

STJÓRN MÁL
OG STJÓRNSÝSLA
VEFTÍMARIT

Ólögbundin verkefni sveitarfélaga

Trausti Fannar Valsson
lögfræðingur

2. tbl. 3. árg. 2007
Fræðigreinar

Útdráttur

Greinin fjallar um heimild sveitarfélaga til að sinna ólögbundnum sameiginlegum velferðarmálum íbúa sinna, sbr. 2. og 3. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga, nr. 45/1998. Tilgangur greinarinnar er ekki sá að gefa einblít svör um svigrúm sveitarfélaga að þessu leyti. Tilgangurinn er fremur að benda á aðferð, draga fram ákveðin sjónarmið, sem beitt verður við nánari afmörkun heimildarinnar.

Í greininni er í fyrstu vikið stuttlega að þeim skilyrðum sem ólögbundin verkefni sveitarfélaga þurfa að fullnægja til að geta fallið innan umræddrar heimildar. Endanlegar niðurstöður í því efni eru þó ekki settar fram. Meginefni greinarinnar felur í sér umfjöllun um þær takmarkanir sem heimildin sætir og leiðir af öðrum lagaákvæðum og grundvallarreglum í stjórnisýslurétti en 7. gr. sveitarstjórnarlaga.

Af lögætisreglu stjórnisýsluréttar leiðir að heimild sveitarfélaga til rækslu ólögbundinna verkefna verður ekki beitt til töku ákvarðana sem eru með beinum hætti til þess fallnar að íþyngja borgurunum. Á hinn bóginn leiðir sjálfstætt fjárstjórnarvald sveitarfélaga til þess að það er raunhæft álitæfni í sveitarstjórnarrétti hvaða heimildir sveitarfélög hafa til töku ívilnandi ákvarðana og athafna án beinna lagaheimilda. Heimildin sætir mikilvægum takmörkunum vegna jafnræðisreglu stjórnisýsluréttarins. Sveitarfélögunum er skylt að gæta jafnræðis íbúa sinna, til að mynda við framkvæmd ólögbundinnar þjónustustarfsemi. Reglur sveitarstjórnarlaga um forsvaranlega meðferð fjármuna fela einnig í sér takmarkanir á heimildum sveitarfélaga til að taka upp ólögbundin verkefni. Vegna þeirra reglna og annarra atriða eru verulega takmarkaðir möguleikar sveitarfélaga til að leggja fjármuni í verkefni eða rekstur sem í felst fjárhagsleg áhætta.

1. Inngangur

1.1. Viðfangsefni greinarinnar

Samkvæmt 2. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga, nr. 45/1998 (svsl.), skulu sveitarfélög vinna að sameiginlegum velferðarmálum íbúa sinna eftir því sem fært þykir á hverjum tíma. Í 3. mgr. sömu greinar segir enn fremur að sveitarfélögum sé heimilt að taka að sér hvert það verkefni sem ekki er falið öðrum til úrlausnar að lögum. Í þessum málsgreinum, ekki síst þeirri síðarnefndu, felst almenn heimild sveitarfélaga til að taka upp og sinna verkefnum sem varða hag íbúa þeirra án þess að um útfærslu viðkomandi verkefnis hafi verið settar sérstakar reglur af hálfu hins almenna löggjafa. Með vísan til þess, þ.e. að um framkvæmd umræddra verkefna gilda almennt ekki ákvæði tiltekinna sérlaga, verða verkefni sem falla undir þessa almennu heimild hér nefnd ólögbundin verkefni sveitarfélaga. Lögbundin verkefni sveitarfélaga teljast á hinn bóginn þau verkefni sem sveitarfélögunum hefur með sérlögum verið falið að sinna eða, eftir atvikum, veitt heimild til að sinna.¹ Aðeins lítill hluti þeirra verkefna sem sveitarfélögin hafa með höndum fellur í flokk

1 Í norrænum rétti er algengt að verkefni sveitarfélaga séu flokkuð með þessum hætti, þ.e. í lögbundin verkefni annars vegar og ólögbundin verkefni hins vegar (Christensen 1997, 270-272; Garde og Revsbech 2005, 1; Overå og Bernt 1997, 11 og Bohlin 2003, 81-82).

Stjórnmál og stjórnsýsla veftímarit (fræðigreinar)

ólögbundinna verkefna samkvæmt framangreindu. Eigi að síður eru þau áhugavert umfjöllunarefni, ekki síst þegar haft er í huga að almennt er í íslenskum stjórnsýslurétti gengið út frá því að stjórnsýslan sé lögbundin (forsætisráðuneytið 1999, 17-20). Sömuleiðis verður að hafa í huga að almenn heimild sveitarfélaga til rækslu ólögbundinna verkefna er nátengd sjálfstæðum fjárhag og fjárveitingarvaldi sveitarfélaganna (Gammeltoft-Hansen 1999, 37).

Tilgangur þessarar greinar er að varpa vissu ljósi á heimild sveitarfélaga til rækslu ólögbundinna verkefna. Eðli máls samkvæmt verður hér þó aðeins vikið að nokkrum þeirra þátta sem máli skipta við þá umfjöllun.

1.2. Heimildir og réttarframkvæmd

Íslenskir lögfræðingar hafa í seinni tíð ekki lagt sig sérstaklega eftir því að rannsaka sveitarstjórnarrétt (sjá þó Birgi Tjörva Pétursson 1999; Jóhann Tómas Sigurðsson 2000; Sesselju Árnadóttur 2007 og Berglindi Báru Sigurjónsdóttur 2007). Dómaframkvæmd, úrskurðir og álit íslenskra eftirlitsstjórnvalda um efnið eru af skornum skammti, a.m.k. um þá þætti sem lúta sérstaklega að ólögbundnum verkefnum sveitarfélaga. Af þessari ástæðu hefur við ritun þessarar greinar verið stuðst allnokkuð við danskar heimildir, og eftir atvikum aðrar norrænar heimildir. Sterk rök eru fyrir því að sækja í danskan rétt dæmi og umfjöllun til skýringar á reglum íslensks sveitarstjórnarréttar, þótt vitaskuld verði ekki dregnar beinar ályktanir um íslenskan rétt af skrifum danskra fræðimanna eða dæmum úr danskri réttarframkvæmd.

Sveitarstjórn hefur, a.m.k. í einhverri mynd, verið til á Íslandi nánast allt frá upphafi byggðar. Ekki er vitað með vissu hvenær hreppar voru fyrst stofnaðir hér á landi en tíundarlögin sem líklega voru sett á árunum 1096-1098 eru skýr vísbending um að á þeim tíma hafi hreppaskipanin þegar verið nokkuð mótuð enda var hreppunum falin innheimta og skipting tíundarinnar (Lýður Björnsson 1972, 11-13). Núgildandi sveitarstjórnarlöggjöf á hins vegar uppruna í dönskum rétti. Fyrstu lögin sem svipar til þeirra laga sem nú gilda um sveitarfélög voru sett með tilskipun um sveitarstjórn á Íslandi, sem gefin var út 4. maí 1872, þótt ýmsar grundvallarbreytingar á sveitarstjórnarlögum hafi vissulega verið gerðar frá þeim tíma. Þessi tilskipun var m.a. sett að danskri fyrirmynd (Tíðindi frá alþingi Íslendinga 1871, síðari þáttur, 56). Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum, á sér einnig danska fyrirmynd og 1. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 1. mgr. 16. gr. stjórnarskipunarlaga, nr. 97/1995, er t.d. nánast samhljóða 82. gr. dönsku grundvallarlaganna. Síðast en ekki síst voru stjórnsýslulögin, nr. 37/1993, sett að danskri fyrirmynd (Alþt. 1992-1993, A-deild, 3281).

1.3. Efnistöð

Í grein þessari er í fyrstu vikið stuttlega að heimild sveitarfélaga til að taka upp ný verkefni á grundvelli 2. og 3. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga, nr. 45/1998 (kaflí 2). Sú umfjöllun mætti að ósekju vera lengri og ítarlegri. Í grein sem þessari eru þó engin tæk á að tæma svo viðamikil umfjöllunarefni og er því hér valin sú leið að fjalla ítarlegar um þær takmarkanir sem heimildin sætir og leiðir af öðrum

Stjórnsmál og stjórnsýsla vefþimarit (fræðigreinar)

lagaákvæðum og grundvallarreglum en 7. gr. svsl. sjálfra (kafla 3).² Rétt er að taka fram að tilgangur þessarar greinar er ekki að gefa einhlít svör um það hversu vítt svigrúm sveitarfélaganna endanlega er til rækslu ólögbundinna verkefna. Tilgangurinn er fremur sá að benda á aðferð, draga fram ákveðin sjónarmið, sem beitt verður við nánari afmörkun umræddrar heimildar.

2. Skýring 2. og 3. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga

2.1. Inngangur

Sveitarstjórnarlög, nr. 45/1998, marka starfsemi sveitarfélaga ákveðinn ramma. Þar er að finna ýmsar mikilvægar reglur um stjórnun og starfsemi sveitarfélaga sem ekki aðeins lúta að málsmeðferð og uppbyggingu á stjórnsýslu þeirra og ákvörðunartöku heldur einnig að efnislegum valdheimildum þeirra. Eitt mikilvægasta ákvæði laganna, 7. gr., fjallar um almennar skyldur sveitarfélaga. Fyrstu þrjár málsgreinar ákvæðisins hljóða svo:

Skylt er sveitarfélögum að annast þau verkefni sem þeim eru falin í lögum. Sveitarfélög skulu vinna að sameiginlegum velferðarmálum íbúanna eftir því sem fært þykir á hverjum tíma.

Sveitarfélög geta tekið að sér hvert það verkefni sem varðar íbúa þeirra, enda sé það ekki falið öðrum til úrlausnar að lögum.

Ofangreindar málsgreinar eru athyglisverðar. Áherslan er lögð á þá skyldu sveitarfélaga að sinna verkefnum sem þeim eru falin í lögum en einnig leiðir af ákvæðinu að sveitarfélögum er heimilt í vissum tilvikum að taka að sér verkefni sem ekki hefur verið sérstaklega fjallað um í löggjöf. Þetta síðarnefnda kemur skýrast fram í 3. mgr. ákvæðisins þar sem segir að sveitarfélög geti tekið að sér hvert það verkefni sem varðar íbúa þeirra enda sé það ekki falið öðrum til úrlausnar að lögum.

2.2. Uppruni 2. og 3. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga

Gildandi sveitarstjórnarlög eiga rætur að rekja til tilskipunar um sveitarstjórn á Íslandi, 4. maí 1872. Í þeirri tilskipun kom ekki með beinum hætti fram heimild fyrir sveitarfélög til að taka að sér ólögbundin verkefni. Slíka heimild var heldur ekki að finna í sveitarstjórnarlögum, nr. 7/1905, eða sveitarstjórnarlögum, nr. 12/1927. Greinarmunur var í fyrsta sinn gerður á ólögbundnum og lögbundnum verkefnum sveitarfélaga í 10. gr. sveitarstjórnarlaga, nr. 58/1961. Kom fram í A-lið ákvæðisins að sveitarfélagi væri skylt að annast þau hlutverk sem því væru falin í lögum eða á annan löglegan hátt. Síðan voru talin upp nokkur lögbundin verk-

2 Grein þessi er að miklu leyti byggð á kafla úr óbirtri lokaritgerð höfundar frá lagadeild Háskóla Íslands. Þá vinnur höfundur að doktorsverkefni um ólögbundin verkefni sveitarfélaga við deildina. Í niðurstöðum þess verður gerð ítarlegri grein fyrir ýmsum af þeim atriðum sem vikið er að í þessari grein.

