ... skal udtræde af økonomiudvalget, forelægges indenrigsministeriet, udtaler ministeriet, at en tilsidesættelse af denne beslutning må forudsætte, at byrådets beslutning er »klart i strid med lovgivningen«. Da dette ikke kan fastslås, må byrådets beslutning have virkning »indtil det eventuelt ved dom statueres, at han er berettiget til medlemskab af udvalget«. Den indenrigsministerielle udtalelse er uddybet af en kontorchef i indenrigsministeriet med erfaring i tilsynssager, der som vidne udtaler, at når ministeriet har udtalt, at der ved valget af ... til medlem af ejendomsudvalget ikke foreligger en så klar ulovlighed, at de i styrelseslovens § 61 omhandlede tvangsmidler kan bringes i anvendelse, er det *ikke udtryk for at beslutningen var lovlig*, tværtimod måtte den anses at være i strid med langvarig administrativ praksis. Men med henvisning til, at der ikke er tale om tilsidesættelse af en lovregel eller domspraksis, og at ministeriets tilkendegivelse af sin egen opfattelse af gældende ret er rettet til »en folkevalgt instans, der har beslutningsmyndigheden«, anser ministeriet sig forpligtet til at vise tilbageholdenhed med anvendelse af tvangsmidler. Endelig udtaler amtmanden som vidne, at tilsynsrådets tilbageholdenhed skyldes »hensyn til det kommunale selvstyre, og at den mere uforbeholdne udtalelse om lovligheden ville kunne foranledige det spørgsmål rejst, *hvorfor tilsynsrådet ikke traf foranstaltninger efter styrelseslovens § 61*«.

Endvidere udtalte amtmanden, at grunden til, at tilsynsrådet har bedt byrådet om at udtale, hvorvidt det har taget ...'s medlemskab op til

Fjerde del. Kap. XV.4.

overvejelse, bl.a. er at henlede byrådets opmærksomhed på, at det efter ombudsmandens tidligere udtalelser *ikke kan passere*, at ... fortsat er medlem af økonomiudvalget.

Tilsynsmyndighederne føler sig således overbevist om medlemskabets retsstridighed men føler sig ikke berettiget til at anvende § 61's sanktionsmidler, da retsstridigheden ikke kan betragtes som åbenbar. Tilsynsmyndighederne forudsætter med deres henvisning til domstolsprøvelse, at domstolene vil kunne gå videre i bedømmelsen af lovligheden. Tilsynsmyndighedernes tilbageholdenhed beror således dels på kommunernes karakter af retssubjekter, der er folkevalgte og har et vist selvstyre, dels på, at i grundlaget for retsspørgsmålets afgørelse er uskrevne retsgrundsætninger, hvis nærmere udstrækning og afgrænsning tilsynsmyndighederne for så vidt ikke betvivler i forhold til den foreliggende sag, men som tilsynsmyndighederne ønsker sanktioneret ved domstolene som forudsætning for opnåelse af den tilstrækkelige retskildemæssige styrke og klarhed. Retten undlader ikke blot at bidrage hertil men har yderligere med sanktioneringen af kommunalbestyrelsens beslutning 2 om at indvælge ... i økonomiudvalget markeret, at rettens respekt for kommunalbestyrelsesbeslutninger i hvert tilfælde ikke er mindre end den, tilsynsmyndighederne lægger for dagen, hvilket faktisk resulterer i en undergravning af den allerede vidt fremskredne retsdannelse repræsenteret ved tilsynsrådet, indenrigsministeriet og ombudsmanden.

Sammenfattende kan herefter anføres:

at retten udviser tilbageholdenhed i prøvelsen, fordi afgørelsen er truffet af en kommunalbestyrelse

at retten forudsætter, at tilsynsmyndighederne har adgang til videregående prøvelse end domstolene.

at tilsynsmyndighederne omvendt udviser tilbageholdenhed på grundlag af en forudsætning om videregående muligheder for domstolsprøvelse.

at den udviste tilbageholdenhed for tilsynsmyndighederne direkte og for retten som en refleksvirkning heraf i hvert tilfælde tildels er affødt af hensynet til det kommunale selvstyre.

at kommunalbestyrelsen, som det samlede resultat af den udviste tilbageholdenhed, overlades en egentlig materiel kompetence/autonomi i afgørelsen af habilitetsspørgsmålet.

Anden del af sagsforløbet indledtes med, at vedkommende kommunalbestyrelsesmedlem efter kommunevalget i 1978 atter udpegedes til medlem af økonomiudvalget og yderligere vælges til 1. viceborgmester. Tilsynsrådet skred ind med en afgørelse om, at disse valg er klart ulovlige, hvorfor de annulleredes i medfør af styrelseslovens § 61, stk. 1 (TR Frederiksborg 089-215-99-4-78 af 7. juni 1978).

Denne tilsynsrådsafgørelse indbragtes af kommunalbestyrelsens for indenrigsministeriet som sanktionerer den (IM 1977/123/0408-2 af 8. august 1978). Herefter anlagde kommunen sag ved Østre Landsret med påstand om, at de foretagne valg ikke har været ulovlige som følge af inhabilitet. Østre Landsrets dom gav tilsynsmyndighederne medhold (Jfr. UfR 1981 s. 637-44).

Om retsgrundlaget udtalte retten, at byrådsmedlemmer på grund af private erhvervsmæssige interesser kan være afskåret fra at være medlem af et kommunalt udvalg eller fra at beklæde posterne som borgmester eller viceborgmester, såfremt der foreligger *en klar og åbenbar risiko for konflikt mellem hvervet og den pågældendes private erhvervsinteresser*.

Og rettens flertal (to dommere) udtaler herefter, at »efter det oplyste om ...s tilknytning til det rådgivende ingeniørfirma ... og dette firmas tilknytning til ... kommune sammenholdt med indholdet af hvervene som medlem af økonomiudvalget og som 1. viceborgmester findes sagsøgte at burde frifindes for de af sagsøgerne i sagen nedlagte påstande«. *)

I forlængelse af det om den første dom anførte må man indledningsvis søge præciseret, hvori forskellen egentlig består. Da den første dom nåede til det resultat, at såvel kommunalbestyrelsens beslutning om, at vedkommende kunne være medlem som kommunalbestyrelsens beslutning om, at han ikke kunne være medlem af økonomiudvalget var gyldige, kan Østre Landsret med den anden dom, som statuerer at han ikke kan være medlem, siges blot at have præciseret retsstillingen i overensstemmelse med kommunalbestyrelsens første beslutning i sagen. Medens den første

*) Mindretallet (én dommer) finder, »uanset de nævnte oplysninger, at det er betænkeligt at anse betingelserne for opfyldt for - ud fra almindelige retsgrundsatninger af habilitetsgrunde - at tilsidesætte sagsøgerens beslutninger af ...«. (Jfr. yderligere om denne dissens i kap. IV om habilitetskravenes retskildegrundlag).

Fjerde del. Kap. XV.4.

Østre Landsretsdoms konklusion var i overensstemmelse med kommunalbestyrelsens aktuelle retsopfattelse på dommens tidspunkt, repræsenterer den anden Østre Landsretsdom en tilsidesættelse af kommunalbestyrelsens aktuelle retsopfattelse. Forskellen som formentlig afgørende har betinget dette skift kan være, at kommunalbestyrelsens modpart nu ikke er et kommunalbestyrelsesmedlem men derimod tilsynsmyndighederne (indenrigsministeriet), således at dommens genstand nu er ikke én men to afgørelser truffet af offentlige myndigheder. For så vidt kan den anden dom ses som en konsekvent forlængelse af den i forbindelse med den første dom anførte opfattelse af forholdet mellem kommunalbestyrelse, tilsynsmyndigheder og domstolene, hvorefter tilsynsmyndighederne har adgang til videregående prøvelse end domstolene. Set fra denne synsvinkel kan den anden dom således afspejle det anførte forbehold om retsstridighedens klarhed som betingelse for tilsidesættelse af kommunalbestyrelsens beslutning ved dom, og den tilsvarende forudsætning for tilsynsmyndighedernes tilsidesættelse i medfør af styrelseslovens § 61.

Hvis såvel domstolenes som tilsynsmyndighedernes tilsidesættelse af kommunalbestyrelsens beslutning fordrer en klar retlig mangel, og tilsynsmyndighederne forudsættes at have en videregående prøvelsesadgang end domstolene, levnes ikke meget råderum for domstolenes prøvelse af tilsynsmyndighedernes afgørelse, når først tilsynsmyndighederne har besluttet sig for at betragte den retlige mangel som klar. Resultatet tenderer således i retning af et krav om, at også tilsynsmyndighedernes afgørelse skal være klart ulovlig, for at domstolene kan gribe ind. Jfr. det ovenfor om indenrigsministeriets legalitetskontrol med tilsynsrådene i medfør af § 61 anførte.

Det er vel delvis dette forhold, der kommer til udtryk, når indenrigsministeriet under denne anden retssag om den første dom fandt anledning til »at fremhæve, at dommens præmisser, bl.a. set i lyset af de i sagen nedlagte påstande, nærmest må føre indenrigsministeriet til den opfattelse, at domsresultatet må forstås således, at retten - i en situation, *hvor både byrådet og tilsynsmyndigheden havde skønnet*, at valget af ... som medlem af økonomiudvalget ikke burde tilsidesættes - *kun ville anfægte valget, hvis de således udøvede skøn fandtes i klar strid med afgørende retlige grundprincipper*« (UfR 1981 s. 640).

Østre Landsrets anden dom indbragtes for Højesteret, som omvendt giver appellanten (kommunen) medhold (UfR 1981 s. 644-46).

Den endelige afgørelse af denne sag faldt således ud til, at vedkommende hverken var afskåret fra medlemsskab af økonomiudvalget eller for hvervet som 1. viceborgmester som følge af generel inhabilitet.

Det er således klart, at Højesterets afgørelse såvel i henseende til resultatet som i henseende til karakteren af indholdet af det bedømmelsesgrundlag, den bygger på, repræsenterer et afgørende brud med tilsynsmyndighedernes og ombudsmandens retsopfattelse.

Dommens præmisser, som er udførligt behandlet i kap. IX, udsiger ikke noget direkte om betydningen af, at sagens parter er en kommune og indenrigsministeriet (tilsynsmyndighed).

Hvor retspraksis forekommer, er der ikke - bortset fra egentlig forkerte domme - tvivl om deres status af gældende ret. Højesterets afgørelse af det omhandlede spørgsmål er således udtryk for gældende ret. Der er heller ingen tvivl om, at i det omfang domme om habilitetsspørgsmål er hyppigt forekommende, vil domspraksis faktisk blive en afgørende retskilde. Men hvor domspraksis derimod - som på dette område - er sparsom, må de enkelte dommes præjudicielle rækkevidde bl.a. afhænge af de forudsætninger, der ligger til grund for de administrative instansers afgørelser i henseende til fordelingen/placeringen af den materielle afgørelseskompetence.

I det følgende vil dommens udfald blive diskuteret retspolitisk, som et spørgsmål om forholdet mellem divergerende myndigheder/kompetencer.

Spørgsmålet er, hvorfor Højesteret - når resultatet ikke forekommer tvingende, jfr. kap. IX - vælger at bryde en retsudvikling forestået af tilsynsmyndighederne og ombudsmanden gennem 10 år. En retsudvikling som angiveligt har grundlag i langvarig tilsynspraksis også før sagsforløbets begyndelse i 1972 (jfr. vidneforklaringerne i UfR 1975, s. 707).

4.1. Sammenfattende bemærkninger om forholdet mellem det almindelige tilsyn og domstolene

Forholdet mellem tilsynsmyndighederne, kommunalbestyrelserne og domstolene kan formuleres i følgende spørgsmål: Hvilken betydning har det/bør det have for domstolene, at der praktisk taget ingen retspraksis findes om kommunale styrelsesforhold i almindelighed og habilitetsspørgsmål i særdeleshed? Eller spurgt på en anden måde: Hvilken betydning har administrativ praksis for domstolene i habilitetssager? Skal domstolene acceptere en høj grad af frihed i retsdannelsen som denne forestås af

Fjerde del. Kap. XV.4.1.

kommunerne og/eller tilsynsmyndighederne, og skal domstolene i tilfælde af konflikt mellem tilsynsmyndighederne og kommunerne operere ud fra forudsætninger om et mål af kommunalt selvstyre?

Som grundlag for besvarelsen af dette spørgsmål kan en sammenligning mellem forudsætningerne, der ligger til grund for henholdsvis domstolshierarkiet og det kommunale tilsynssystem være nyttig.

For så vidt angår domstolssystemet betragtes forskelle i praksis de forskellige underretter imellem som uønskelig og uholdbar. Ankeinstansernes opgave er derfor at udligne/eliminere sådanne forskelle. Målet er statslig retsenhed.

Bygger tilsynssystemet på tilsvarende forudsætninger, således at tilsynsmyndighederne er at sammenligne med en øverste retsinstans, hvis opgave det er at skabe grundlag for ensartet kommunal retsudvikling, eller har tilsynsmyndighederne (også) til opgave at værne om og dermed acceptere forskelligheder kommunerne imellem? Er kommunalt selvstyre altså en forudsat realitet i retsspørgsmål som de omhandlede?

Svaret herpå er principielt ganske klart. Indenrigsministeriet har i forhold til tilsynsmyndighederne og kommunerne en »koordinerende« funktion (jfr. *Harder*: Dansk Kommunalforvaltning II s. 235ff). Med hensyn til de anvendte midler til realisering af dette mål gør der sig en række forskelle gældende, som der ikke er grund til at gå yderligere ind på her (jfr. afsnittene 1. og 2. om de retlige rammer/grænser for tilsynsmyndighedernes sanktionsanvendelse etc.).

Når domstolene på et område som det foreliggende, hvor der ikke er udsigt til regelmæssig/systematisk/dækkende domspraksis, står over for en gennemtænkt klar administrativ praksis, bør udgangspunktet for domstolene være tilbageholdenhed, med mindre afgørende principielle hensyn taler for det modsatte.

I det omfang Højesterets afgørelse kan ses som et forsøg på at fremprovokere et lovgivningsinitiativ, kan man kun konstatere, at forsøget er slået fejl, og at forsøget - som følge af vanskelighederne der eksisterer med hensyn til materiel regulering med skrevne regler - måske også på forhånd var dømt til at slå fejl (jfr. kap. IV og VII, afsnit 5.4.).

Resultatet heraf må således ideelt være, at domstolene enten respekterer velovervejet/gennemarbejdet administrativ retsdannelse eller også selv påtager sig en sådan kvalificeret positiv udfyldningsvirksomhed. Den blotte tilsidesættelse af administrativ praksis kommer ellers let til at

fungere som sabotage af tilsynsmyndighedernes retsskabende virksomhed på administrativt grundlag (*Jørgen Mathiasen*: Juristen 1983 s. 17 og s. 22 samt *Spleth*: UfR 1965B s. 250).

For så vidt angår tilsynsmyndighedernes forhold til domstolene må resultatet blive, at den ukritiske brug af domstolshenvisninger indstilles. Når en materielt afklarende retspraksis ikke kan forventes som en realistisk mulighed, må tilsynsmyndighederne selv påtage sig den opgave og det ansvar, som er knyttet hertil.

Administrativ praksis bliver herefter den afgørende (uskrevne) retskilde. Når et habilitetstilfælde undtagelsesvis kommer for domstolene, må administrativ praksis som udgangspunkt akcepteres som styrende for retsudviklingen. Men dette ideelle udgangspunkt har naturligvis som sin forudsætning, at administrativ praksis er af en kvalitet, som berettiger en sådan funktionsdeling og den hermed forbundne domstolstilbageholdenhed. Denne forudsætnings opfyldelse synes imidlertid ikke selvfølgelig.

5. Afsluttende vurdering af det almindelige tilsyns funktion som retsudøver

Med udgangspunkt i de beskrevne meget markante tilfælde af tilbageholdenhed i udøvelsen af retlig kontrol kan man spørge, hvordan tilsynsmyndighederne kan finde de trufne afgørelser i overensstemmelse med de til grund for habilitets- og magtfordrejningskravene liggende hensyn - herunder ikke mindst hensynet til at udbygge og bevare befolkningens tillid til forvaltningen.

En mulighed er at betragte de trufne afgørelser som forkerte. Det forekommer imidlertid mere interessant - og formentlig også mere i overensstemmelse med et realistisk gældbegreb - at anse disse afgørelser som udtryk for en dynamisk rets(kilde)forståelse, som giver mulighed for løbende at bringe gældende ret i overensstemmelse med de herskende politiske/økonomiske konjunkturer. Som påpeget, kan tilsynsmyndighedernes henvisning til den retlige mangels *klarhed* være udtryk for en høj grad af cirkularitet, idet tilsynsmyndighederne i vidt omfang selv er herrer over betingelsens opfyldelse. I og med den trufne tilsynsafgørelse tilvejebringes den fornødne grad af klarhed. For så vidt vil det være muligt for tilsynsmyndighederne at sikre konstant harmoni mellem indholdet af

Fjerde del. Kap. XV.5.

gældende ret og den politiske/økonomiske virkelighed, som kommunen og tilsynsmyndighederne opfatter den. Dette forhold understreges naturligvis på områder, hvor retsudviklingen forløber praktisk taget uafhængigt af domstolsintervention, eller hvor denne i hvert tilfælde er yderst sparsom og tilfældig.

Men selv en dynamisk rets(kilde)forståelse må have sine grænser, hvis ikke dynamikken skal føre til opløsning af selve retsformen med total sammensmeltningen af det politiske og retlige niveau til følge. Et sådant resultat er vel den reflektive retsforms logiske endemål: *Retten som på én gang årsag til og virkning af den til enhver tid mest hensigtsmæssige løsning.*

Man kan på baggrund af det anførte særligt sætte spørgsmålstegn ved indenrigsministeriets egnethed til at forestå *retsudøvelse*. Indenrigsministeren er såvel politisk ansvarlig for kommunestyret som ansvarlig for kommunalforvaltningens lovlighed. »*Denne dobbelthed i opgaver, der skal forene det politiske ansvar med en pligt til at skaffe respekt for gældende ret, er en ordning, der i givne situationer har vist sig at afføde praktiske vanskeligheder*« (Harder: Dansk kommunalforvaltning II s. 225).

Spørgsmålet herom understreges med den almindelige afsvækkelse af forudsætningen om kommunale myndigheders evne og vilje til at respektere gældende ret (jfr. betænkning nr. 981/83) i forbindelse med den stedse større statsinteresse, der er knyttet til kommunal forståelse for og aktiv medvirken til realsisering af den statslige finans-, penge- og fordelingspolitik. Betydningen heraf bliver naturligvis ikke mindre, når sagens genstand er kommuner med traditionelt stor politisk indflydelse, milliardbudget og hertil knyttede store finansielle og strukturelle problemer.

Det anførte skal ses i sammenhæng med det samlede tilsyns struktur og udviklingshistorie. Det almindelige tilsyn med kommunerne er således oprindelig ikke indrettet med henblik på legalitetskontrol. Tilsynets hovedopgave har historisk været knyttet til godkendelsesfunktionen med hertil hørende hensigtsmæssighedskontrol, hvis oprindelige genstand primært har været den enkelte kommunes økonomiske »sundhed«. Tilsynet er således egentlig ikke indrettet med henblik på varetagelse af retssikkerhed i snæver forstand, d.v.s. beskyttelse af enkeltpersoner eller grupper af sådanne mod kommunale afgørelser. I det omfang tilsynets funktion overhovedet har været retssikkerhedsorienteret, har målet været retssikkerhed i vid forstand. D.v.s. den overordnede samfundsmæssige (statslige) interesse i at gældende ret i *almindelighed* overholdes. Det er i forhold

hertil mindre vigtigt at sikre den enkelte kommunale afgørelses lovlighed ved anvendelse af retsmidler. Afgørende har derimod været en mere overordnet styringsorienteret og fremadrettet målsætning om *fremtidig* overholdelse af gældende ret.

Men tilsynsmyndighedernes hovedfunktion er nu såvel i kvalitativ som kvantitativ henseende legalitetskontrol. Tilsynsmyndighederne fungerer i vidt omfang som en slags lokal ombudsmandsinstitution, der tager sig af klager fra borgere og enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer. Dette forhold har også været den væsentligste årsag til, at den kraftige reducere af tilsynsmyndighedernes oprindelige opgaver ikke har bevirket en nedlæggelse af tilsynsrådene (*Harder*: Dansk kommunalforvaltning II s. 224-25).

Denne udvikling må naturligvis virke tilbage som et krav om, at tilsynsmyndighederne fungerer i overensstemmelse med deres nye funktion, hvilket må indebære snævrere grænser for, hvor tilbageholdende tilsynsmyndighedernes prøvelse kan være.