Stjórnmal og stjórnsýsla veftímarit (fræðigreinar)

efni sveitarfélaga á Íslandi. Í B-lið ákvæðisins sagði að hlutverk sveitarfélaga væri enn fremur að vinna að sameiginlegum velferðarmálum meðlima sinna. Voru síðan talin upp nokkur verkefni af því tagi, m.a. vegagerð, gatnagerð, holræsagerð, hafnargerð, vatnsveituframkvæmdir, hitaveituframkvæmdir, leikvallagerð, íþróttavallagerð o.fl. og enn fremur ráðstafanir til þess að koma í veg fyrir almennt atvinnuleysi eða bjargarskort eftir því sem fært væri á hverjum tíma.

Ekki er mikla leiðbeiningu að fá af lögskýringargögnum með frumvarpi því sem síðan varð að sveitarstjórnarlögum, nr. 58/1961. Í athugasemdum sem því fylgdu segir í raun aðeins að með umræddu ákvæði væri lagt til að greinarmunur væri gerður á þeim störfum sveitarfélaga sem bundin væru lagaákvæðum og öðrum störfum þeirra (Alþt. 1960, B-deild, 1209).

Lög nr. 8/1986 leystu lög nr. 58/1961 af hólmi. Ákvæði 6. gr. þeirra laga samsvarar 10. gr. laganna frá 1961 en er nokkru ítarlegra. Fyrstu þrjár málsgreinar ákvæðisins eru samhljóða fyrstu þremur málsgreinum 7. gr. gildandi sveitarstjórnarlaga en einnig var í ákvæðinu að finna upptalningu á helstu verkefnum sveitarfélaga. Var sú upptalning almennt orðuð og ekki tæmandi. Meðal verkefna sem nefnd voru má nefna félagsmál, skipulags- og byggingarmál, menningarmál, íþróttir og útiveru og ráðstafanir til þess að koma í veg fyrir almennt atvinnuleysi og bjargarskort.

Almennt má segja að í lögskýringargögnum sem til hafa orðið vegna setningar umræddra laga sé litlar eða engar leiðbeiningar að finna um skýringu á þeirri heimild sem felst í 2. og 3. mgr. 7. gr. gildandi svsl., nr. 45/1998. Af upptalningu í 10. gr. laga nr. 58/1961 og 6. gr. laga nr. 8/1986 á ólögbundnum verkefnum sveitarfélaganna má þó draga þá ályktun að heimild sveitarfélaga til að taka að sér ólögbundin verkefni sé samkvæmt orðalagi 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. takmörkuð við þau verkefni sem varða sameiginlega hagsmuni íbúa í sveitarfélagi. Virðist þannig hafa verið miðað við að um væri að ræða starfsemi sem almennt væri æskileg í samfélaginu, s.s. uppbygging íþróttavalla eða leikvalla, stuðningur við menningar- og félagsmál eða starfsemi sem taldist almennt nauðsynleg en var þess eðlis að einkaaðilar áttu erfitt með að hasla sér völl á viðkomandi sviði, s.s. gerð og rekstur hitaveitu, vatnsveitu, holræsagerð o.þ.u.l. Verður reyndar að hafa í huga að 1961, þegar umrædd aðgreining lögbundinna og ólögbundinna verkefna kom fyrst með skýrum hætti fram í sveitarstjórnarlögum, höfðu verið sett sérlög um flest síðarnefndu verkefnanna, þ.e. um veitustarfsemi. Á hinn bóginn var það svið ekki að öllu lögfest á þeim tíma er sveitarfélögin fyrst tóku slík verkefni upp. Þá skal áréttað í þessu samhengi að bæði í 10. gr. laga nr. 58/1961 og 6. gr. laga nr. 8/1986 var talað um að undir ólögbundin verkefni sveitarfélaga féllu ráðstafanir til þess að koma í veg fyrir almennt atvinnuleysi eða bjargarskort eftir því sem fært þætti á hverjum tíma.

2.3. Inntak skilyrðisins um sameiginlega hagsmuni íbúa sveitarfélags

Það skilyrði að verkefni skuli varða sameiginlega hagsmuni íbúa sveitarfélags er þess eðlis að það breytist í takt við þjóðfélagsþróun. Í skilyrðinu felst að verkefnið verður að gagnast íbúum sveitarfélagsins almennt, en ekki aðeins hluta sveitarfélagsins. Einnig þarf að vera um að ræða raunverulega þörf á því að verkefni

Stjórnmal og stjórnsýsla veftimarit (fræðigreinar)

sé sinnt. Annað myndi almennt ekki þjóna hagsmunum íbúanna. Að þessu leyti felur heimild sveitarstjórnarlaga fyrir sveitarfélög til að taka að sér ólögbundin verkefni í sér vísireglu sem breytist í takt við ytri aðstæður. (Sjá um vísireglur í lögfræði m.a. Gauk Jörundsson 1969, 43-45.) Heimild sveitarfélaga til að gera ráðstafanir til að koma í veg fyrir almennt atvinnuleysi eða bjargarskort í sveitarfélagi er á vissan hátt gott dæmi um það. Fyrr á tímum voru sveitarfélög minni og aðgangur að fjármagni hjá lánastofnunum, t.d. til að stuðla að atvinnuuppbyggingu sem bætt gæti lífskjör í sveitarfélagi, ekki jafnaðveldur og í dag. Má ætla að við slíkar aðstæður hafi verið auðveldara að rökstyðja að skilyrðum um almennt atvinnuleysi eða almennan bjargarskort hafi verið fullnægt heldur en nú myndi vera. Sveitarfélög eru nú almennt stærri þannig að þótt eitt fyrirtæki lendi í rekstrarerfiðleikum leiðir það sjaldan til almenns atvinnuleysis eða bjargarskorts í sveitarfélaginu, þótt ekki verði það útilokað (sjá til hliðsjónar Gammeltoft-Hansen o.fl. 2002, 697). Aðgangur að fjármagni er auðveldari en áður fyrr og því minni þörf á því að sveitarfélag komi til aðstoðar þótt á móti blási í atvinnulífínu. Orðalag ákvæðisins um almennt atvinnuleysi eða almennan bjargarskort er einnig þess eðlis að heimildin verður samkvæmt orðanna hljóðan ekki skýrð mjög rúmt. Nefna má einnig að samkeppnislög hafa nú töluverða þýðingu á þessu sviði og geta leitt til þess að stuðningur við atvinnustarfsemi sem sveitarfélagi væri annars heimill samkvæmt sveitarstjórnarlögum sé óheimill.

Sem dæmi um mál þar sem félagsmálaráðuneytið minnst á það stefnumið sem kemur fram í 7. gr. sveitarstjórnarlaga, nr. 45/1998, að sveitarfélög skuli vinna að sameiginlegum velferðarmálum íbúanna má nefna *ÚFS³ frá 26. ágúst 1994 (greiðslumarkssúthlutun í Broddaneshreppi)*. Atvik voru með þeim hætti að Broddaneshreppur keypti greiðslumark í sauðfé og úthlutaði til sauðfjárbænda í hreppnum eftir tilteknum viðmiðum sem hreppsnefndin kom sér saman um. Félagsmálaráðuneytið taldi þessa aðgerð heimila og vísaði m.a. til þess að sveitarfélögum teldist heimilt að stuðla að bættum hag íbúanna með ýmsum aðgerðum. Birgir Tjörvi Pétursson lögfræðingur (1999, 30-31) hefur sett fram gagnrýni á umræddan úrskurð. Má taka undir gagnrýni hans að því marki að telja verður að þessi aðgerð sveitarfélagsins hafi verið á gráu svæði um það hvort hún fullnægði því skilyrði að vera sameiginlegt velferðarmál íbúa sveitarfélagsins. Sé á hinn bóginn litið til þess að sauðfjárbúskapur var mjög mikilvæg atvinnugrein í sveitarfélaginu og að styrknunum var útdeilt á jafnræðisgrundvelli telur höfundur þessarar greinar þó ekki tilefni til að fullyrða að niðurstaða félagsmálaráðuneytisins í þessu máli hafi verið andstæð sveitarstjórnarlögum. Hins vegar getur aðgerð af þessu tagi væntanlega brotið gegn samkeppnislögum, sbr. nú lög nr. 44/2005.

Álit samkeppnisráðs nr. 2/1997 frá 2. júlí 1997 (styrkur Svínavatnsbreypps til greiðslumarksskaupa). Samkeppnisráð komst að þeirri niðurstöðu að sú ráð-

3 Skammstöfunin ÚFS stendur fyrir úrskurður félagsmálaráðuneytisins. Skammstöfunin ÁFS vísar hins vegar til álits sama ráðuneytis.

Stjórnmal og stjórnsýsla vef tímarit (fræðigreinar)

stöfun Svínavatnshrepps að styrkja kaup sauðfjárbænda á greiðslumarki væri ekki lögmæt, enda röskuðu staðbundnir styrkir af þessu tagi samkeppnisstöðu bænda sem bjuggu í öðrum sveitarfélögum.

Gagnrýni Birgis Tjörva beindist einnig að þeim rökstuðningi sem fram kemur í áður nefndum úrskurði félagsmálaráðuneytisins, *ÚFS frá 26. ágúst 1994*, að „félagsmálaráðuneytið [hafi] ekki talið ástæðu til að gera athugasemdir við styrkveitingar sveitarfélaga til einstakra verkefna, svo fremi sem sveitarfélögin [sinni] lögbundnum verkefnum“ (Birgir Tjörvi Pétursson 1999, 30-31). Undir þessa gagnrýni má taka Sambærilegt orðalag má finna í fleiri álitum og úrskurðum ráðuneytisins, sbr. m.a. *ÁFS frá 15. maí 1996 (styrkir til leikskóla)* og *ÚFS frá 21. maí 1996 (sala hlutabréfa í skipasmíðastíð)*. Í umræddu orðalagi felst í raun að ráðuneytið telur sig ekki þurfa að taka afstöðu til mats sveitarstjórnar um hvort tiltekið verkefni falli undir heimild þá sem fram kemur í 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl.

Í 1. mgr. 102. gr. svsl. segir að ráðuneytið skuli hafa eftirlit með því að sveitarstjórnir gegni skyldum sínum samkvæmt lögum og skv. 1. mgr. 103. gr. laganna skal ráðuneytið úrskurða um ýmis vafaatriði sem upp kunna að koma við framkvæmd sveitarstjórnarmálefna. Undir eftirlitsskyldu og úrskurðarvald ráðuneytisins samkvæmt sveitarstjórnarlögum fellur því einnig mat á lögmæti þeirra sjónarmiða sem liggja að baki ákvörðun sveitarfélags um að taka að sér verkefni á ólögbundnum grundvelli, þ.m.t. hvort skilyrði um að verkefni skuli varða sameiginlega hagsmuni íbúa sveitarfélags sé fullnægt. Það er augljóslega skylda sveitarfélags samkvæmt lögum að fara ekki út fyrir þá heimild sem fram kemur í 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. Þegar það tekur að sér ólögbundið verkefni.

Í nýrri álitum ráðuneytisins má marka breytingu í þessu efni. Virðist það nú taka nokkuð aðra afstöðu og telja meiri takmarkanir á heimildum sveitarfélaga, t.d. til þátttöku í atvinnulífnum. Er vísbendingar um slíkt í það minnsta að finna í *ÁFS frá 21. febrúar 2001 (um heimildir Rauðfarbafnarhrepps til að leggja fjármuni í ýmiss konar atvinnustarfsemi)* og *ÚFS frá 14. júní 2002 (styrkveiting úr sveitarsjóði til stofnunar bitaveitu)*. Þá er einnig athyglisvert að skoða í þessu sambandi afstöðu ráðuneytisins í úrskurði þess frá 6. febrúar 2004.