Man kan heroverfor indvende, at de anførte tendenser må ses som en nødvendig udvikling af rettens form og indhold. Dette er naturligvis en mulighed, som ikke lader sig afhandle inden for de her afstukne rammer. I denne sammenhæng skal blot også peges på en anden forklaringsmodel, hvorefter udviklingen kan ses som udtryk for, at retlig kontrol, som den forstås af indenrigsministeriet, relativt mister betydning i forhold til den centrale statsmagts øvrige interesser/opgaver, herunder den påpegede interesse i at ind- (og under)ordne kommunerne i den samlede finans-, penge- og fordelingspolitik. Realiseringen af dette mål har resulteret i en så voldsom forøgelse af den samlede statslige regulering af kommunerne, at der også af disses organisationer er blevet sat spørgsmålstegn ved eksistensen af et kommunalt selvstyre (Kommunernes Landsforening, debatoplæg 1979. Danske Kommuner nr. 2 1986 s. 128).

Anskuet på denne måde kan det beskrevne udviklingsmønster - i sammenhæng med almindelige tendenser til deregulering, modernisering, frikommuneforsøg etc. - ses som en art kompensation (til kommunerne) for den statslige beskæring af især kommunernes økonomiske dispositionsfrihed. For så vidt er den deregulering og a-retliggørelse som tendentielt kendetegner indenrigsministeriets retlige kontrol, ikke i sig selv udtryk for en nødvendig udvikling, men blot udtryk for at der er sket en niveauforskydning i den centrale statsmagts prioriteringsmønster. I det omfang denne forklaringsmodel lægges til grund, kan en sammenfattet retlig

Fjerde del. Kap. XV.5.

karakterisering af det uhensigtsmæssige i den gældende ordning med indenrigsministeriet som øverste retlige tilsyn munde ud i, at indenrigsministeriet som *strukturelt inhabil* er uegnet til opgaven. Ministeriet har simpelthen for mange - strukturelt betingede - betydningsfulde interesser som er eller bør være uvedkommende i forhold til den her omhandlede *retsudøvelse*.

Litteratur, sagsregistre, stikord, summary

Litteratur

- Abitz, E.A.: »Nogle synspunkter på spørgsmålet om anvendelsen af sætningen »audiatur et altera pars« inden for forvaltningsretten«. Festskrift til Poul Andersen (1958).
- Abitz, E.A.: »Anmeldelse af Niels Eilschou-Holm. Det kontradiktoriske princip. 1968«. UfR 1970 B s. 37ff.
- Administrationsdepartementet: Notat om procesretssikkerhed som supplement og alternativ til materiel retssikkerhed (1982).
- Andersen, Bent Rold m.fl.: Kommunerne, det offentlige og samfundsudviklingen (1980).
- Andersen, Ernst: Administrativt tilsyn med kommunalforvaltningen 1940).
- Andersen, Poul: Om ugyldige Forvaltningsakter (1924).
- Andersen, Poul: Hovedpunkter af Forvaltningsretten (1930).
- Andersen, Poul: Dansk Forvaltningsret (2. udg. 1946), (3. udg. 1956), (4. udg. 1962 og (5. udg. 1965).
- Andersen, Poul: »Vildfarelse i forvaltningsretten. Anmeldelse af Arvid Frihagen: Vildfarelse og ugyldighed i Forvaltningsretten, Oslo 1967«. Juristen (1967) s. 381-89.
- Arnold-Baker, Charles: Local Council Administration (1981).
- Auby, J.M. & R. Crago: Traite de contentieux administratif (1984).
- Bagge, Poul, J.L. Frost og Bernt Hjejle (red.): Højesteret 1661 - 1961 (1961).
- Bang, Henrik: »Materiel retssikkerhed«. Retfærd nr. 26 (1984).
- Bang, Henrik og Gitte Jensen: »Arbejdskraftens regulering. Statsinterventionens former«. Retfærd nr. 2 og 3 (1977).

- Battrup, Gerd: Udviklingstendenser i den kommunale forvaltningsproces. Upubliceret arbejdsrapport (1986).
- Battrup, Gerd og Steen Rønsholdt: »Politik eller ret som grundlag for kommunal forvaltningsvirksomhed«. Årsberetning 1985 for Det retsvidenskabelige Institut B, Københavns Universitet (1986).
- Bentzon, Karl-Henrik: Kommunalpolitikere (1981).
- Bernt, Jan Fridthjof: Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn. TFR 1978 s. 311ff.
- Bernt, Jan Fridthjof: »Hvorvidt er det hensigtsmessig å sammenfatte rettsvirkninger av feil i forvaltningsvedtak ved hjelp af ugyldighetsbegrepet«. TFR (1981) s. 104-39.
- Blume, Peter: Hjemmel og praksis (1984).
- Blume, Peter: »Lovfortolkning i praksis«. UfR (1985 B) s. 121.
- Bogason, Peter: »Sektorisering - et får i ulveklæder?«. Samfundsøkonomen nr. 7 (1983).
- Brorson, C.: Forsøg til tredje Bogs Fortolkning. (1796).
- Brorson, C.: Forsøg til første Bogs Fortolkning (1797).
- Castberg, F.: Innledning til Forvaltningsretten. (3. udg. 1955).
- Christensen, Anna: »Ideologikritik contra dogmatik«. Retfærd nr. 20 (1982).
- Christensen, Bent: Nævn og råd (1958).
- Christensen, Bent: »Ombudsmandens bedømmelsesgrundlag«. Festskrift til Hurwitz (1971).
- Christensen, Bent: »Effektivitet og retssikkerhed«. Nordisk Juristmøde 1972.
- Christensen, Bent: Hvor dybt bør prøvelsen gå«. UfR (1976 B) s. 109.
- Christensen, Bent: Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål (1980).
- Christensen, Bent: Domstolsprøvelse (1980) (2. udg. 1986).
- Cross, C. A.: Principles of Local government Law (1974).
- Dagtoglau, Prodromos: »Befangenheit und Funktionen häuffung in der Verwaltung«. Festgabe für Ernst Forsthoff (1967).
- Dahlerup, Drude m.fl.: »Korporativismebegrebet og studiet af samspillet mellem politiske institutioner«. Økonomi og Politik nr. 4 (1975).
- Dalberg-Larsen, Jørgen: »Retsdogmatik, legalstrategi og marxisme«. (Retfærd nr. 12 (1979).
- Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så? (1984).
- Damgaard, Erik: Folketinget under forvandling (1977).

Litteratur

- Dons, J.B.: Forelæsninger over den danske og norske Lov. 1. Deel (1788).
- Dübeck, Inger: »Alt hvis politien virkelig vedkommer«. Danske Lov i 300 år (1983).
- Dybsfjord, Arnold: Lov om Kommunevalg (1945).
- Eckhoff, Thorstein: »Effektivitet og rettssikkerhetshensyn i forvaltningen«. Nordisk Juristmøde 1972.
- Eckhoff, Thorstein: Justice and the rule of Law (1966).
- Eckhoff, Thorstein og Niels Kristian Sundby: Rettssystemer (1976).
- Eckhoff, Thorstein: Forvaltningsrett (1977) (2. udg. 1982).
- Eddy, Keith J.: An Outline of Local Government Law (1969).
- Eilschou-Holm, Niels: Det kontradiktoriske princip i forvaltningsprocessen (1968).
- Eilschou-Holm, Niels: »Mere betryggende regler for sagsbehandlingen i forvaltningen (den norske forvaltningslov)«. UfR (1968 B) s. 99ff.
- Eilschou-Holm, Niels: »Forvaltningsprocesreform ...«. Juristen (1977) s. 313ff.
- Erichsen, H.V. & W. Martens (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht (5. Aufl. 1979).
- Eriksson, Lars D.: »Utkast till en marxistisk jurisprudence«. Retfærd nr. 11 (1979).
- Espersen, Preben: De kommunale beslutninger I (1970).
- Espersen, Preben: De kommunale beslutninger II (1973).
- Espersen, Preben: Beslutning og samtykke (1974).
- Espersen, Preben: »Kommunalbestyrelsesmedlemmers adgang til sagsindsigt«. UfR (1982 B) s. 238ff og 419ff.
- Espersen, Preben og Erik Harder: Lov om kommunernes styrelse (6. udg. 1984).
- Espersen, Preben: Delegation i kommunestyret (1985).
- Eyben, W.E. von: »Lovmotivers betydning«. Juridisk Grundbog (3. udg. 1975).
- Faulkes, David: Administrative Law (1982).
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts (10. Aufl. 1973).
- Frihagen, Arvid: Vildfarelse og ugyldighed i forvaltningsretten (1966).
- Frihagen, Arvid: Forvaltningsloven med oversigt over indhold og forarbejder (1967).
- Frihagen, Arvid: Inhabilitet i forvaltningen (3. udg. 1970).
- Frihagen, Arvid: Forvaltningsrett (1977).

- Garner, J.F.: Administrative Law (5th edition 1979).
- Gersing, Jørgen: UfR (1982 B) s. 2ff.
- Geyer, Armin: Das Mitwirkungsverbot für persönlich Beteiligte Gemeindevertreter unter besonderer Berücksichtigung ihrer Stellung als gewählte Volksvertreter (1968).
- Gomard, Bernhard: Aktieselskabsret (2. udg. 1970).
- Gomard, Bernhard: Civilprocessen (1. udg. 1979), (2. udg. 1984).
- Gomard, Bernhard og Jens Møller (red.): Kommenteret retsplejelov (1982).
- Graver, Hans Petter: »Fleksibilitet som reguleringsteknik. Mod en anarkistisk rettsform«. Retfærd nr. 26 (1984).
- Graver, Hans Petter: »Forvaltningsrettslige nydannelser. Offentlig effektivisering og innsparingers rett«. NAT nr. 2 og nr. 4 (1985).
- Griffith, John A.G.: Principles of Administrative Law (5th edition 1973).
- Gönnenwein, Otto: Gemeinderecht (1963).
- Habermas, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns (3. Aufl. 1985).
- Hage, Hother: De faste Statsdommere og edssvorne Retter (1847).
- Harts: Introduction to the law of local government and administration (9th edition 1973).
- Halsbury's Laws of England (4th edition 1979).
- Hammer, Helge: Lov om styret i herreds- og bykommunerne (1971) (2. utg. 1981).
- Hammerich, Kai F.: »Den danske Dommerstand under Enevælden«. (Festskrift for juridisk Eksamen (1936).
- Hannus, Arno: Den nya kommunallagen (1978).
- Hansen, J. D.: Bidrag til Den Danske Civilproces 1839.
- Harder, Erik: »Offentligt Hverv og private Interesser«. Sognerådstidende 1956/57 s. 32-46.
- Harder, Erik: »Forening af kommunale Stillinger og Hverv«. Sognerådstidende 1956/57 s. 212-29
- Harder, Erik Jäv i forvaltningen NAT 1955 s. 359.
- Harder, Erik: Om ændring af administrative afgørelser (1962).
- Harder, Erik: Kommunens Lov og Ret I og II (1964 og 1965).
- Harder, Erik: De kommunale opgaver. Kommunalfuldmagtens grænser (1965).
- Harder, Erik: »Tilsynet med kommunerne«. Juristen (1970) s.261 - 73.

Litteratur

- Harder, Erik: Dansk kommunestyre i grundtræk (1978).
- Harder, Erik: Dansk kommunalforvaltning I. Kommunalbestyrelsen (3. udg. 1978) (4. udg. 1982).
- Harder, Erik: Dansk kommunalforvaltning II. Opgaver og tilsyn (1979). Foreløbig omarbejdet nyudgave (upubliceret) 1984.
- Hart, William O. & John Garner: Introduction to the Law of Local Government and Administration (1973).
- Hellners, Trygve: Förvaltningslagen med kommentarer (3.utg. 1983).
- Henrichsen, Carsten M.: »Kommunestyrets krise«. Retfærd nr. 18 (1981).
- Herlitz, Nils: »Rättegångsbalkens betydelse på stats- och förvaltningsrättens område« (1934). Optrykt i Förvaltningsrättsliga Grunddrag (1943).
- Herlitz, Nils: Nordisk offentlig rätt I. (1958).
- Hertz, Chr. Ehlers: Bemærkninger til den første Bog af Danske Lov (1837).
- Hjorth-Nielsen, H.: »Af den danske Sagførerstands Historie«. Festskrift for juridisk Eksamen (1936).
- Holm, Erik & Niels Stjernquist: Grundlagarna med tillhörande författningar (1980).
- Hydén, Håkan: »Legalstrategi med eller utan rätt«. Retfærd nr. 20 (1982).
- Hydén, Håkan: »Till kritik av den offentliga rätten«. Retfærd nr. 30 (1985).
- Hyloft, Christian: »Kommunale habilitetsproblemer«. Kommunal Årbog 1973 s. 35-43.
- Hørlyck, Erik: Aktieselskaber (1974).
- Høyer, A.: Juridiske Collegium for saa vidt den danske og norske Proces vedkommer (1796).
- Haarløv, Tyge: »Kommunaliseringens grænser«. NAT (1975).
- Ilsøe, Grethe: Vejen til embede. En undersøgelse af udnævnelserne til kongelig retsbetjent- og magistratsembede 1735-65 (1978).
- Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Forvaltningskomiteen, Kragerø 1958).
- Jackson, P.W.: Local Government (3rd edition 1976).
- Jackson, R.M.: The Machinery of Local Government (1965).
- Jensen, Claus Haagen: Kommunalret (1972).
- Jensen, Claus Haagen: »Forvaltningsrettens kilder«. Almindelig forvaltningsret (1979).

- Jensen, Knud B. og Jørgen Nørsgaard: Bank- og sparekasseloven med kommentarer (1976).
- Jensen, Sigurd: »Københavns bystyre 1750«. Stadsadministration i Norden på 1700-tallet (1981).
- Jensen, Svend Gram: Hvad er retfærdighed? (1983).
- Jensen, Svend Gram: Retssystemets struktur og kernepunkter i retskildelæren. (1985).
- Johansen, Hans Chr.: En samfundsorganisation i opbrud. 1700-1870. Dansk Socialhistorie, 4. bd. (1979).
- Johansen, Jens Chr. og Henrik Stevnsborg: »Herom findes intet i Danske Lov ... Om brugen af Danske Lov på Falster og i Helsingør«. Danske Lov i 300 år (1983) s. 179-205.
- »Jur« (Harder): Begrundelse af politiske beslutninger. Kommunen. 1984.
- Jørgensen, Frank og Morten Weitrup: Dansk centraladministration i tiden indtil 1848 (1982).
- Jørgensen, Harald: »Thi kendes for ret ...« (1982).
- Jørgensen, Henning: »Korporatismeteori og fagbevægelsen«. Tage Bild & Henning Jørgensen (red.): Fagbevægelsen og krisen (1981) s. 349ff.
- Jørgensen, Poul Johannes: Dansk retshistorie (6. opg. 1974).
- Kajser, Fritz og Curt Riberdahl: Kommunallagarna II (6. opl. 1983).
- Karnovs Lovsamling. I-II. 10. udg. v/W.E.von Eyben og Henning Skovgaard (1983).
- Ketscher, Kirsten: »Om planlægningsbegrebet som retsform«. Retfærd nr. 12 (1979).
- Ketscher, Kirsten: »Kvinder og planlægning af dagforanstaltninger for børn«. Rapport fra nordisk forskerkursus i kvinneverett (1982).
- Ketscher, Kirsten: »Nærdemokrati. Nogle retlige refleksioner over et populært begreb«. Retfærd nr. 18 (1982).
- Ketscher, Kirsten: »Pas på hinanden eller pas dig selv«. Retfærd nr. 24 (1983).
- Ketscher, Kirsten: »Legalstrategier i kvinderetten«. Kritisk Juss nr. 3-4 (1984).
- Ketscher, Kirsten og Steen Rønsholdt: »Bidrag til en analyse af det kommunale selvstyre«. Retfærd nr. 4 (1977).
- Koch, Henning: »Den guddommelige velfærdsstat«. Retfærd nr. 30 (1985).
- Kommentarer til vesttyske kommunalordninger (Gemeindeordnungen): Bayern: Masson, Christoph & Rudolf Samper (1979). Baden-Württem-

Litteratur

- berg: Kohlhammer (1979). Niedersachsen: Lüersen & Neuffer (1980). Hessen: Schneider & Mainz (1979). Nordrhein Westfalen: (Kottenberg & Rehn (1978). (Loebell (1970).
- Kommissionsbetænkninger*: 420/1966 om Kommuner og kommunestyre. 798/1977 om Kommunalt nærdemokrati. 894/1980 om Kommunale styrelsesformer og kommunalpolitikeres arbejdsvilkår m.v. 946/1982 Lavindkomstkommissionens betænkning. 981/1983 om Håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen. 996/1983 om Ansvarsplacering og reaktionsmuligheder i kommunestyret.
- Kommunernes Landsforening: Kommunalt selvstyre. Myte eller virkelighed. Debatoplæg (1979).
- Kopp, Ferdinand O.: *Verwaltungsverfahrensgesetz mit Erläuterungen* (1976).
- Krarup, Ole: »Om forvaltningsaktens ugyldighed på grund af formelle mangler. Anm. af Poul andersen, Dansk Forvaltningsret, 4. udg. 1962«. UfR (1963 B) s. 70-79.
- Krarup, Ole: »Hvad er gældende kommunalret. Anm. af Erik Harder. De kommunale opgaver. Kommunalfuldmagtens grænser, 1965«. UfR (1966 B) s. 26-30.
- Krarup, Ole: »Judicial Review of Administrative Action in Denmark«. *International Review of Administrative Science* (1967).
- Krarup, Ole: *Øvrighedsmyndighedens grænser* (1969).
- Kromann, Erik m.fl.: *Danmarks kommunale Styre. I-III* (1954/55).
- Lauridsen, Preben Stuer: *Retslæren* (1977).
- Lauridsen, Preben Stuer: *Om Jus og Normen*. TFR 1978.
- Ligestillingsrådets årsberetning 1981.
- Linde, Helle: *Magistrat og borger* (1978).
- Linde, Helle: »Købstandsadministration i Danmark«. *Stadsadministration i Norden på 1700-tallet* (1982).
- Løgstrup, Birgit: *Dommer og administrator. Herredsfogden 1790-1868* (1982).
- Løgstrup, Birgit: *Jorddrot og offentlig administrator. Godsejerstyret inden for skatte- og udskrivningsvæsenet i det 18. århundrede* (1983).
- Mashaw, Jerry L. & Richard A. Merrill: *Introduction to the American Public Law System* (1975) (Supplement 1978).
- Mathiassen, Jørgen: »Forvaltningsret i 10 år. Til Poul Andersen«. *Juristen* (1975) s. 297-332 og s. 501-40.

- Mathiassen, Jørgen: »Om formelle mangler ved domme og især ved forvaltningsakter«. *Juristen* (1976) s. 217ff.
- Mathiassen, Jørgen: »Domstolskontrollen med forvaltningen og domstolernes præjudikatsskabende funktion«. *Juristen* (1983) s. 1-32.
- Mathiassen, Thomas: »En marxistisk jurisprudens«. *Retfærd* nr. 15 (1980).
- Matzen, H.: *Forelæsninger over den danske Retshistorie. Offentlig ret.* (1893-95).
- Merikovski, V.: »Jäv i förvaltningen«. *NAT* (1955) s. 329-350.
- Meyer, Poul: *Offentlig forvaltning* (1970).
- Munch, P.: *Købstadsstyrelsen i Danmark* (1900).
- Munktel, Henrik: *Jävsförhållanden inom Statsförvaltningen* (1936).
- Møllmann, N.: »Kommunernes Plads inden for den offentlige Forvaltning«. *Haandbog for danske Kommuner I* (1954/55).
- Nellemann, J.: *Civilprocessens almindelige Deel* (3. udg. 1887).
- Nielsen, Kurt: »Retssikkerhedsproblemer ved den kommunale sagsbehandling«. *UfR* (1972 B) s. 48-55.
- Nielsen, Kurt: »Hvor omfattende bør en kommende forvaltningslov være, og bør der gælde visse særregler for kommunerne?«. *UfR* (1978 B) s. 319-24.
- Nielsen, Kurt: »Om kommunalbestyrelsesmedlemmers adgang til internt arbejdsmateriale«. *UfR* (1982 B) s. 94-100 og s. 350-53.
- Nielsen, Lars Nordskov: »Folketingets ombudsmand 1955-80«. *Juristen* (1980) s. 261-86.
- Nielsen, Lars Nordskov: »Borgernes krav til den offentlige forvaltning«. *NAT* (1983) s. 41-63.
- Nielsen, Marius: *Administrationen og den enkelte*, *NAT* (1983) s. 6.
- Nørgaard, Carl Aage: *Forvaltningsret. Sagsbehandling* (1972). 2. udg. v/Jens Garde (1981).
- Nørregaard, L.: *Forelæsninger om den danske og norske Ret* (1790).
- Os, Audvar: »Noen spørsmål om inhabilitet«. *NAT* (1953).
- Oxholm, W.: *Landkommunernes Styrelse* (1935).
- Poullsson, Åke: *Om Jäv För Kommunala Tjänstmän*.
- Petersen, E. Ladewig: *Fra standssamfund til rangssamfund 1500 -1700. Dansk Socialhistorie, bd. 3* (1980).
- Petrén, Gustav & Hans Ragnemalm: *Sveriges Grundlagar* (1980).
- Phillips, Hood & Paul Jackson: *Constitutional and Administrative Law* (1978).