ÚFS 6. febrúar 2004 (samningur um hábraðanet). Ákvörðun sveitarfélags um að semja við tiltekið fyrirtæki um lagningu hábraðanets í sveitarfélaginu var kærð til ráðuneytisins. Í niðurstöðu ráðuneytisins segir svo: „Í erindi kæranda til ráðuneytisins er á því byggt að það sé grundvallarregla stjórnsýsluréttarins að sveitarfélög megi aðeins takast á við þau mál sem þeim eru beinlínis falin að lögum. Sérstaklega vísar kærandi um þetta atriði til 3. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga. Einnig byggir kærandi á því að stjórnvöld verði að fara að lögum í starfsemi sinni, en um rökstuðning fyrir því að hin kærða ákvörðun feli í sér lögbrot vísar hann til kæru sinnar til Samkeppnisstofnunar, dags. 23. janúar 2004.

Að mati ráðuneytisins verða heimildir sveitarstjórnarlaga skv. 7. gr. sveitarstjórnarlaga ekki túlkaðar jafn þröngt og byggt er á í erindi kær-

anda. Þvert á móti kemur fram í þeirri lagagrein sem kærandi byggir á í erindi sínu til ráðuneytisins, að sveitarfélög geti tekið að sér hvert það verkefni sem varðar íbúa þeirra, sem ekki eru falin öðrum að lögum. Alþekkt er að sveitarfélög annast fjölmörg verkefni sem ekki er kveðið á um í lögum, eftir því sem fjárhagslegt bolmagn og aðstæður þeirra leyfa. Að mati ráðuneytisins geta framfarir í upplýsingatækni talist vera sameiginlegt velferðarmál íbúanna, sbr. 2. mgr. 7. gr. [...]

Með vísan til alls sem að framan er rakið verður að hafna kröfu kæranda um ógildinguna hinnar kærðu ákvörðunar.“

Úrskurðurinn ber með sér að ráðuneytið telji svigrúm sveitarfélaga nokkuð vítt en hins vegar ekki að matið sé að fullu háð geðþótta þeirra sem stjórna sveitarfélögunum á hverjum tíma. Mál þetta kom síðan til kasta umboðsmanns Alþingis, sbr. *UA frá 16. júní 2004 í máli nr. 4040/2004*. Í ljósi þess að hinn umdeildi samningur sveitarfélagsins um háhraðanet hafði ekki legið fyrir í ráðuneytinu þegar það felldi úrskurð sinn taldi umboðsmaður að ráðuneytið hefði ekki uppfyllt áskilnað 10. gr. stjórnarsýslulaga, nr. 37/1993, um að upplýsa málið nægjanlega áður en það kvað upp úrskurð. Beindi hann því þeim tilmælum til ráðuneytisins að taka málið fyrir að nýju kæmi fram ósk um það frá kæranda. Það eru hins vegar eftirfarandi orð úr álitum umboðsmanns sem hér skipta máli en þau gefa vísbendingu um það að til þess að sveitarfélög geti beitt heimild 3. mgr. 7. gr. svsl. til að taka upp ólögbundin verkefni verði tilteknum hlutlægum viðmiðum að vera fullnægt. Umboðsmaður svarar því hins vegar ekki hvernig þau viðmið verða útfærð í framkvæmd. Í álitinu segir m.a. svo:

Ég tek fram að félagsmálaráðuneytinu ber á grundvelli 1. mgr. 103. gr. sveitarstjórnarlaga að taka m.a. afstöðu til stjórnarsýslukæra sem beinast að því hvort sveitarfélag hafi farið út fyrir lögbundið hlutverk sitt eins og það er afmarkað í 7. gr. sveitarstjórnarlaga enda séu skilyrði um kærudáild, kærufrest o.s.frv. uppfyllt. Ákvæði 2. og 3. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga, sem ráðuneytið vísaði til í máli þessu, eru matskennd en lýsa tilteknum hlutlægum viðmiðum sem verkefni sveitarfélaga þurfa að fullnægja til að geta talist heimil að lögum. Samkvæmt 2. mgr. ber sveitarfélögum þannig að vinna að „sameiginlegum velferðarmálum íbúanna“ og þá verða verkefni að „[varða] íbúa“ þeirra, sbr. 3. mgr. 7. gr. Að þessu virtu verður almennt að ganga út frá því að félagsmálaráðuneytið verði sem úrskurðaraðili á kærustigi að gera nægjanlegan reka að því að upplýsa um atvik og aðstæður að baki því verkefni eða þeirri athöfn sveitarfélags sem kæra beinist að til að meta hvort fullnægt sé viðmiðum 2. eða 3. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga. Félagsmálaráðuneytinu bar því í þessu tilviki að leggja mat á hvort efni þess samnings sem kæra A ehf. laut að var samrýmanlegt heimildum D-hrepps samkvæmt 7. gr. sveitarstjórnarlaga með því að kanna efni hans og þá hvaða réttarreglur yrðu taldar gilda um

Stjórnsmál og stjórnsýsla vef tímarit (fræðigreinar)

hann. Þannig varð ekki ráðið af gögnum málsins hvort þarna væri til dæmis um að ræða samning um þátttöku sveitarfélagsins og fjárframlög þess til að koma upp háhraðaneti innan sveitarfélagsins til afnota fyrir íbúa þess eða hvort þarna var að efni til eingöngu um að ræða samkomulag um kaup á umræddri þjónustu fyrir skrifstofu og stofnanir sveitarfélagsins.

2.4. Samantekt

Sú regla sem hefur verið fjallað um hér að framan um að sveitarfélögum sé heimilt að taka að sér ný ólögbundin verkefni svo fremi að það þjóni sameiginlegum hagsmunum íbúa sveitarfélagsins hefur ekki mjög ljóst innihald. Eins og fram hefur komið verður að einhverju leyti að skýra hana með hliðsjón af þeim aðstæðum sem uppi eru í þjóðfélaginu hverju sinni. Á hinn bóginn má einnig marka heimildinni vissan ramma með vísan til settra laga og meginreglna sem leiða má af þeim og íslenskri stjórnskipan. Í næsta kafla verður nánar fjallað um það hvernig þannig má afmarka heimildir sveitarfélaga til að taka upp ný verkefni. Nálgunin felur í sér að ekki kemur beinlínis fram hvað sveitarfélög mega gera heldur verður fremur horft til þess hvað þeim er óheimilt að gera. Frekari umfjöllun um inntak heimildarinnar sjálfar í 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. verður sett fram á öðrum vettvangi.

3. Takmarkanir á heimildum til rækslu ólögbundinna verkefna

3.1. Almenn

Heimild sveitarfélaga til rækslu ólögbundinna verkefna sætir ýmsum takmörkunum, bæði af settum lagareglum og óskráðum grundvallarreglum. Rétt er að benda á að lög geta vitaskuld afmarkað heimildir sveitarfélaga að þessu leyti með beinum hætti, annaðhvort með því að þau heimila (jákvæð afmörkun) að sveitarfélag skuli, eða megi, sinna tilteknu verkefni, eða þá með því að lög banna (neikvæð afmörkun) sveitarfélögum beinlínis að sinna ákveðnu verkefni (sjá til hliðsjónar Jensen 1972, 27; Revsbech 2005, 39.) Þegar tiltekið verkefni fellur innan gildissviðs lagareglu sem annaðhvort heimilar eða bannar sveitarfélagi að taka það upp má almennt telja að vandamálið varðandi það hvort sveitarfélagi sé heimilt að sinna umræddu verkefni sé leyst. Löggjöfin vekur því ekki mikla athygli í þeim tilvikum. Í öðrum tilvikum getur hins valdið nokkrum vandkvæðum að komast að niðurstöðu um hvort tiltekin lagaregla hefur áhrif á hvort sveitarfélagi sé heimilt að taka tiltekið verkefni upp eða ekki, og þegar lög svara spurningunni aðeins að hluta, eða alls ekki, getur þurft að grípa til ólögfesta viðmiða og meginreglna.

Hér verður í upphafi vikið að tvenns konar tilvikum þar sem leiða má af lögum vissar óbeinar takmarkanir á heimildum sveitarfélaga til að taka að sér ólögbundin verkefni. Í fyrsta lagi tilvik þar sem má draga þá ályktun af ákvæðum í lögum að tiltekin verkefni heyrir undir aðra aðila en sveitarfélög. Í öðru lagi tilvik þar sem löggjöf sem inniheldur reglur um tiltekin verkefni sveitarfélaga eða réttarleg

úrræði og útfærslu og beitingu þeirra telst leiða til þess að heimild sveitarfélaga skv. 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. til að taka að sér ný verkefni verður ekki notuð í sama tilgangi og hið lögheimilaða úrræði.

3.2. Verkefni er falið öðrum að lögum

Samkvæmt 3. mgr. 7. gr. svsl. getur sveitarfélag tekið að sér hvert það verkefni sem varðar íbúa þeirra og ekki hefur verið falið öðrum að lögum. Það ræðst af túlkun laga hverju sinni hvort verkefni hefur verið fengið öðrum til úrlausnar og sveitarfélagi sé af þeim sökum óheimilt að taka það upp. Ef verkefni er í lögum lýst glögglega og þar kemur fram hver skuli annast það en hvergi er minnst á sveitarfélög eða hlutverk þeirra í því sambandi verður að telja að verulegar líkur til þess að sveitarfélagi sé ekki heimilt að taka upp verkefnið eða sambærilegt verkefni. Ef löggjafinn hefði ætlast til að sveitarfélög hefðu slíkar heimildir má ætla að hann hefði fjallað um það í viðkomandi löggjöf (Gammeltoft-Hansen o.fl. 2002, 680-681). Hér er hins vegar ekki hægt að alhæfa heldur verður niðurstaðan að velta á túlkun viðkomandi laga hverju sinni.

Samkvæmt 1. gr. lögregluglaga, nr. 90/1996, er það ríkið sem heldur uppi starfsemi lögreglu. Dómsmálaráðherra er æðsti yfirmaður lögreglunnar í landinu en ríkislögreglustjórinn fer með málefni lögreglunnar í umboði hans. Lögreglugögin byggjast á því að löggæslan sé í höndum ríkisins en ekki sveitarfélaganna. Ágætt sögulegt yfirlit yfir löggæslu á Íslandi er að finna í almennum athugasemdum við frumvarp það sem varð að lögreglugögum, nr. 90/1996. Það var t.d. ekki fyrr en með lögum nr. 56/1972, um lögreglumenn, sem lögreglumenn urðu alfarið starfsmenn ríkisins en ekki sveitarfélaganna en svo hafði verið í sumum tilfellum (Alþt. 1995-1996, A-deild, 3771). Þar sem þessari verkaskiptingu milli ríkis og sveitarfélaga var komið á með lögum á þennan skýra hátt verður að ætla að ekki verði snúið til baka nema með því að breyta lögum. Verður því að telja óheimilt fyrir sveitarstjórn að stofna sjálfstæða lögreglusveit til að sinna löggæslu innan sveitarfélags síns án þess að löggjafinn hafi tekið til þess afstöðu í formi laga. Annað dæmi um verkaskiptingu af þessu tagi er utanríkisþjónusta. Af 21. gr. stjórnarskrárinnar leiðir að utanríkismálefni eru málefni ríkisstjórnar og Alþingis en ekki sveitarfélaga.

Álit danska innanríkisráðuneytisins frá 4. október 1983. Ráðuneytið gaf út það álit sitt að sveitarstjórnir hefðu ekki heimildir til að lýsa sveitarfélög kjarnorkuvopnafrí svæði (atomvaabensfri zoner). Slíkt teldist til utanríkis- og varnarmála og væri því verkefni er félli utan við valdsvið sveitarfélaga.

Ýmis önnur dæmi má nefna um að verkefni sé falið öðrum en sveitarfélögum að lögum en einnig er áhugavert, þótt líklega finnist ekki jafnmörg dæmi um slíkt, að kanna hvenær löggjöf sem mælir fyrir um að sveitarfélag skuli sinna tilteknu verkefni er þannig úr garði gerð að hún felur í sér að framkvæmd verkefnisins skuli byggð á þeim lögum og megi ekki fara út fyrir viðmið sem þar eru sett. Sveitar-

félag geti því ekki nýtt sér fjárveitingarheimildir sínar til að breyta eða auka við verkefnið eða þjónustuna eða fara aðra leið en lýst er í lögum að settu marki. Þetta verður umfjöllunarefni næsta kafla.

3.3. Framkvæmd verkefnis er á tæmandi hátt lýst í lögum

Eins og fram kom hér að framan hefur sveitarfélögum í fjölda tilvika verið falin ræksla tiltekinna verkefna með sérlögum um viðkomandi málaflokk. Með hliðsjón af stjórnarskrárbundinni verkaskiptingu milli stjórnvalda annars vegar og handhafa löggjafarvalds hins vegar, sbr. 2. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, verður að telja að af setningu slíkra sérlaga geti leitt verulegar takmarkanir á möguleikum sveitarfélaga til að framkvæma viðkomandi verkefni á annan hátt en lögin mæla beinlínis fyrir um. Almennt verður að ganga út frá því að sveitarfélag geti því aðeins að eigin frumkvæði ákveðið að breyta inntaki lögbundins verkefnis eða útfærslu þess að sveitarfélagið hafi sérstaka heimild til slíks í viðkomandi lögum sjálfum (Gammeltoft-Hansen o.fl. 2002, 679.). Af þessum sjónarmiðum leiðir til að mynda að almennit verður að ganga út frá að sveitarfélögum sé ekki heimilt að nýta fjármuni sína, t.d. með gerð einkaréttarlegra samninga, eingöngu í því skyni að ná markmiði sem löggjafinn hefur þegar tekið afstöðu til og samkvæmt lögum er gert ráð fyrir að skuli ná með annars konar aðferðum, s.s. setningu almennra stjórnvaldsfyrirmæla, töku stjórnvaldsákvörðunar eða útgáfu áætlunar (t.d. aðal- eða deiliskipulags samkvæmt skipulags- og byggingarlögum). Fjárveitingarvaldið verður þannig almennit ekki notað í staðinn fyrir lögbundin úrræði sem sveitarfélögum eru tæk og stefnt geta að sama markmiði.⁴ Samkvæmt þessu væri sveitarfélagi almennit óheimilt að nýta sér sjóði sína og kaupa upp fasteignir (s.s. lóðir og/eða húsnaði) eingöngu í skipulagslegu markmiði. Í slíku tilviki ætti sveitarfélagið fremur að nýta lögbundin úrræði skipulags- og byggingarlaga, nr. 73/1997, a.m.k. ef möguleikar til þess eru fyrir hendi.

Álit danska innanríkisráðuneytisins frá 16. júlí 1984. Ráðuneytið taldi að amti nokkru í Danmörku hefði ekki verið heimilt að kaupa upp þrjár af fjórum fiskeldisstöðvum í þeim tilgangi að stuðla að vernd stöðuvatns sem stöðvarnar stóðu við. Ástæða þess að umrædd ráðstöfun taldist ekki heimil var sú að sveitarfélagið hefði ekki sýnt nægilega fram á að sama markmiði væri ekki hægt að ná með beitingu almennra bótalausra úrræða samkvæmt umhverfisverndarlögum.

Á hinn bóginn er ekkert því til fyrirstöðu að sveitarfélag, þegar það t.d. kaupir lóð til að reisa á íþróttahús eða sundhöll dragi inn í þá ákvörðun skipulags- og umhverfisleg sjónarmið og noti þannig fjárveitingarvaldið og heimild sína skv. 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. sem eins konar viðbót við þau úrræði sem það hefur samkvæmt öðrum lagareglum. Þá verður hér að hafa í huga að í vissum tilvikum getur verið

4 Sveitarfélag getur almennit ekki með stöð í fjárveitingarvaldi sínu og þeirri opnu heimild sem felst í 2. og 3. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga vikið frá þeirri stefnu um beitingu valdheimilda sem löggjafinn hefur ákveðið (Gammeltoft-Hansen o.fl. 2002, bls. 683).

Stjórnmal og stjórnsýsla vefþimarit (fræðigreinar)

vandkvæðum háð að meta hvort tiltekin ákvörðun sveitarfélags felur í sér ákvörðun um breytingu á inntaki eða framkvæmd tiltekins verkefnis sem þegar hefur verið sett löggjöf um eða hvort viðkomandi ákvörðun felur í sér ákvörðun um nýtt verkefni, utan ramma settrar lögjafar. Hér verða ekki gefin einhlít svör.

Niðurstaðan verður í stuttu máli sú að þegar sveitarfélag hefur fengið heimildir til að setja reglur eða taka stjórnvaldsákvæðanir (setja boð eða bönn) þá takmarkast um leið heimild þess til að beita fjárstjórnarvaldi sínu í staðinn fyrir lögmalet úrræði til að ná því markmiði sem umrædd löggjöf stefnir að. Á hinn bóginn er hugsanlegt að fjárveitingarvaldið notist sem viðbót við lögbundin úrræði.

3.4. Lögmætisreglan

3.4.1. Almennt

Lögmætisreglan er mikilvæg meginregla í íslenskum stjórnsýslurétti. Hafa fræðimenn talið að nærlægt sé að líta á lögmætisregluna sem nánari útskýringu á valdmörkum lögjafans og handhafa framkvæmdarvalds sem gert er ráð fyrir í 2. gr. stjórnarskrárinnar og að lögmætisreglan hafi því gildi stjórnлага og verði ekki breytt, eða hún afnumin, nema með breytingu á stjórnarskránni (Páll Hreinsson 2001, 402; Gaukur Jörundsson 1969, 9).

En hvort er nánara inntak lögmætisreglunnar og hvaða þýðingu hefur hún í sveitarstjórnarrétti? Samkvæmt lögmætisreglunni eru stjórnvöld, handhafar framkvæmdarvalds, bundin af lögum. Í þessu felast tvenns konar undirreglur, annars vegar formregla og hins vegar heimildarregla (einnig nefnd lagaáskilnaðarregla). Samkvæmt formreglunni mega ákvarðanir stjórnvalda ekki ganga gegn réttarheimildum sem hærra standa, s.s. stjórnarskrá, almennum lögum eða reglugerðum. Samkvæmt heimildarreglunni skulu ákvarðanir stjórnvalda almennt hafa heimild í lögum, settum af almenna lögjafanum. Fyrri þátturinn, formreglan, veldur almennt ekki miklum vafa í framkvæmd og líklega er það skýring þess að fá dæmi finnast um bein brot á henni (Jensen og Nørgaard 1988, 176). Ef ákvörðun brýtur í bága við lög er hún ólögmæt að efni til, og almennt ógildanleg (forsætisráðuneytið 1999, 17-18). Heimildarreglan (lagaáskilnaðarreglan) er aftur á móti flóknari í framkvæmd.

3.4.2. Formreglan og stefnumið í lögum

Til að svara því hvort gengið hefur verið gegn formreglunni verður fyrst að túlka þau lagaákvæði sem talið er að gengið hafi verið gegn. Yfirleitt valda ákvæði laga sem fela í sér boð og bönn ekki vandkvæðum að þessu leyti. Spurning er hins vegar hvort stjórnvöld eru á sama hátt bundin af stefnuyfirlýsingum og markmiðssetningum sem leiða má af lögum, þ.e. hvort athafnir stjórnvalda sem ganga gegn slíkum stefnuyfirlýsingum geti talist brot á lögmætisreglunni. Svarið við þeirri spurningu myndi almennt vera jákvætt, a.m.k. komi viðkomandi stefnumið skýrt fram í lögum.

Samkeppnislög, nr. 44/2005, með síðari breytingum, eru hér ágætt dæmi. Lögbundin starfsemi sveitarfélaga fellur almennt undir ákvæði samkeppnislaganna, að

Stjórnmal og stjórnsýsla veftímarit (fræðigreinar)

öðrum skilyrðum laganna uppfylltum, og einnig sú starfsemi sem sveitarfélög geta hugsanlega tekið upp að eigin frumkvæði, án sérstakrar lagaheimildar.

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 37/1997 frá 30. október 1997. Fyrir lá að Vestmannaeyjabær hafði í einhverjum tilvikum nýtt tæki áhaldahúss sveitarfélagsins í þágu einkaaðila, m.a. til niðurrifs húsa, án endurgjalds. Var m.a. um það deilt hvort starfsemi þessi væri eðlilegur þáttur í starfsemi sveitarfélagsins. Af þessu tilefni benti samkeppnisráð m.a. á að um verkefni sem til féllu innan sveitarfélagsins og ekki væru á forræði sveitarfélagsins að vinna vegna beinnar lagaskyldu eða af öðrum orsökum, sem annaðhvort væru eða gætu verið í samkeppni, yrði sveitarfélagið að gæta þeirra meginsjónarmiða sem fram kæmu í samkeppnislögum, nr. 8/1993. Mætti þar nefna gatnagerðarframkvæmdir, aðrar en þær sem unnar væru á götum í eigu bæjarins, s.s. gerð bílastæða fyrir einkaaðila. Væri um undirverðlagningu áhaldahúss Vestmannaeyjabæjar á þessari þjónustu að ræða bryti hún gegn samkeppnislögum, jafnvel þótt ekki væri öðrum til að dreifa í bæjarfélaginu sem ættu þau tæki og vélar sem til þyrfti. Ástæðan væri sú að meðan einn aðili í krafti yfirburðastöðu verðlegði þjónustu sína undir eðlilegum mörkum m.t.t. kostnaðar og hæfilegra arðsemiskrafna væri um að ræða aðgangshindrun inn á markaðinn í skilningi 17. gr. samkeppnislaga. Því yrði áhaldahús Vestmannaeyjabæjar að gæta sjónarmiða samkeppnislaga við verðlagningu þeirrar þjónustu sem væri eða gæti verið í samkeppni við einkaaðila.

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 2/2005 frá 18. janúar 2005. Kvörtun var beint til samkeppnisyfirvalda vegna tiltekinna þátta í starfsemi Upplýsingamiðstöðvar ferðamála í Reykjavík, en upplýsingamiðstöðin er rekin af Höfuðborgarstofu Reykjavíkurborgar og rekstur hennar því hluti af starfsemi borgarinnar. Í rökstuðningi samkeppnisráðs kemur meðal annars fram að atvinnurekstur á vegum hins opinbera, ríkis eða sveitarfélaga, falli almennt undir samkeppnislög. Samkeppnisyfirvöld hafi þannig almennt eftirlit með því hvort athafnir sveitarfélaga hamli samkeppni. Samkeppnisreglur séu því til fyllingar meginreglum sveitarstjórnarréttar. Þá bendir samkeppnisráð jafnframt á að sveitarfélögum beri að hafa hliðsjón af samkeppnislögum við rækslu verkefna sinna, hvort sem þeim er skylt að annast þau eða ekki, og haga starfsemi á samkeppnismarkaði þannig að ekki hljóti af röskun á samkeppni. Niðurstaða samkeppnisráðs var sú að rekstur Höfuðborgarstofu á bókunarþjónustu og ferðasölu á vegum upplýsingamiðstöðvarinnar hefði skaðleg áhrif á samkeppni í skilningi samkeppnislaga. Var því mælt fyrir um fjárhagslegan og stjórnunarlegan aðskilnað á bókunarþjónustunni og annarri samkeppnisstarfsemi annars vegar og annarri starfsemi upplýsingamiðstöðvarinnar hins vegar.