Litteratur

- Poulsson, Åke: »Jäv för kommunala tjänstmänn«. Förvaltningsrättligt Tidsskrift (1969).
- Prop. 1971:30: Förvaltningsrättsreform. Omorganisation af förvaltningsrättskipningen, Förvaltningslag, Förvaltningsprocesslag m.m. Del 2 (motiv).
- Prophet, John: The Law of Local Councils (2nd edition 1979).
- Püttner, G. (Hrsg.): Handbuch der kommunalen Wissenschaft I (1981).
- Püttner, G. (Rrsg.): Handbuch der kommunalen Wissenschaft II (2. Aufl. 1982).
- Ragnemalm, Hans: »Administrativ rättspraxis. Förfarandet efter förvaltningsreformen«. Förvaltningsrättligt Tidsskrift (1975) s. 170-75.
- Ragnemalm, Hans: Offentlighetsrättsliga studier (1977).
- Ragnemalm, Hans: Förvaltningsrättsliga författningar (1986).
- Report of the Donoughmore Scott Committee on Ministers Powers (1932).
- Ross, Alf: Om Ret og Retfærdighed (1966).
- Ross, Alf: Dansk Statsforfatningsret (2. udg. 1966).
- Royal Commission on Standard Conduct in Public Life (1976).
- Rønsholdt, Steen: »Nogle retssikkerhedsbetragtninger omkring kontrollen med det kommunale selvstyre«. Juristen (1976) s. 276ff.
- Rønsholdt, Steen: »Ombudsmandens kontrol med det kommunale selvstyre«. NAT (1977) s. 14-42.
- Rønsholdt, Steen: »Kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet«. Juristen (1980) s. 396ff.
- Rønsholdt, Steen: »Om dommeres specielle habilitet«. UfR (1980 B) s. 277-92.
- Rønsholdt, Steen: »Kommunalbestyrelsesmedlemmers generelle habilitet«. Juristen (1982) s. 259-84.
- Rønsholdt, Steen: »Om Københavns kommunes styrelsesordning«. Juristen (1983) s. 217-31.
- Rønsholdt, Steen: »Det almindelige tilsyn som værn mod kommunal magtfordrejning«. Juristen (1985) s. 225ff.
- Rønsholdt, Steen: Responsum til Københavns kommune (1983).
- Schau, E.F.G. og H.E. Holten: Den kommunale Valglov med Noter (1933). Tillæg (1935).
- Schou, P.F.: Landkommunernes Forfatning og Styrelse (1881).
- Schou, P.F.: Kjøbstædernes Forfatning og Styrelse (1901).
- Schwartz, Verner: Administrative Law (1976).

- Scocozza, Benito: Feudalismen (1976).
- Secher, C.V.A. og Chr. Strøchel: Forarbejderne til Kong Christian V's Danske Lov, 1. Bind (1891).
- Shaw, Sebag & Dennis E. Smith: The Law of Meetings (Fifth edition 1979).
- Shoefield: Local Government Election (1979).
- Smith, S.A. de: Constitutional and Administrative Law (Second edition 1975).
- Smith, S.A. de: Judicial Review of Administrative Action (Second edition 1975).
- Spleth, P. UfR (1965 B) s. 250ff.
- Spleth, P.: Ekspropriation. Fremgangsmåde. Magtfordrejning UfR (1973 B) s. 318.
- Spleth, P.: »Mere om dommen i UfR 1975 s. 698. Nogle væsentlige processuelle betragtninger«. Juristen (1976) s. 369-75.
- Statens offentliga Utredningar*: 1964:27 Lag om Förvaltningsförfarandet. 1974:99 Enhetlig Kommunallag. 1982:41 Överklagande av Kommunala Beslut. 1983:73 Ny Förvaltningslag. 1985:26 JO ämbetet. En Översyn. 1985:29 Principer för ny Kommunallag.
- Steensberg, Aksel (red.): Dagligliv i Danmark i det syttende og attende århundrede. 1720-90. (1971).
- Stevnsborg, Henrik: »'Tak Gud min Søn, at du ikke kom for Riberret'. Retsplejen i Ribe 1590-94«. Festskrift til Svend Ellehøj (1984).
- Strömberg, Håkan: Almän förvaltningsrätt. (1963) (9. upl. 1978).
- Strömberg, Håkan: Kommunalrätt (9. upl. 1980).
- Sundberg, Halvar E.F.: »Jävsbestemmelser i kommunalrätten«. Svensk Stadsförbundets Tidsskrift (1934).
- Sundby, Niels Kristian: Om Normer.
- Tamm, Ditlev: »Om dommerstanden og domstolene under enevælden«. Juristen (1978) s. 102ff.
- Teubner, Günther: »Substantive and Reflexive Elements in Modern Law«. Law and Society Review, Vol. 17 nr. 2 1983.
- Thulin, Gabriel: »Om jävsförhållanden inom statsförvaltningen och i kommunalrätten«. NAT (1936) s. 238ff.
- Tofte, Einar: Valgordningen (1969).
- Trojel, Peder Kofod: Commentaire eller Forklaring over den Danske og Norske Lov (1790).

Litteratur

- Unruh, Georg Christoph v.: »Gemeinderecht«. Besonderes Verwaltungsrecht (4. Aufl. 1976).
- Wade, H.W.R.: Administrative Law (1977).
- Wade, H.W.R. & H. Phillips: Constitutional and Administrative Law Ninth edition 1982).
- Weber, Max: Makt og Byråkrati (1982). (Wirtschaft und Gesellschaft 1922).
- Westerberg, Ole: »Jäv i förvaltningen«. NAT (1955) s. 350ff.
- Westerberg, Ole: »Jäv hos förvaltningsorgan«. Förvaltningsrättligt Tidskrift (1969).
- Yardley, D.C.M.: Principles of Administrative Law. (1981).
- Zahle, Henrik: Kritisk proces (1975).
- Zahle, Henrik: Om det juridiske bevis (1976).
- Zahle, Henrik: »Om de civile domstoles behandling af offentligretlige sager«. Juristen (1979) s. 313-48.
- Zahle, Henrik: Upubliceret arbejdsrapport om retskilder (1983).
- Zahle, Henrik: »Om grundlovskommentarer«. Statsvetenskapligt Tidskrift (1983) s. 338-42.
- Zahle, Henrik: Responsum af k6. december 1984.
- Ørsted, Anders Sandøe: Supplement til Nørregaards Forelæsninger over den danske og norske Private Ret. 2. Bind (1806).
- Ørsted, Anders Sandøe: Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed (1828).

Ombudsmandsafgørelser

FOB 1956 s. 96	FOB 1972 s. 77	FOB 1978 s. 74
FOB 1957 s. 63	FOB 1973 s. 24	FOB 1978 s. 222
FOB 1957 s. 90	FOB 1974 s. 262	FOB 1978 s. 289
FOB 1958 s. 31	FOB 1975 s. 25	FOB 1978 s. 407
FOB 1959 s. 49	FOB 1975 s. 158	FOB 1978 s. 504
FOB 1959 s. 130	FOB 1975 s. 191	FOB 1979 s. 62
FOB 1960 s. 102	FOB 1975 s. 257	FOB 1979 s. 99
FOB 1962 s. 52	FOB 1975 s. 380	FOB 1979 s. 119
FOB 1963 s. 29	FOB 1975 s. 545	FOB 1979 s. 289
FOB 1963 s. 61	FOB 1975 s. 548	FOB 1979 s. 412
FOB 1964 s. 93	FOB 1976 s. 33	FOB 1980 s. 582
FOB 1964 s. 116	FOB 1976 s. 150	FOB 1981 s. 79
FOB 1965 s. 159	FOB 1976 s. 171	FOB 1981 s. 98
FOB 1966 s. 68	FOB 1977 s. 242	FOB 1981 s. 126
FOB 1968 s. 66	FOB 1977 s. 302	FOB 1981 s. 159
FOB 1968 s. 76	FOB 1977 s. 649	FOB 1982 s. 111
FOB 1969 s. 88	FOB 1977 s. 720	
FOB 1972 s. 28	FOB 1978 s. 51	

Utrykte ombudsmandsafgørelser

OBM 1975-1141-42 af 17/5-1977
OBM 1976-932-42 af 10/10-1978

Tilsynsrådsafgørelser

1970 og før

København	99-0/092-70	29. juli 1970

1971

Storstrøm	089-363-99-1-1971	18. marts 1971
Sønderjylland	089-23-99-2-71	17. maj 1971
Frederiksborg	089-03-99-1-1971	6. juli 1971
Frederiksborg	089-30-99-2-1971	6. juli 1971
Viborg	089-99-13-71	17. august 1971

1972

Viborg	089-99-70-71	25. januar 1972
Frederiksborg	089-23-99-2-1972	25. maj 1972
Nordjylland	089-18-90-1-1972	29. juni 1972

1973

Frederiksborg	089-23-99-2-1972	13. februar 1973
Frederiksborg	089-23-2-12-1972	1. november 1973

1974

Roskilde	1974-089-6-99-9	25. april 1974
Århus		28. juni 1974
Vejle		29. august 1974
Århus	0881-705-3-1974	17. december 1974

1975

Frederiksborg	089-219-99-3-1975	29. april 1975
Viborg	089-99-15-75	3. november 1975
Ribe	089-551-1-1-75	23. december 1975

Tilsynsrådsafgørelser

1976

Nordjylland	089-5-90-1-1976	13. februar 1976
Frederiksborg	089-201-99-1-1975	24. februar 1976
Ribe	089-551-1-1-75	15. marts 1976
Sønderjylland	089-8-99-1-1976	19. juli 1976
Roskilde	1976-089-2-99-8	6. august 1976
Vejle	1976-089-625-9-98a-3	16. november 1976
Sønderjylland	089-16-99-2-76	29. november 1976
Frederiksborg	089-217-99-8-1976	28. december 1976

1977

Vestsjælland	089-E30-9-15-72	20. januar 1977
Nordjylland	089-5-90-1-1976	8. februar 1977
Frederiksborg	089-213-99-2-77	4. april 1977
Nordjylland	089-5-90-1-1976	5. april 1977
Roskilde	1977-089-6-99-11	22. april 1977
Vestsjælland	089-F03-9-8-77	31. maj 1977
Ribe	089-561-90-2-77	20. juli 1977
Århus	0881-735-3-1977	15. august 1977
Frederiksborg	089-231-99-5-76	30. august 1977
Frederiksborg,	089-208-99-1-1977	13. september 1977
Ribe	089-561-90-4-77	19. september 1977
Vejle	089-611-9-98a-1-1977	27. oktober 1977
Frederiksborg	089-217-99-14-1977	4. november 1977
Frederiksborg	089-217-99-15-1977	4. november 1977
Nordjylland	089-5-90-4-1977	17. november 1977
Århus	0881-725-3-1977	28. november 1977
Ringkøbing	089-0-99-31-77	23. december 1977

1978

Vestsjælland	089-E01-9-23-77	26. januar 1978
Frederiksborg	089-205-99-3-1977	27. februar 1978
Århus	089-751-90-59-1978	31. marts 1978
Ribe	089-557-99-2-78	14. april 1978
Århus	0881-707-7-1978	17. maj 1978
Århus	0881-723-3-1978	26. maj 1978
Nordjylland	089-25-99-2-1978	31. maj 1978
Nordjylland	089-25-99-1-1978	juni 1978
Frederiksborg	089-215-99-4-78	7. juni 1978
Fyn	1978-089-491-9-1	20. juni 1978
Nordjylland	089-24-99-1-1978	29. juni 1978
Fyn	1978-089-479-9-3	4. august 1978
Sønderjylland	089-2-99-1-1978	14. august 1978
Vejle	1978-089-625-9-98a-2	31. august 1978 (notat)

Tilsynsrådsafgørelser

Århus	0881-735-4-1978	6. oktober 1978
Bornholm	089-07-99-4-1978	21. november 1978
Århus	0881-723-5-1978	1. december 1978
Vejle	1978-089-625-9-90-2	7. december 1978 (notat)
Sønderjylland	080-1-78	18. december 1978
Roskilde	1978-089-2-99-21	18. december 1978

1979

Frederiksborg	089-233-99-5-1978	9. januar 1979
Fyn	1978-089-479-9-5	24. januar 1979
Sønderjylland	089-7-99-3-79	26. januar 1979
Sønderjylland	089-21-99-1-79	9. februar 1979
Storstrøm	089-367-99-4-1978	12. februar 1979
Roskilde	1978-089-2-99-16	12. februar 1979
Ribe	089-553-90-1-79	7. marts 1979
Roskilde	1978-089-2-99-21	7. marts 1979
Vejle	1979-089-621-9-98a-1	12. marts 1979
Fyn	1979-089-431-9-1	19. marts 1979
Fyn	1979-089-431-9-2	19. marts 1979
Vejle	1979-089-611-9-98a-1	21. marts 1979
Århus	881-723-4-1978	5. april 1979
Århus	0883-735-6-1979	5. april 1979
Sønderjylland	089-3-99-2-79	23. april 1979
Sønderjylland	089-7-99-3-79	23. april 1979
Sønderjylland	089-563-90-2-79	2. maj 1979
Sønderjylland	089-23-99-2-79	17. maj 1979
Sønderjylland	089-8-99-3-79	28. maj 1979
Ringkøbing	089-0-99-18-79	29. maj 1979
Århus	089-705-99-47-1979	1. juni 1979
Århus	089-711-90-9-1978	1. juni 1979
Fyn	1979-089-431-9-3	7. juni 1979
Viborg	089-99-7-75	15. juni 1979
Sønderjylland	089-20-99-3-79	16. juli 1979
Nordjylland	089-4-99-2-1979	16. august 1979
Fyn	1979-089-451-9-2	4. september 1979
Sønderjylland	089-23-99-2-79	17. september 1979
Sønderjylland	089-12-99-1-1979	15. oktober 1979
Nordjylland	089-26-99-2-1979	29. oktober 1979
Sønderjylland	089-23-99-5-79	14. december 1979

1980

Fyn	1979-089-431-9-5	10. januar 1980
Bornholm	089-05-99-2-1979	25. januar 1980

Tilsynsrådsafgørelser

Fyn	1979-089-431-9-9	4. februar 1980
Sønderjylland	089-7-99-9-79	17. marts 1980
Sønderjylland	089-15-99-3-79	11. august 1980
Sønderjylland	089-515-99-4-80	15. september 1980
Bornholm	089-01-99-5-1980	25. september 1980
Ringkøbing	089-0-99-6-80	3. oktober 1980

1981

Bornholm	089-05-99-6-1980	3. februar 1981
Sønderjylland	089-513-99-3-81	16. marts 1981
Storstrøm	089-361-99-1-1981	27. august 1981
Frederiksborg	089-231-99-13-1981	17. december 1981

1982

Sønderjylland	089-541-99-5-81	22. marts 1982
Ringkøbing	089-0-99-2-82	24. marts 1982
Århus	089-751-90-165-1982	27. maj 1982
Ringkøbing	089-0-99-13-82	11. august 1982
Storstrøm	089-355-99-2-1982	24. august 1982
Ringkøbing	089-0-99-23-82	22. september 1982
Nordjylland	089-17-99-2-1982	5. oktober 1982
Århus	089-715-90-7-1982	21. oktober 1982
Århus	089-751-90-165-1982	21. oktober 1982
Frederiksborg	089-207-99-17-1982	25. oktober 1982
Ringkøbing	089-0-99-38-82	17. november 1982
Ringkøbing	089-0-99-40-82	17. november 1982
Ringkøbing	089-0-99-25-82	18. november 1982
Ringkøbing	089-0-99-26-82	18. november 1982
Ringkøbing	089-0-99-34-82	18. november 1982

1983

Sønderjylland	089-515-99-1-83	19. januar 1983
Ringkøbing	089-0-99-31-82	18. februar 1983
Sønderjylland	080-1-78	21. februar 1983
Ringkøbing	089-0-99-4-83	7. april 1983
Frederiksborg	089-223-99-13-1982	11. april 1983
Sønderjylland	089-541-99-2-83	17. august 1983
Bornholm	089-05-99-1-1983	23. august 1983
Århus	089-713-90-25-1982	15. september 1983
Sønderjylland	089-513-99-4-81	23. november 1983
Ringkøbing	089-0-99-34-83	8. december 1983

Tilsynsrådsafgørelser

1984

Storstrøm	089-395-99-1-1984	26. marts 1984
Bornholm	089-07-99-3-1984	28. juni 1984
Ringkøbing	089-0-99-18-84	10. juli 1984
København	1984-0899-5-181-3	11. juli 1984

1985

Nordjylland	089-16-99-2-1984	22. april 1985
Nordjylland	089-2-99-5-1985	17. december 1985

1986

Sønderjylland	089-523-99-1-86	27. februar 1986

Indenrigsministerielle afgørelser

1970 og før

1587/1960 2. maj 1961
1880/1965 10. januar 1966
7792/1967 18. oktober 1967
7792/1967 8. december 1967
1578/1967 21. februar 1968
778/66 24. juni 1968
1735/1967 20. august 1968
1968/1-1578 12. oktober 1968
1968/1-1787 23. december 1968
1970/1201/1418-1 12. januar 1970
1970/1-2149 23. marts 1970
1970/1201/1508-1 15. april 1970
1970/1201/0305-1 17. april 1970
1970/1201/0907-1 20. april 1970
1970/1201/1010-1 20. april 1970
1970/1201/0921-1 30. april 1970
1970/1201/1508-1 14. maj 1970
1970/1201/1014-1 19. maj 1970
1970/1201/0310-1 17. juli 1970
1970/1201/0509-1 29. juli 1970
1970/1201/1424-1 18. september 1970
1970/1201/1501-1 25. september 1970
1970/1201/0622-1 2. oktober 1970

1971

1970/1201/1602-1 17. februar 1971
1970/1130/0300-2 10. marts 1971
1970/1201/1023-1 12. marts 1971
1971/1130/0400-6 21. april 1971
1970/1201/0608-1 25. april 1971

1971/1209/1514-1 5. maj 1971
1971/1131/0700-6 11. juni 1971
1971/1201/0724-1 29. juli 1971
1971/1209/0929-1 29. juli 1971
1971/1209/0921-1 10. august 1971
1971/1131/0400-6 27. september 1971
1971/1201/1504-1 13. oktober 1971
1971/1201/0309-1 30. november 1971

1972

1972/1130/1400-8 28. marts 1972
1972/1201/1618-2 29. maj 1972
1972/1209/0802-1 6. juni 1972
1972/1209/1412-1 22. juni 1972
1971/941-138 30. juni 1972
1971/1130/0400-6 1. september 1972
1972/1130/0900-1 24. november 1972
1972/1201/0608-2 19. december 1972

1973

1973/101-3 4. januar 1973 (notat)
1973/12012/0408-1 14. februar 1973
1972/1130/1600-1 14. februar 1973
1972/1201/0306-2 7. marts 1973
1972/1201/0408-1 30. maj 1973

1974

1974/12012/0619-1 25. marts 1974
1974/12012/1412-1 29. marts 1974
1974/12012/1207-1 26. juni 1974

Indenrigsmin. afgørelser

1974/1130/0500-1 26. august 1974

1974/12012/1207-1 4. oktober 1974

1975

1974/12012/1203-1 10. februar 1975

1974/12012/1403-1 10. marts 1975

1974/1130/0900-1 9. juli 1975

1975/12012/0408-7 13. oktober 1975

1973/101-3 28. oktober 1975 (notat)

1975/12012/1400-5 18. december 1975

1976

1973/101-3 23. februar 1976 (notat)

1976/1131/1600-23 17. juni 1976

1975/12012/1604-1 17. juni 1976

1977

1976/12012/0400-2 20. januar 1977

1976/12012/1200-3 22. februar 1977

1976/1130/1000-2 17. marts 1977

1976/101-59 6. april 1977

1973/101-3 4. maj 1977

1976/1131/1600-2 6. september 1977

1977/12012/0404-2 27. oktober 1977

1978

1978/123/0607-1 17. marts 1978

1978/123/1609-1 21. marts 1978

1978/123/0502-1 29. marts 1978

1978/1131/1000-2 26. juni 1978

1978/123/1426-2 26. juni 1978

1978/123/1513-1 27. juni 1978

1977/123/0408-2 8. august 1978

1978/123/0402-2 15. december 1978

1978/123/1418-2 21. december 1978

1979

1978/123/1404-1 9. februar 1979

1979/1091-2 14. februar 1979 (nota)