Stjórnsmál og stjórnsýsla vef tímarit (fræðigreinar)

Í úrskurðum, ákvörðunum og álitum samkeppnisyfirvalda, sem starfa samkvæmt samkeppnislögum, er víða vitnað til markmiðs samkeppnislaganna. Kemur þar fram að markmið samkeppnislaga skv. 1. gr. laganna sé að efla virka samkeppni í viðskiptum, m.a. með því að vinna gegn skadlegri fákeppni og samkeppnishömlum og auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum.

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 7/2001 frá 5. mars 2001. Landssími Íslands hf. beindi erindi til Samkeppnisstofnunar þar sem þess var krafist að gripid yrði til bráðabirgðaráðstafana og bönnuð framkvæmd og efndir samnings til eins árs milli Fræðslumiðstöðvar Reykjavíkur og Línu.Net ehf. um svonefnt skólanet, þar sem hann færi gegn ákvæðum samkeppnislaga og ákvæðum laga um opinber innkaup. Niðurstaða samkeppnisráðs var sú að umræddur samningur fæli ekki í sér brot á ákvæðum samkeppnislaga. Ráðið tók þó jafnframt fram að það væri álit þess að sérstaklega rík skylda hvíldi á sveitarfélögum og öðrum opinberum aðilum við kaup á vörum og þjónustu að reyna að stuðla að og efla virka samkeppni. Markmiði samkeppnislaga væri best náð ef sveitarfélög notuðu útboðsleiðina við kaup sín á vörum og þjónustu.

Tilvitnuð ummæli samkeppnisráðs í *ákvörðun nr. 7/2001* beinast að kaupum sveitarfélaga á þjónustu. Verður engu síður að telja eðlilegt að sömu sjónarmið eigi við þegar fjallað er um heimildir sveitarfélaga til að sinna sjálf rekstri eða þjónustu sem fallið getur undir ákvæði samkeppnislaganna.

Af framangreindu leiðir að markmið samkeppnislaganna setja sveitarfélögunum ákveðnar takmarkanir bæði hvað varðar kaup á vöru og þjónustu og við framboð á vöru og þjónustu. Við stefnumótun sína er sveitarfélagi samkvæmt þessu rétt að hafa hliðsjón af því markmiði samkeppnislaganna að stuðlað skuli að virkri samkeppni. Þetta er í samræmi við formreglu lögmætisreglunnar sem segir að athafnir stjórnvalda megi ekki ganga gegn lögum. Löggjafinn telst að þessu leyti æðri framkvæmdarvaldinu, þ.e. á þann hátt að fyrirmæli löggjafans binda hendur stjórnvalda en ekki öfugt (sjá til hliðsjónar Páll Hreinsson 1994, 129; Christensen 1980, 39).⁵

Almennt gildir að þegar löggjafinn hefur látið vilja sinn í ljós, beint eða óbeint, jafnvel þannig að sá vilji verði aðeins leiddur af lögum með túlkun þeirra, þá mega athafnir stjórnvalda ekki ganga gegn þeim markmiðum sem lögin stefna að. Athafnir stjórnvalda skulu þvert á móti til þess fallnar að koma umræddum vilja og markmiðum löggjafans í framkvæmd. Löggjafinn hefur sett viðamikla og fjölbreytta löggjöf um starfsemi sveitarfélaga og sú löggjöf, stefnumið og meginreglur

5 Bent Christensen (1980, 39) kemst m.a. svo að orði: „Forvaltningens pligt til at respektere folketingets beslutninger viser sig først og fremmest ved, at forvaltningen skal holde sig inden for de grænser, som folketingets love sætter. Men respekten har også en positiv side. Forvaltningen har pligt til at realisere de intentioner, som folketingets love giver udtryk for, eller anderledes udtrykt: forvaltningen har pligt til at fungere som udøvende magt for folketinget.“

Stjórnmal og stjórnsýsla vef tímarit (fræðigreinar)

sem þar koma fram takmarka möguleika sveitarfélaga á að taka að sér verkefni þó svo að bein ákvæði um rækslu þeirra sé ekki að finna í lögum. Lögmætisreglan telst stjórnskipuleg meginregla og því getur sú opna (og eftir atvikum óljósa) heimild sem felst í 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. ekki breytt þessari niðurstöðu. Til að geta afmarkað það svið sem sveitarfélög geta athafnað sig á án þess að hafa til þess sérstaka lagaheimild verður því að hafa viðamikla þekkingu á löggjöfinni í heild og stefnumiðum sem þar koma fram.

3.4.3. Lagaáskilnaðarreglan

Samkvæmt heimildarreglu lögmætisreglunnar (lagaáskilnaðarreglunni) skulu ákvarðanir stjórnvalda almennt eiga sér stoð í lögum. Þetta gildir bæði um stjórnvaldsákvarðanir og almenn stjórnvaldsfyrirmæli, s.s. reglugerðir (Jensen og Nørgaard 1988, 177-178; forsætisráðuneytið 1999, 18.). Útgangspunkturinn er sá að einstaklingar búa við athafnafrelsi sem aðeins hinn almenni löggjafi getur takmarkað með lögum. Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar fara stjórnvöld með framkvæmdarvald en löggjafarvaldið er í höndum Alþingis og forseta í sameiningu. Þessi aðgreining felur í sér að stjórnvöld geta ekki að eigin frumkvæði íþyngt borgurunum með ákvörðunum sínum og tekið sér þannig vald sem samkvæmt stjórnskipuninni tilheyrir að meginstefnu hinum almenna löggjafa (Páll Hreinsson 2001, 401; Jensen og Nørgaard 1988, 180). Samkvæmt þessari meginreglu er ljóst að ákvarðanir sveitarfélaga mega ekki íþyngja borgurunum nema að til komi skýr lagaheimild þar um. Nokkuð augljóst er að heimild sú sem fram kemur í 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. fyrir sveitarfélög til að taka að sér ólögbundin verkefni uppfyllir ekki kröfur lögmætisreglunnar að þessu leyti (sbr. Revsbech 2005, 20).

Kjarni lagaáskilnaðarreglunnar er sá að stjórnvöld geta ekki án skýrrar lagaheimildar tekið ákvarðanir sem íþyngja borgurunum. Því er edlilegt að spyrja þeirrar spurningar hvort stjórnvöldum sé heimilt, án lagaheimildar, að taka ákvarðanir sem eru ívilnandi fyrir borgarana. Þessi spurning veldur ekki vafa þegar löggjafinn hefur sjálfur íþyngt borgurunum á einhvern hátt með lögum. Í þeim tilvikum er augljóst að stjórnvöld geta ekki veitt undanþágur frá umræddum byrðum nema þá að löggjafinn hafi sérstaklega gefið þeim slíka heimild (Garde o.fl. 2004, 182). Slíkt mundi brjóta í bága við formreglu lögmætisreglunnar. Vafi getur hins vegar komið upp í þeim tilvikum þegar lög virðast hvorki banna né heimila ívilnandi ákvörðun eða háttsemi stjórnvalds (Jensen og Nørgaard 1988, 181). Oft eru slíkar ákvarðanir af fjárhagslegum toga og vegna ákvæða 41. og 42. gr. stjórnarskrárinnar þar sem m.a. kemur fram að ekkert gjald megi greiða úr ríkissjóði nema til þess sé heimild í fjárlögum, er ljóst að svigrúm stjórnvalda ríkisins til að taka slíkar ákvarðanir er verulega takmarkað án þess að Alþingi hafi þar haft hönd í bagga (forsætisráðuneytið 1999, 20). Sveitarfélög hafa hins vegar sjálfstætt fjárveitingarvald, sbr. m.a. 61. gr. svsl., nr. 45/1998, sbr. einnig 2. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 2. mgr. 16. gr. stjórnarskipunarlaga, nr. 97/1995.⁶ Meðal annars af þeim sökum kunna frekar að koma upp spurningar á sveitarstjórnarstiginu en á miðstjórnarstiginu þegar fjallað er um möguleika stjórnvalda til að

Stjórnsmál og stjórnsýsla veftímarit (fræðigreinar)

taka ívilnandi ákvarðanir án þess að hafa til þess sérstakar heimildir í settum lögum (Jensen og Nørgaard 1988, 181). Umfjöllun um heimildir stjórnvalda til að taka ívilnandi ákvarðanir án lagaheimildar hefur því að sumu leyti raunhæfara gildi á sviði sveitarstjórnarréttarins en á öðrum sviðum stjórnsýsluréttarins.

Þegar lögmætisreglan verður ekki á skýran hátt talin leiða til þess að sveitarfélagi sé óheimilt að taka að sér tiltekið verkefni er oft hægt að leita stuðnings í öðrum meginreglum laga sem orðið geta til þess að afmarka heimildir sveitarfélaga skv. 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. nánar. Verður nú fjallað um nokkrar þeirra.

3.5. Sveitarfélög eru staðbundin stjórnvöld

Af ákvæðum sveitarstjórnarlaga leiðir að valdmörk sveitarfélaga eru staðbundin, sbr. m.a. 1. mgr. 1. gr. og 2. og 3. mgr. 7. gr. laganna. Verkefni sem sveitarfélög taka upp á ólögfestum grunni skulu varða íbúa þess og réttarskipandi ákvarðanir sveitarstjórna eru að meginstefnu til bundnar við viðkomandi sveitarfélag. Af meginreglunni leiðir einnig að ákvarðanir sem rót eiga að rekja til fjárveitingarvalds sveitarfélaga skulu bundnar við sveitarfélagið. Þrátt fyrir að umrædd regla komi með beinum hætti fram í sveitarstjórnarlögunum, sbr. framangreind ákvæði þeirra laga, telst reglan meginregla í þeim skilningi að hún er grundvallarregla á sviði sveitarstjórnarréttarins og verður gildi hennar því ekki aðeins bundið við tilvik þar sem hún beinlínis kemur fram í lögum.

Mikilvægt frávik frá því að heimildir sveitarfélaga til athafna séu bundnar við viðkomandi sveitarfélag og hagsmuni sveitarfélagsins kemur fram í VII. kafla sveitarstjórnarlaga, sbr. m.a. 81. gr. laganna, þar sem fram kemur að sveitarfélög geti haft samvinnu sín á milli um framkvæmd einstakra verkefna.

3.6. Jafnræði, málefnaleg sjónarmið og meðalhóf

Jafnræðisreglan er mikilvæg meginregla íslenskrar stjórnskipunar og stjórnsýsluréttar, sbr. 65. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 3. gr. stjórnarskipunarlaga, nr. 97/1995, og 11. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993. Þrátt fyrir að stjórnsýslulögin gildi að meginstefnu til aðeins þegar stjórnvöld taka ákvarðanir um rétt eða skyldu manna hefur meginreglan um jafnræði sem ákvæði 11. gr. laganna byggist á víðara gildissvið í stjórnsýslunni. Reglan gildir einnig þegar stjórnvöld setja almenn stjórnvaldsfyrirmæli og við ýmsa þjónustustarfsemi sem fram fer á þeirra vegum (Páll Hreinsson 1994, 119.). Það er fyrst og fremst þessi síðasti þáttur meginreglu íslensks stjórnsýsluréttar um jafnræði borgaranna sem máli skiptir að fjalla um hér, þ.e. sú meginregla að borgararnir skuli njóta jafnræðis við aðgang að þjónustu stjórnvalda.