1978/123/1418-2 19. marts 1979

1978/123/0502-1 10. april 1979

1978/1130/1600-5 10. april 1979

1979/123/1626-3 10. april 1979

1978/123/0502-1 28. juni 1979

1978/123/0502-1 1. oktober 1979

1980

1979/1130/0800-1 15. januar 1980

1979/123/1007-2 11. marts 1980

1979/1130/1000-3 13. marts 1980

1981

1980/1130/0600-10 5. februar 1981

1980/123/0803-1 5. marts 1981

1980/123/0500-4 10. marts 1981

1980/1130/1600-8 1. april 1981

1981/123/0618-6 17. december 1981

1982

1981/1130/1300-10 13. januar 1982

1982/1090-101 10. marts 1982

1982/123/1617-2 20. april 1982

1981/120/0100-3 19. juli 1982

1983

1982/1010-16 11. januar 1983

1981/120/0100-3 15. april 1983

1982/123/1617-2 23. juni 1983

1983/1040/0100-1 13. december 1983

1985

1984/1074/1616-1 4. november 1985

1983/1040/0100-1 29. november 1985

Stikordsregister

Administrative, engelsk teori, 101ff
Administrative funktioner, varetage-
se af som inhabilitetsgrund, 464ff
Advokat for kommunen, borgmester
som, 227f, 558, 607, 751
Adækvans, begreb, 156f
Afgørelsens karakter, 278ff
– generelle ctr. konkrete afgørel-
ser, 278
– principbeslutninger, 198
Afgørelsesfrihed, kommunalbestyrel-
sens, 700f
Afgørelsespligt, 291ff
– formalisering af, 304f
Afskedigelsessager, se personalesager
Almindeligt tilsyn, 671
Annulation af forvaltningsafgørelser,
alm. betingelser for, 646ff
Annulation af kommunale afgørelser,
betingelser for tilsynsmyndigheder-
ne, 671ff
– generelt væsentlighedskriterium,
707ff
– konkret væsentlighed som betin-
gelse for, 708ff
– opportunitet som grundlag for,
672, 762ff, 785ff
– på grund af formelle fejl, 677f
– virkning af, 656, 772ff
Ansættelsessager, se personalesager

Ansættelse, kommunal, 309ff, 442ff
– generelle habilitetskrav til kom-
munalt ansatte, 442ff
– som generel inhabilitetsgrund
for medlemskab af økonomiud-
valget, 477ff
– hierakisk placering i ansættelses-
sted/forvaltningsgren, betydning
af, 381, 466
– i overordnet stilling, 382f
– i sideordnet stilling, 387f
– i underordnet stilling, 383f
– specielle habilitetskrav, 309ff
Ansættelsessted, kommunalt, 379f
– kommunalt ansattes forhold til
personalesager, 378
– ansættelsessted som inhabilitets-
grund, 379f
Approbat, 672
Arbejds- og lønforhold, 340f, 366ff

Bedømmelseelement, begreb, 156
Bedømmelsesgrundlag, begreb, 156
Begrundelsespligt, 747f
Begunstigende afgørelser, 644
Betalingsvedtægter, inhabilitet ved
spørgsmål om, 296f, 709f
Bevisbyrdeforskydning, 774ff
Bias, begreb, 163

Stikord

Bindende udtalelser, tilsynsrådets, 699

Borgernes retsstilling, habilitetskrav ved afgørelser om, 278f

Borgmesters habilitet, 218ff, 507, 558, 595ff

- som advokat for kommunen, 218ff, 607, 751f
- ved medlemskab af en bestyrelse i en erhvervsfond, 185ff, 222, 237, 262, 285

Bureaukrati, begreb 26f

Daginstitutionsleders inhabilitet som medlem af socialt udvalg, 505f

Dagplejeleders inhabilitet ved behandling af sociale udbygningsplaner, 320, 416ff

Delegation af afgørelseskompetence, se kompetencedelegation

Detournement de pouvoir, se magtfordrejning

Dispensation fra gældende ret, tilsynsmyndighedernes adgang til, 692ff

Dobbeltroller, 218ff

Dommerideologi, 80f

Domstolenes forhold til tilsynsmyndigheder og kommunalbestyrelser, 802ff

Domstolskontrol, adgang til prøvelse af forvaltningsafgørelser materielle rigtighed, 653f

- tilsynsmyndighedernes forhold til, 797ff

Domstolsprøvelse af magtfordrejning, 777ff

Efterfølgende retlig kontrol, 639

Egentlige retsmidler, forudsætning for anvendelse af, 696

Ejendomshandlers habilitet, 385ff, 554f, 557, 558, 569, 598f

Embedskumulering, 36, 40

Erhvervs- og udviklingsselskab, kommunalbestyrelsesmedlems engagement i, 185ff

Fabriksinspektør som formand for miljøudvalget, 698

Fagpolitiske interesser, 407

Faktum, oplysning af, 757ff

- tilsynsmyndighedens råden over midler til oplysning af, 757ff
- tilsynsmyndighedernes prøvelse af, 750ff

Familiemæssige forhold som grundlag for inhabilitet, 394ff, 481ff

Fejl, formelle som betingelse for annulation, 642ff

Folketingsmedlemmer, habilitetskrav til, 77

Formalisering af bedømmelsesgrundlaget, 321, 324

Formandshverv i udvalg, 683

Formel kompetence i habilitetssager, 106, 681

Formelle mangler, bedømmelse af, 647, 656f, 667ff

- som prøvelsens påskud eller egentlige genstand, 656ff

Formidlede/uformidlede interesser, 230ff

»Forvaltningsgren«, ansættelse i som inhabilitetsgrund, 315f, 331f, 379f

Forvaltningslov, 105ff

Garantiforskrifter, 650

Garantihensyn, begreb, 135, 445

Generel habilitet, begreb, 20, 432

Generel/speciel habilitet, forholdet mellem, 442f, 513f, 553ff, 576

Generelle habilitetskrav til kommunalbestyrelsesmedlemmer i fremmed ret, 433ff

Generelle habilitetskrav

- afgrænsning på grundlag af ansættelsesforhold, 499ff
- afgrænsning på grundlag af udvalgets kompetence, 503ff

Generel inhabilitet

- kommunal ansættelse som årsag til, 442ff
- som borgmester, 507ff
- som medlem af økonomiudvalget, 477ff
- subjektivt udvist forhold som grundlag for, 611ff
- tilknytning uden for kommunalt regie som årsag til, 512
- privatøkonomiske interesser, 542ff
- ægteskab med kommunalt ansat som årsag til, 481f

Generel normering, begreb, 158ff

Generel prøvelse som udtryk for kontrollens rækkevidde, 642ff

Generelt væsentlighedskriterium, begreb, 651f

- forholdet til retssikkerhedshenynet, 669f

Generel væsentlighedsvurdering, 651ff

Habilitetsafgørelse, begreb, 156

Habilitetskrav, forholdet til neutralitet og upartiskhed, 74ff

- retskildegrundlag, 105ff, 792

Habilitetskravenes objektive og subjektive karakter, 611ff

Habilitetssag, begreb, 156

Havneudvalgsmedlem, 559f, 571

»Helsingesagen«, 546ff, 584ff, 591ff, 621ff

Hensigt som prøvelsens genstand i domspraksis, 766ff

Hensynsbegrebet, 719f

Identitetskontrol, 652ff

Individualisering/kumulering ved interessevurdering, 282f

Initiativpligt, 291ff

Intensitet, begreb, 157

Interesse, begreb, 162

- formidlet/uformidlet, 169, 227
- særlig/almen, 211ff
- tidsmæssig placering af, 179f
- tilknytning, graden af, 166ff

Interessens materielle karakter, 238ff

- omfang, 267ff

Interessevurdering, konkret, 161

Judicial, engelsk teori, 101ff

Judicialisering, begreb, 92

Klarhed, 672ff

- betingelse for annulation, 672ff
- forholdet til jus, 674
- forholdet til faktum, 750ff

Kommunale ansættelsesforhold, se kommunal ansættelse

Kommunalfuldmagten, begreb, 88

Kommunens indre styre, grundsætningen om magtfordrejning, 743ff

Kompetencedelegation, 746

Kompetencefordeling ved afgørelse af habilitetsspørgsmål, 671ff

Konkret prøvelse som udtryk for kontrollens rækkevidde, 642f

Konkret retshåndhævelse, 695ff

Konkret væsentlighedsvurdering, begreb, 646, 651ff

- forholdet til domstolskontrol, 658ff
- genstanden for, 647ff, 721ff, 766ff
- sammenhæng med materiel prøvelse, 651ff, 721ff, 766ff

Kontrol, begreb, 638f

Kontrolintensitet, begreb, 642ff

Kumulation/individualisering, 282f

Stikord

Lighedsgrundsætninger, brud på, 39

Lokalt selvstyre, begreb, 33ff

Loyalitetshensyn, 333ff

Magtfordrejning, begreb, 719f

- afgørelser vedrørende kommunens indre styre, 743ff
- nyere dansk teori, 767
- ældre dansk teori, 766

Magtfordrejningsteorilæren, nyere, kritik af, 766ff

Magtfordrejningsprøvelse

- domstolenes, 777ff
- tilsynsmyndighedernes, 726ff

Manglens grovhed som substitut for væsentlighedsvurderingen, 677ff

Maskeskift, 218ff

Modhensyn, begreb, 151

- som grundlag for habilitetsbedømmelsen, 447ff

Motiverende interesse, begreb, 162ff

Neutralitet, begreb, 74ff

Oplysningspligt, 291ff

- formalisering af, 304ff
- habilitetskravenes afgrænsning i sammenhæng med, 295ff