Ef ákvæði 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. eru skoðuð má lesa út úr þeim það stefnu- mið löggjafans að starfsemi sveitarfélaga skuli almennt beint að hagsmunum allra íbúa sveitarfélagsins. Þannig segir í 2. mgr. að „sveitarfélög skulu vinna að

6 Athuga ber að á því hefur verið byggt að fjárlög hafi ekki sömu stöðu og almenn lög (sbr. Gunnar G. Schram 1999, 325-336, fyrst og fremst 327).

Stjórnmal og stjórnsýsla veftímarit (fræðigreinar)

sameiginlegum velferðarmálum íbúanna eftir því sem fært þykir á hverjum tíma“ og í 3. mgr. er talað um að „sveitarfélög [geti] tekið að sér hvert það verkefni sem varðar íbúa þeirra“. Í samræmi við þessi ákvæði sveitarstjórnarlaga og almenna jafnræðisreglu stjórnsýsluréttarins má draga þá ályktun að verkefni sveitarfélaga skuli hafa almenna þýðingu en ekki einstaklingsbundna eða sérstaka. Verkefnin skulu koma sveitarfélaginu í heild til góða en ekki einstökum aðilum innan þess. Sams konar stefnumið kom fram í fyrri sveitarstjórnarlögum, t.d. í 2. mgr. 10. gr. sveitarstjórnarlaga, nr. 58/1961, þar sem sagði að hlutverk sveitarfélaga væri að vinna að sameiginlegum velferðarmálum meðlima sinna, s.s. að gera ráðstafanir til þess að koma í veg fyrir almennt atvinnuleysi eða bjargarskort eftir því sem fært væri á hverjum tíma. Sambærilegt orðalag var að finna í 6. gr. sveitarstjórnarlaga, nr. 8/1986.

Sveitarfélög hafa tekið upp og sinna margs konar starfsemi sem þeim ber ekki beinlínis lagaskylda til að sinna og að auki veita þau ýmis konar styrki, t.d. til félagasamtaka, enda sé þar um að ræða lögmæta starfsemi sem fellur innan heimildar skv. 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. Við starfsemi af þessu tagi ber sveitarfélögum að gæta jafnræðis í samræmi við ofangreinda meginreglu og starfseminni skal að jafnaði beint að öllu sveitarfélaginu en ekki aðeins hluta þess. Takmarkanir á aðgangi íbúa sveitarfélagsins að þjónustu þess kunna að vera heimilar en verða að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum. (Revsbech 2005, 73-77; Gammeltoft-Hansen o.fl. 2002, 692-693. Sjá einnig til hliðsjónar Páll Hreinsson 1994, 125-131; *ÚFS frá 18. júlí 2001, uppsetning ljósastaura á heimreiðum lögbýla.*)

Umfjöllun um málefnaleg sjónarmið er vel þekkt úr hinum almenna stjórnsýslurétti. Hefur í því sambandi m.a. verið bent á að greining á því hvaða sjónarmið eru málefnaleg, og þar með heimilt að leggja til grundvallar stjórnvaldsákvörðun, sé af sama toga og hefðbundin lögskýring. Við slíka greiningu sé því byggt á öllum þeim réttarheimildum sem þýðingu hafa í viðkomandi máli (Páll Hreinsson 1994, 126; Gammeltoft-Hansen o.fl. 2002, 692, sbr. 321). Þegar um er að ræða starfsemi sem sveitarfélag tekur upp að eigin frumkvæði, án þess að hafa til þess sérstaka heimild í lögum, er ljóst að sjónarmiðin er ekki með beinum hætti hægt að leiða af lögum. Hér verður að notast við óljósari heimildir, s.s. þær meginreglur sem fjallað er um í þessum kafla og í vissum tilvikum þau stefnumið löggjafans sem álykta má um út frá settum lögum.

Þegar um er að ræða greiningu á sjónarmiðum sem geta talist málefnaleg í tengslum við takmörkun á aðgangi íbúa sveitarfélags að þjónustu þess getur verið mikilvægt að draga inn í matið samhengi þeirrar takmörkunar sem um ræðir við tilganginn sem stefnt er að með umræddu verkefni (þjónustu) ásamt meðalhófsreglunni og almennum jafnræðissjónarmiðum (Gammeltoft-Hansen o.fl. 2002, 692). Sama má segja um takmarkanir á aðgangi manna eða fyrirtækja til að fá að taka þátt í samkeppni um takmörkuð gæði.

UA frá 28. desember 1990 í máli nr. 136/1989. A kvartaði yfir því að hafa ekki fengið að taka þátt í lokuðu útboði sem ÁTVR hélt þegar sala bjórs hér á landi var leyfð. Umboðsmaður Alþingis taldi að úr því lokað útboð

Stjórnmal og stjórnsýsla vefþimarit (fræðigreinar)

var valið þá hefði stjórnvöldum borið að sjá til þess að val bjóðenda byggðist á skýrum og málefnalegum grundvelli sem tryggði jafnræði og kæmi í veg fyrir tortryggni og handahóf í því vali. Sú viðmiðun sem stuðst var við að bjórtegund skyldi vera þekkt hér á landi hefði ekki uppfyllt þessi skilyrði enda fyrirsjáanlegt að erfitt yrði að ganga úr skugga um hvaða bjórtegundir fullnægðu þessu skilyrði, m.a. vegna áratugabanns við bjórsölu hér á landi.

Stundum kann eina leiðin til að tryggja að jafnræðis sé gætt við útteilingu takmarkaðra gæða að vera opinber auglýsing. Á slíkum sjónarmiðum hvíla m.a. reglur um opinberar auglýsingar í lögum nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, sbr. t.d. 7. gr. þeirra laga og reglur laga nr. 84/2007, um opinber innkaup. Í *UA frá 28. desember 2006 í máli nr. 4478/2005* tók umboðsmaður til umfjöllunar kvörtun verktakafyrirtækisins A vegna úrskurðar félagsmálaráðuneytisins, dags. 18. maí 2005. Hafði ráðuneytið í þeim úrskurði talið að málsmeðferð Akureyrarkaupstaðar við gerð samnings vegna leigu á námuréttindum á landspildu úr jörð í sveitarfélaginu væri lögmæt, þótt vissar athugasemdir hefðu að vísu verið gerðar við málsmeðferð sveitarfélagsins í málinu. Þær athugasemdir sem verktakafyrirtækið A beindi til umboðsmanns lutu í meginatriðum að því að með gerð leigusamnings við fyrirtækið C hefði sveitarfélagið úthlutað tilteknum gæðum án þess að veita öðrum aðilum sem áhuga kynnu að hafa jafnt tækifæri til aðgangs að þeim. Með þessu hefði fyrirtækið C öðlast sterkari stöðu en önnur verktakafyrirtæki til að bjóða í verk í sveitarfélaginu.

Eftir að hafa gert grein fyrir niðurstöðu sinni í tilefni af réttarstöðu A víkur umboðsmaður sérstaklega að þeirri aðstöðu sem stjórnvöld, ekki síst sveitarfélög, standa frammi fyrir þegar þau úthluta til einkaaðila gæðum sem aðeins eru til í takmörkuðu magni (sjá kafla IV.5 í álitinu). Bendir umboðsmaður á að þegar lagafyrirmæli feli ekki í sér reglur um framkvæmd slíkrar úthlutunar komi það í hlut viðkomandi stjórnvalds að fella málsmeðferð í þann ramma sem lögfestar og ólögfestar reglur setja starfsháttum stjórnvalda almennt. Í því tilliti yrðu stjórnvöld að gæta rétttra grundvallarreglna um meðferð opinbers valds og hagsmuna. Í álitinu segir síðan m.a. svo:

Jafnræðisregla stjórnsýsluréttarins felur almennt í sér að stjórnvöldum er skylt að gæta jafnræðis milli borgaranna, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 407/1999 frá 23. mars 2000. Í hinni skráðu jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga er þetta orðað svo að við úrlausn mála skuli stjórnvöld gæta jafnræðis og samræmis í lagalegu tilliti. En sú regla að borgararnir, hvort sem það eru einstaklingar eða lögaðilar, skuli hafa jafna stöðu við úrlausn mála er til lítils ef þeir aðilar sem eru í sambærilegri stöðu hafa ekki jafna möguleika á að koma til greina við ákvarðanir stjórnvalda sem fela í sér ráðstöfun takmarkaðra gæða. Af hálfu umboðsmanns Alþingis hefur ítrekað í álitum verið minnt á þá skyldu sem hvílir almennt á stjórnvöldum að

Stjórnmal og stjórnsýsla veftímarit (fræðigreinar)

gæta þessa jafnræðis milli borgaranna og að oft verði því að gera þær kröfur til stjórnvalda að þau beiti opinberum auglýsingum þegar til stendur að ráðstafa takmörkuðum gæðum, sem fyrirsjáanlegt er að færri geta fengið en vilja. Með auglýsingu sé öllum sem áhuga hafa og uppfylla skilyrði, gefið sama tækifæri til að sækja um. (Sjá t.d. álit umboðsmanns Alþingis frá 13. febrúar 1998 í máli nr. 1820/1996 og frá 17. janúar 2003 í máli nr. 3699/2003.) Í áður tilvitnuðum dómi Hæstaréttar í máli nr. 407/1999 segir meðal annars: „Lagaákvæði, sem gefa almenningi kost á að kaupa eignir ríkisins að undangenginni auglýsingu, eru almennt reist á sjónarmiðum um að tryggja beri hagkvæmni ráðstöfunar og jafnræði þeirra sem hug hafa á kaupum. Gera verður ráð fyrir því að ríkisjarðir geti verið eftirsóknarverðar til kaups. Þar sem stjórnvöldum er skylt að gæta jafnræðis milli borgaranna, er almennt rétt að auglýsa ríkisjarðir, sem ætlunin er að selja, þannig að þeir sem áhuga hafa fái sama tækifæri til að gera kauptilboð í hlutaðeigandi fasteign, sbr. 11. gr. stjórnsýslulaga.“ Í þessu tilviki var slík auglýsing ekki lögbundin og þar sem því hafði ekki verið haldið fram í málinu að umræddar jarðir hefðu verið seldar of lágu verði haggæði skortur á auglýsingu ekki gildi sölnunnar.

Umboðsmaður vîkur í álitinu þessu næst sérstaklega að starfsumhverfi sveitarfélaganna. Segir þar m.a. svo:

Sveitarfélögin lúta sömu grundvallarreglum um meðferð opinbers valds og önnur opinber stjórnvöld. Vegna þess sjálfstæðis sem sveitarfélög hafa við ákvörðunartöku um ýmis fjárhagsleg málefni, s.s. við ráðstöfun eigna með sölu eða leigu, er þó jafnvel enn mikilvægara fyrir sveitarfélögin en stjórnvöld ríkisins að þau temji sér þær vinnureglur og málsmeðferð í slíkum ólögfestum tilfellum sem best tryggja að réttra grundvallarreglna stjórnsýsluréttar sé gætt.

Það er afstaða mín að eðlilegast sé, nema sérstök sjónarmið mæli þar í mót, að sveitarfélög auglýsi með opinberum hætti fyrirhugaða úthlutun gæða sem eftirspurn kann að vera eftir og haft geta umtalsverða fjárhagslega þýðingu fyrir hlutaðeigandi, þannig að öllum þeim sem áhuga hafa gefist kostur á að láta hann uppi. Slík auglýsing þarf alls ekki í öllum tilvikum að fela í sér útboð í hefðbundnum skilningi þess orðs þótt mikilvægt sé að skilmálar séu hverju sinni ljósir. Ef slíkri meginreglu er ekki fylgt verður ekki með góðu móti séð hvernig hægt er að tryggja þeim einkaaðilum sem áhuga hafa á þeim gæðum sem um ræðir jafna stöðu við aðgang að þeim eða sveitarfélaginu besta mögulega verð fyrir þau gæði sem það hefur til ráðstöfunar. Slík regla er jafnframt vel til þess fallin að tryggja jafnræði og gegnsæi í stjórnsýslu og er þannig í góðu samræmi við grundvallarreglur stjórnsýsluréttar um jafnræði og sjónarmið um vandaða stjórnsýsluhætti.

Þá má hér til viðbótar nefna að þegar sveitarfélag ráðstafar eignum sínum eða öðrum verðmætum á almennum markaði verður að mínu mati jafnframt að horfa til þess, vegna sjónarmiða sem m.a. koma fram í samkeppnislögum nr. 44/2005, að slík ráðstöfun raski ekki samkeppnishagsmunum. Skiptir þar bæði máli að líta til þess hvort úthlutun gæðanna veiti þeim sem við þeim tekur óréttmætt samkeppnisforskot á aðra sem eru í sambærilegri stöðu og ekki síður að horfa til þeirra aðila sem kunna að lenda í samkeppni við sveitarfélagið um ráðstöfun sambærilegra verðmæta. Ef sveitarfélag hyggst þannig selja eða leigja verðmæti á almennum markaði verður ekki útilokað að sú skylda hvíli á því að selja verðmæti ekki undir almennu markaðsverði, því ella væri samkeppnisstöðu þeirra einkaaðila sem sambærileg verðmæti hafa til sölu eða leigu raskað. Oft og tíðum kann að vera erfitt að afla upplýsinga um markaðsverð tiltekinna gæða nema að viðhöfðu því ferli að gefa aðilum á markaði raunhæft tækifæri til að lýsa áhuga sínum, s.s. með því að auglýsa úthlutun þeirra.

Tilvitnuð ummæli úr álitum umboðsmanns Alþingis varpa skýru ljósi á þá aðstöðu sem sveitarfélög standa iðulega frammi fyrir við ráðstöfun fjárhagslegra hagsmuna, hvort sem er í formi sölu eða leigu. Verður að telja eðlilegt í þeim tilvikum og í samræmi við sjónarmið um jafnræði og hagkvæmni í rekstri sveitarfélaga að leitast sé við að auglýsa viðkomandi gæði með almennum auglýsingum. Enn fremur kann að vera rík ástæða til þess að gera kröfu um að þau sjónarmið sem mat mun byggjast á eða að sú aðferð sem nota á við valið (t.d. útdráttur eða hlutkesti) séu tilgreind fyrirfram, t.d. í hinni opinberu auglýsingu. Slíkt er til þess fallið að auka réttaröryggi almennings og traust hans á stjórnsýslu sveitarfélaga. (Sjá til hliðsjónar *ÚFS frá 17. apríl 2002, lóðauðhlutun í Mosfellsbæ* og *ÁFS frá 15. maí 2001, lóðauðhlutun í Mosfellsbæ*.)

Þegar sveitarfélög veita styrki, t.d. til félagasamtaka, verða þau einnig að gæta vel að jafnræðissjónarmiðum og því að allar takmarkanir á jafnræði borgara sveitarfélagsins byggist á málefnalegum sjónarmiðum og séu ekki strangari en eðlilegt má telja miðað við þann tilgang sem umrætt verkefni stefnir að. Styrkur sveitarfélags til ákveðins verkefnis verður almennt að nýtast öllum íbúum sveitarfélagsins, eða í það minnsta verður almennt að ganga út frá að allir íbúar sveitarfélagsins skuli eiga þess kost að njóta hans nema einhverjar málefnalegar takmarkanir komi til. Þegar sveitarfélag veitir styrk til félagasamtaka, s.s. íþróttafélags, verður því að telja að sveitarfélaginu beri almennt jafnframt að gæta þess að allir íbúar sveitarfélagsins eigi þess kost að ganga í félagið og njóta þar með þeirrar starfsemi sem verið er að styrkja eða þá að þeir eigi möguleika á aðgangi að starfsemi og aðstöðu sem styrkja á til jafns við félagsmenn.

Á umrædd jafnræðissjónarmið við úthlutun styrkja til félagasamtaka og fleiri aðila hefur verið lögð nokkur áhersla í fræðilegri umfjöllun um danskan sveitarstjórnarrétt (sbr. t.d. Revsbech 2005, 74 og 243-249; Gammeltoft-Hansen o.fl. 2002, 731-732) auk þess sem nokkur álit danska innanríkisráðuneytisins varða slíkar styrkveitingar sveitarfélaga.

Stjórnmal og stjórnsýsla veftímarit (fræðigreinar)

Álit danska innanríkisráðuneytisins frá 26. september 1988. Þrír einkareknir tónlistarskólar í Odense Kommune kvörtuðu yfir því að fjármunir sem sveitarfélagið veitti til styrktar tónlistarkennslu í sveitarfélaginu rynnu allir til eins tiltekins tónlistarskóla sem rekinn var sem sjálfseignarstofnun. Innanríkisráðuneytið taldi umrædda styrkveitingu heimila en þó bæri að tryggja að styrkþeginn veitti þjónustuna á sama grundvelli og sveitarfélagið hefði gert sjálft, m.a. skyldi tryggja að viðkomandi þjónusta væri í raun og veru opin öllum íbúum sveitarfélagsins. Að þessu gættu væri það í grundvallaratriðum ákvörðun sveitarfélagsins hvaða aðila það vildi styrkja til slíkrar starfsemi, að gættum málefnalegum sjónarmiðum. Umræddir tónlistarskólar áttu því ekki sjálfstæðan rétt á styrk frá sveitarfélaginu, þó svo að einn skóli fengi slíkan styrk.

Eitt þeirra atriða sem studdi niðurstöðuna í ofangreindu máli var að samkvæmt lögum gat sveitarfélagið sjálft tekið upp þetta verkefni, þ.e. rekið tónlistarskóla. Af þeim sökum taldist einnig heimilt að semja bara við einn skólanna, að því tilskildu að sá skóli væri valinn á grundvelli málefnalegra sjónarmiða og að jafnræði borgaranna við aðgang að skólanum væri tryggt. Varast ber að draga of afdráttarlausar ályktanir af einmitt framangreindu dæmi, enda kunna aðrar reglur, s.s. samkeppnislög, að hafa áhrif á heimildir sveitarfélaganna í þessum efnum (s.s. varðandi mismunun á milli skólanna sjálfra).

Álit samkeppnisráðs nr. 4/2001 frá 27. júní 2001. Málið snerist um styrkveitingar til tónlistarskóla og meinta mismunun í styrkveitingum sem skaðaði samkeppni á markaði fyrir tónlistarskóla. Annars vegar var um að ræða styrkveitingu á grundvelli laga nr. 75/1985, um fjárhagslegan stuðning við tónlistarskóla og hins vegar styrkveitingar Fræðslumiðstöðvar Reykjavíkur til ýmissa verkefna. Niðurstaðan varð sú að styrkveitingar Fræðslumiðstöðvarinnar hefðu ekki grundvallast á ómálefnalegum sjónarmiðum og að ekki hefði verið sýnt fram á að einum tónlistarskóla hefði verið veitt samkeppnislegt forskot með slíkum styrkveitingum fram yfir aðra. Vegna styrkveitinga á grundvelli laga nr. 75/1985 taldi samkeppnisráð hins vegar að um gagnrýnisverða framkvæmd væri að ræða. Reykjavíkurborg hafði ekki sett formlegar reglur um úthlutun styrkja þar sem fram komu mælikvarðar sem miðað skyldi við þegar úthlutun færi fram heldur kom fram í máli Reykjavíkurborgar að við ráðstöfun styrkja væri litið til margra þátta, án þess að þeir þættir væru tilgreindir frekar. Samkeppnisráð taldi þessa framkvæmd ógagnsæja og styrkjafyrirkomulagið til þess fallið að skapa samkeppnislegt ójafnræði milli keppnauta í skilningi samkeppnislaga. Ljóst væri að Reykjavíkurborg væri bæði rétt og skylt að gæta þess að fjárframlög til tónlistarskóla færu ekki úr böndum en ekki yrði þó séð að nauðsynlegt væri að útiloka tiltekna tónlistarskóla frá fjárhagslegum stuðningi til þess að stemma stigu við auknum kostnaði.

Þegar sveitarfélag tekur ákvörðun, t.d. um veitingu styrks, er það almennt við síðari ákvarðanir af sama toga bundið við þau sjónarmið (þau málefnalegu sjónarmið) sem lögð voru til grundvallar við fyrri ákvörðunina. Ákvörðun um styrkveitingu, sérstaklega ef styrkveitingar hafa verið viðvarandi um nokkurt skeið, kann því jafnvel að leiða af sér skyldu til að veita styrk síðar ef málum svipar mjög saman; eru sambærileg. Niðurstaða um þetta veltur á framkvæmd viðkomandi sveitarfélags og þá eftir atvikum þeim reglum sem sveitarfélagið hefur sett um styrkveitingar í þessu sambandi (Gammeltoft-Hansen o.fl. 2002, 731). Hvað teljast sambærileg mál er svo sérstakt álitamál sem ekki verður vikið að hér.

Hér má til viðbótar nefna að sveitarfélög veita margs konar styrki til ýmiss konar félagasamtaka og þá ekki síst til samtaka og félaga sem sinna æskulýðsstarfi, s.s. hestamannafélaga, íþróttafélaga, ungmennafélaga, golfklúbba o.fl. Ráðagerð um stuðning af því tagi kemur t.d. fram í 3. mgr. 3. gr. og 11. gr. æskulýðslaga, nr. 28/2007,⁷ og íþróttalögum, nr. 64/1998.⁸ Við veitingu styrkja og aðstoðar verða sveitarfélög að gæta jafnræðis við úthlutun þeirra gæða sem í styrkjunum felast. Mismunur er ekki útilokað en hún skal, sbr. framangreint, byggjast á málefnalegum sjónarmiðum.

3.7. Forsvaranleg meðferð fjármuna

Í meginreglunni um forsvaranlega meðferð fjármuna felst það að sveitarstjórnarmenn, sem bera ábyrgð á ráðstöfun fjármuna sveitarfélags, verða að fara með þær heimildir sem fjárveitingarvaldinu fylgja á forsvaranlegan hátt. Að þessu leyti verður að láta viðkomandi sveitarstjórn eftir nokkurt svigrúm eða sjálfsákvörðunarrétt til að móta pólitíska stefnu um rekstur sveitarfélagsins en viss takmörk eru þó hér á (Andersen 1940, 313; Gammeltoft-Hansen o.fl. 2002, 687).

Í sænsku sveitarstjórnarlögunum er umrædd meginregla lögfest, sbr. 1. og 2. gr. 8. kafla sænsku sveitarstjórnarlaganna⁹ (sjá nánar Paulsson, Riberdahl og West-erling 1997, 277-280.) Í dönskum lögum er þessi regla ekki lögfest en í danskri dómaframkvæmd hefur verið byggt á henni, m.a. vegna óhóflegra risnugreiðslna til sveitarstjórnarmanna og vegna óhóflegra útgjalda til matar og drykkja á sveitarstjórnarfundum. Talið hefur verið eðlilegt að einhverjir fjármunir fari í þætti af þessum toga en útgjöldin verða að vera hæfileg miðað við það sem almennt má ætla að umræddir þættir gætu eða ættu að kosta. Í dönskum dómi frá 1932, *Ufr 1932, bls.*

- 7 1. mgr. 11. gr. umræddra laga hljóðar svo: „Sveitarstjórnir setja sér reglur um á hvern hátt stuðningi við frjálst æskulýðsstarf skuli háttað. Sveitarfélög hafa starfandi æskulýðsnefndir eða sambærilegar nefndir samkvæmt ákvörðun sveitarstjórnar.“
- 8 Í íþróttalögum kemur fram í 2. gr. að „meginmarkmið aðgerða ríkis og sveitarfélaga á sviði íþróttamála skal vera að stuðla að því að allir landsmenn eigi þess kost að iðka íþróttir við sem hagstæðust skilyrði“ og í 7. gr. laganna segir að „bygging íþróttamannvirkja í þágu skóla og til almenningsnota er í verkahring sveitarfélaga nema öðruvísi sé fyrir mælt í lögum“.
- 9 2. gr. 8. kafla sænsku sveitarstjórnarlaganna (sbr. kommunallag 1991:900, með síðari breytingum) hljómar svo: „Kommunerna och landstingen skall förvalta sina medel på ett sådant sätt att krav på god avkastning och betryggande säkerhet kan tillgodoses.“

Stjórnmal og stjórnsýsla veftimarit (fræðigreinar)

424, var það þannig t.d. talið ganga of langt að sveitarfélag hafði notað yfir 10.000 danskar krónur (á verðlagi þess tíma) í útgjöld vegna málsverða á einu ári.