Partiskhed, begreb, 74ff

Patrimonial styreform, 37

Personalesager, kommunalt ansattes habilitet i, 378ff

Personlig interesse, begreb, 162ff

Primær afgørelse, begreb, 156ff

Principbeslutninger, se sagsbehandlings stadier

Privatøkonomiske interesser, 542ff

- generelle habilitetskrav, 542ff
- specielle habilitetskrav, 162

Processuel skadevirkning, 761ff

Præmisbedømmelse, konkret/generel (abstrakt), 642ff

Prøvelse, karakter af generel normering eller konkret retshåndhævelse, 695ff

Prøvelsesintensitet, begreb, 639

Reaktionsmuligheder, tilsynsmyndighedernes, 671ff, 695, 785ff

Reguleringsintensitet, begreb, 157

Ressortmyndighed, tilsynsmyndighederne som, 726, 764

Retlig kontrol, begreb, 638, 672, 785

Retsanvendende myndigheder, forholdet mellem, 797ff

Retshåndhævelsesorienteret kontrol, 645f

Retsplejebegrundede habilitetskrav, 25ff

Retssikkerhed, begreb, 90

- i snæver forstand, 93f
- i vid forstand, 93f

»Retstab«, begreb, 773f

Retsstat, begreb, 27, 90

Sagsbehandlings stadier, 193ff

Sagsforberedelse, deltagelse i, se tilknytningsforholdets art og grad

Samlivsforhold, inhabilitet ved, 394ff, 481ff, 535ff

Sandsynlighedsvurdering, 171ff

Speciel habilitet, begreb, 20

Speciel habilitet/generel habilitet, forholdet mellem, 442ff, 513f, 553ff, 576

Specielle habilitetskrav som grundlag for bedømmelsen af generel habilitet, 414ff, 432, 442f, 551ff

Stiltiende kommunalbestyrelsesafgørelser, begreb, 703

Strukturbegrebet, 312

- betydning for bedømmelsen af ikke-struktursager, 322ff
- dominans i bedømmelsesgrundlaget, 320ff

Styringsorienteret kontrol, 645f
Subjektive forholds betydning ved bedømmelsen af generel habilitet, 611ff
»Særlige omstændigheder« som betingelse for annulation, 644f

Teknisk/administrative hensyn, 436, 445
Tilknytningsforhold, begreb, 162ff
Tilknytningsforholdets art og grad, 166ff
Tillidshensyn, begreb og indhold, 136, 445, 551f
 – grundlaget for, 144, 445
 – som grundlag for inhabilitet, 140ff
Tilsynsråd, 671
»Toinstans-inhabilitet«, 70
Tvangsbøder, 671

Udvalg, forhold til de generelle habilitetskrav, 432ff, 542ff
 – privatøkonomiske interesser, 542ff
 – kommunal ansættelse, 442ff

Udvalg, forholdet til de specielle habilitetskrav, 414ff
Uforbindende udtalelser, tilsynsmyndighedernes, 695, 698ff
Ugyldighed, begreb, 740
Ulovlige kriterier, se magtfordrejning
Upartiskhed, begreb, 740
Ulovlige kriterier, se magtfordrejning
Upartiskhed, begreb, 74ff
Usaglige hensyn, 718ff
 – legitimering af, 743
 – prøvelse af, 739, 743

»Villo Sigurdsson-sagen«, 733ff
Væsentlighed, begreb, 646ff
 – inhabilitetens, praksis med hensyn til, 705ff
 – usaglige hensyn, 721ff, 766ff

Ægteskab med kommunalt ansat, 394ff, 481ff, 535ff

Økonomiudvalg, kommunalt ansattes generelle inhabilitet, 477ff
 – privatøkonomiske interesser, 621ff

Summary

This doctoral thesis analyzes the rules and regulations regarding bias and conflicts of interest for members of local government and considers the abuse of discretion standards as they are applied to these local government problems including the review of these standards by the supervising authorities.

The thesis is divided into four main sections. The first section begins with a chapter on the historical aspects of conflict of interest and bias regulation (chap. I). These rules are derived from judicial procedure. Consequently, the traditional principles of impartiality are usually expressed as if directed towards the court as, for example: *nemo iudex in re sua* (no man a judge in his own case). The principle that a judge should be neutral and un-biased in a dispute between two equal parties is obvious.

Those modern requirements that exceed the classic demand for a judicial type of impartiality are closely connected to the bureaucratization of public power. This theory is elaborated in chapter II, which examines the material conditions that characterize the emergence of the ideal of neutrality and impartiality and the application of this ideal to various categories of authorities and decisions.

This development of administrative regulations from judicial rules is closely connected with the development of concepts of due process which are discussed in chapter III. The problem of the antagonism of local governments toward the application of these judicially inspired regulations is also examined.

Chapter IV gives a general outline of the character and contents of the legal sources, including the relationship between unwritten and written law. It examines the possibility and expediency of establishing a legal

source – like the Administration Act – that would be applicable to the entire administration and that would alledge to be exhaustive at the same time.

Finally, at the end of the first section, chapter V deals with the basic policy considerations behind the impartiality standards, i.e. 1) preventing influence from improper interests, 2) maintaining the citizens' confidence in public authorities, 3) ensuring that certain parts of the population or professional groups are not prevented from participating in local government. The substance of each of these policy considerations and their interactions in delineating current standards are described and analyzed.

The second section of the thesis contains two chapters on rules regulation specific conflicts of interest and bias ("The specific-conflicts rules"). Where the conflicts of interest are limited, a member of local government would only be disqualified from participating in discussion or voting on a particular matter, but would otherwise be able to participate in government functions without restrictions. These limited conflicts of interest may arise in two types of situations. The first chapter (VI) deals with the rules involving conflicting private economic interests of a local government member. The second chapter (VII) deals with the regulation of those conflicts which derive from the municipal employment of a member of local government. Both situations are regulated mainly on the basis of unwritten law.

In practice, the decisions of the supervising authorities have applied widely divergent standards to cases involving conflicts of interest or bias in the local governments. The differences reflect both different stages of a general development as well as different views of legal and/or development trends. This uncertainty in the law is emphasized by the constant references of the authorities to the limited scope of each decision – even in cases where the decision is in fact the result of a lengthy legal development. In addition, each component of the decision making process is invariably described in stereotypical and nearly impenetrable terminology.

This examination of actual practice gives the impression that there is a severe tension between, on the one hand, a view of law that supports the traditional goal of preventing private financial interests from influencing local government decisionmaking and, on the other hand, a view of law that favors abolishing the restrictions against mixing public administration and private business interests.

Summary

As far as the standards for municipally employed members of local government are concerned, there is a judicial tendency to weaken existing precedent. This could potentially eliminate the local government's defenses against unauthorized influence from the local administration by contravening the ideology of the separation of powers in local government. If these standards should continue to be eroded, the rules concerning municipal employment could become subsumed in those concerning private economic interests. The determinative question would then be – for both types of requirements – whether there are conflicting connections of a *private* or personal nature or whether the connections are of a general or political character.

The following two chapters in the third section examine with the rules regulating general conflicts of interest ("the general rules") in the same two types of situations, i.e. municipal employment (VIII) and private economic interests (IX).

While the specific-conflicts rules discussed above deal with a local government members' disqualification in a particular case or decision, the general rules deal with situations in which a member of local government might be disqualified from being a member of certain local government committees at all.

Traditionally the general rules have been applied to prevent the same or same type conflicts of interest and bias which are prohibited under the specific-conflicts rules. But, whereas the aim of the specific-conflicts rules is to prevent an actual conflict of interest, the general rules should also attempt to prevent potential conflicts of interest, which could similarly create a risk of improper influence or the misuse of public office. The general rules should not necessarily be restricted to establishing standards for competency, however.

In addition to disqualifying a government member where a *manifest* conflict exists, these rules should also regulate *latent* conflicts of interest, i.e. those which do not involve any existing conflict but which nevertheless entail a risk of speculation on municipal interests or information. This broader application of the general rules seems to be a major cause of the inconsistent use of these rules in cases involving private financial interests (chapter IX).

The general rules regarding the municipal employment of local government members (chapter VIII) are set out in art. 29 of The Local

Government Act. This Act sought to establish a clear and simple principle: "no one employed by the local government may be a member of a permanent committee administering his official activity". In enunciating this standard the Ministry of Home Affairs sought to clarify as well as to strengthen the applicable law on this question. During the early years of the Act, however, the principle was not applied in accordance with its terms. To a large degree, the Ministry of Home Affairs accepted, and itself pronounced, decisions which were inconsistent with the Act. Later, however, it was decided that the principle should be maintained as the main rule, and art. 29, sections 3 and 4 were added in order to modify the standards in regard to the disqualification of a member of the Committee on Economic Affairs and, more generally, the standards for disqualification by reason of marriage. These two new sections added further complexity and imprecision to the rule of art. 29, section 2 mentioned above.

The fourth and last section of this thesis concerns compliance with the legal standards in question. Chapter X introduces some overall characteristics of the legal review and various terms and concepts concerning the grounds, extent and scope of that review.

Chapter XI deals with the extent and character of the supervising authorities' legal control over the standards dealt with in chapter VI-IX. Following a general exposition of the remedies available to the supervising authorities, the chapter contains a few paragraphs on their actual administration of the legal review process.

The succeeding chapter (XII) deals with similar questions in cases concerning the abuse of discretionary power by local government. The supervising authorities' examination of the facts in cases concerning bias and abuse of discretion is treated separately (XIII).

An evaluation of existing practices leads to the conclusion that the supervising authorities have expanded their discretionary powers to a very large degree in determining the range and the result of the legal reviews. This broad discretionary authority is applied both in cases requiring strict legal scrutiny and in those in which administrative restraint would be more appropriate. On the grounds of the Ministry of Home Affairs' practice, one gets the impression that there are in fact no limits on how "flexibly" the observance of the law may be enforced.

While it is taught that "clear legal error" below is required for the

Summary

supervising authorities to impose sanctions, this formulation of the standard is currently utilized by those authorities to merely expand their area of discretion in imposing or withholding such sanctions.

The following chapter (XIV) is a digression in which the current judicial doctrine on abuse of discretion is criticized. Although this chapter mainly concerns theory and practice in *judicial* review – the same considerations seems to be of fundamental as well as practical importance to the nature of the supervising authorities' legal review in general and their examination of abuse of discretion in particular.

This chapter demonstrates the desirability and the possibility of re-establishing the classical doctrine's concentration on the propriety of the subjective intent of an administrative authority, particularly that of a local government. This examination is not intended to be an alternative but a supplement to an examination of the objective legality of an administrative or local government decision.

The last chapter (XV) concerns the way the structural setting determines the supervision of local government. This examination considers, first of all, the structure of the supervising system itself; the jurisdiction of the supervising authorities; the distinctions between judicial and administrative control; the relationships within the supervising administrative system; and the relations between the supervising authorities and local government. But factors of more indirect significance are also involved, including the relationship between the supervising authorities and the courts. The complicated interactions of connections and relations leads to some basic considerations on the sources of the law. The chapter – and the thesis – conclude with some normative considerations and a critique of the present legal order.