Fram til ársins 2003 hafði þessi regla ekki verið lögfest með beinum hætti hér á landi. Í ljósi réttarstöðunnar annars staðar á Norðurlöndum og stefnumiða sem leiða mátti af íslenskum lögum um framkvæmd sveitarstjórnarmálefna má þó telja að hún hafi a.m.k. haft nokkurt gildi hér á landi sem ólögfest meginregla.¹⁰ Með lögum nr. 74/2003 var sveitarstjórnarlögunum hins vegar breytt og bætt við 64. gr. laganna tveimur málsgreinum, svohljóðandi:

Sveitarstjórn skal gæta ábyrgðar í meðferð fjármuna sveitarfélagsins og tryggja örugga ávöxtun þeirra.

Sveitarstjórn skal á hverjum tíma tryggja umráðarétt yfir fasteignum sem eru nauðsynlegar til að lögboðin verkefni sveitarfélagsins verði rækt.

Í reglunni felst að sveitarfélagi er við starfsemi sína skylt að standa svo að málum að ekki skapist hætta á að getu sveitarfélagsins til að sinna lögbundnum skyldum sínum sé stefnt í voða, t.d. með áhættusömum fjárfestingum. Þá verður að telja að í reglunni felist einnig bann við því að sveitarstjórnarmenn nýti fjármuni sveitarfélagsins í eigin þágu umfram það sem eðlilegt og málefnalegt má teljast miðað við starf þeirra fyrir sveitarfélagið.

Mikilvæga leiðbeiningu um það hvað felst í ákvæði þessu er að finna í álitni félagsmálanefndar um málið þegar það var til meðferðar á Alþingi:

Við umfjöllun málsins var rætt um þá breytingu sem lögð er til á 64. gr. laganna um að sveitarstjórn skuli gæta ábyrgðar í meðferð fjármuna sveitarfélagsins og tryggja örugga ávöxtun þeirra. Um er að ræða meðferð almannafrjár og mikilvægt að hægt sé að treysta því að varkárni verði gætt við val á ávöxtunarleiðum. Orðalagið sem lagt er til felur í sér að sveitarstjórn beri ábyrgð á því hvaða leið verði farin við ávöxtun fjármuna sveitarfélagsins. Í þessu sambandi minnir nefndin á að kaup á hlutabréfum í félögum sem ekki eru skráð í kauphöll geti ekki talist traust ávöxtun skv. 64. gr. Lítur nefndin svo á að ríkisskuldabréf séu eina fjárfestingin sem telja megi örugga en telur þó að veita verði sveitarfélögunum svigrúm til að leggja sjálfstætt mat á fjárfestingarkosti.

Ekki er lengur sjálfgefið að sveitarfélög og aðrir opinberir aðilar eigi hús-næði þar sem fram fer opinber starfsemi á þeirra vegum. Nefndin leggur

10 Reglan hafði þó ekki fengið beina staðfestingu í íslenskum rétti. Í *Hrd.* 1926, bls. 378 er fjallað um gildi skuldbindingar sem sýslunefnd Austur-Húnavatnssýslu gekkst undir með gerð tiltekinnar samþykktar um vegalagningu. Hluti af umfjöllun undirréttarins, en niðurstaða hans var staðfest af Hæstarétti, snerist um heimild sýslunefndarinnar til að taka á sig slíka skuldbindingu og í þeirri umfjöllun teflir dómstóllinn því fram sem röksemd fyrir því að heimild hafi verið fyrir hendi til umræddrar ráðstöfunar að ekki verði séð að sýslunefndin hafi með umræddri samþykkt „bundið sýslufjelaginu þann bagga er það fái ekki undir risið“.

til að nýrri málsgrein verði bætt við 64. gr. laganna þar sem kveðið sé á um að sveitarstjórn skuli á hverjum tíma tryggja umráðarétt yfir fasteignum sem eru nauðsynlegar til að lögboðin verkefni sveitarfélaga verði rækt. Ákvæðið er sett fram sem almenn regla sem sé til þess fallin að tryggja að samningar um sölu fasteigna sveitarfélags leiði ekki til þess að umráð yfir nauðsynlegum fasteignum vegna lögboðinna verkefna sveitarfélags falli niður. Það felur í sér að sveitarfélögunum beri að tryggja að þau hafi t.d. forkaupsrétt eða leigurétt að fasteignum til að nauðsynlegt starf á þeirra vegum geti farið fram ótruflað. Nefndin bendir einnig á að taki sveitarfélag húsnæði á leigu undir lögboðna starfsemi þess verður að gæta þess að leigusamningar feli í sér nægilega langan uppsagnarfrest til að ávallt sé svigrúm fyrir sveitarstjórn til að bregðast við ef útvega þarf nýtt húsnæði fyrir starfseminna (Alþt. 2002-2003, A-deild, 5898-5899).

Framangreindri reglu má einnig finna stöð í ýmsum öðrum ákvæðum sveitarstjórnarlaganna. Í fyrsta lagi má nefna að það er skylda sveitarfélags að sinna lögbundnum verkefnum sínum, sbr. 1. mgr. 7. gr. laganna. Í öðru lagi má hafa hliðsjón af 73. gr. laganna þar sem m.a. kemur fram að sveitarfélag má ekki veðsetja öðrum tekjur sínar eða fasteignir sem nauðsynlegar eru til þess að sveitarfélagið geti rækt lögskyld verkefni sín. Ekki verður gerð aðför í eignum sveitarfélaga sem nauðsynlegar eru til framkvæmda á lögbundnum verkefnum þeirra. Sveitarfélög verða ekki tekin til gjaldþrotaskipta og almennt má ekki binda sveitarsjóð í ábyrgðir vegna skuldbindinga annarra aðila en stofnana sveitarfélagsins.¹¹

Grunnsjónarmiðið er augljóslega það að gera sveitarfélögum kleift að standa við lögbundnar skyldur sínar. Sveitarstjórn er við ákvarðanir sínar skylt að hafa hliðsjón af þessari meginreglu og eyða ekki um efni fram. Þessi skylda setur möguleikum sveitarfélaga til að taka upp verkefni á grundvelli fjárveitingarvalds síns og samkvæmt heimild í 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. mikilvæg takmörk enda eru tekjustofnar sveitarfélaganna ekki ótakmarkaðir og að auki hefur löggjafinn þegar bundið langstærstan hluta af fjármunum sem sveitarfélög hafa yfir að ráða með því að fela sveitarfélögunum rækslu margháttaðra verkefna með ýmsum sérlögum. Reglan setur sveitarfélögunum einnig stólinn fyrir dyrnar að því leyti að samkvæmt henni eru möguleikar sveitarfélaga á að leggja fjármuni sína í verkefni eða rekstur sem hefur fjárhagslega áhættu í för með sér takmarkaðir enda almennt

11 Þá hefur 65. gr. laga nr. 45/1998, sbr. 7. gr. laga nr. 74/2003, hér einnig þýðingu. Þar kemur m.a. fram í 1. mgr. að hyggist sveitarstjórn ráðast í fjárfestingu og áætlaður heildarkostnaður eða hluttur sveitarfélagsins í henni nemur hærri fjárhæð en fjórðungi skatttekna yfirstandandi reikningsárs er skylt að leggja fyrir sveitarstjórn umsögn sérfróðs aðila um kostnaðaráætlunina, væntanleg áhrif hennar á fjárhagsafkomu sveitarsjóðs á fyrirhuguðum verk tíma og áætlun um árlegan rekstrar-kostnað fyrir sveitarsjóð, sé um hann að ræða. Í 2. mgr. sömu greinar segir enn fremur að á sama hátt skuli leita álits sérfróðs aðila áður en sveitarstjórn staðfestir samninga um framkvæmdir eða þjónustu við íbúa sveitarfélagsins sem gilda eiga til langs tíma og hafa í för með sér verulegar skuldbindingar fyrir sveitarsjóð.

engar tryggingar til staðar í slíkum tilvikum sem tryggja hag sveitarfélagsins ef illa fer. Nokkuð þekkt er dæmi um ráðstöfun Raufarhafnarhrepps á stórum hluta af söluhagnaði sem varð af sölu á hlutabréfum í útgerðarfélaginu Jökli hf. í kaup á hlutabréfum í líftæknifyrirtækinu deCode Genetics, móðurfélagi Íslenskrar erfðagreiningar hf. (sbr. t.d. Morgunblaðið 22. janúar 2000). Á þeim tíma var líftæknifyrirtækið ekki skráð á hlutabréfamarkaði.¹²

Umræða um heimildir sveitarfélaga til að leggja fjármagn í áhættusaman rekstur hefur einnig verið uppi í tengslum við fyrirtækið Línu.Net hf. sem var stofnað af Orkuveitu Reykjavíkur 26. júní 1999 (sjá m.a. um sögu fyrirtækisins Lína.Net hf.: Viðskiptablaðið 8. nóvember 2001). Tengist sú umræða þeim leikreglum sem gilda um þátttöku sveitarfélaga í atvinnurekstri almennt en ekki eru tök á að víkja ítarlega að umfjöllun um það athafnasvið sveitarfélaganna (sjá þó kafla 3.8 hér að aftan). Í 2. gr. laga nr. 139/2001, um stofnun sameignarfyrirtækis um Orkuveitu Reykjavíkur, er nú að finna heimild fyrir Orkuveitu Reykjavíkur til að standa að stofnun og eiga fyrirtæki á borð við Línu.Net en í ákvæðinu er talað um að tilgangur Orkuveitu Reykjavíkur sé „vinnsla og framleiðsla raforku, varma og vatns, dreifing og sala afurða fyrirtækisins ásamt hverri þeirri starfsemi annarri sem nýtt getur rannsóknir, þekkingu eða búnað fyrirtækisins, sem og iðnrþróun og nýsköpun af hverju tagi, ásamt annarri viðskipta- og fjármálastarfsemi samkvæmt ákvörðun stjórnar hverju sinni“. Einnig kemur fram í ákvæðinu að Orkuveitunni sé heimilt að reka dótturfélög og eiga hlut í öðrum félögum. Hefur því verið tekin af sá vafi sem áður var uppi um það hvort Reykjavíkurborg væri, í gegnum Orkuveituna, heimilt að eiga og reka fyrirtæki á borð við Línu.Net. Umrætt ákvæði, 2. gr. laga nr. 139/2001, er reyndar ekki síður athyglisvert fyrir þær sakir að það veitir Reykjavíkurborg, sem ráðandi aðila í fyrirtækinu, mun rýmri stöðu en öðrum sveitarfélögum til að leggja fjármagn í áhættusaman atvinnurekstur en almennt verður að telja vissar takmarkanir á heimildum sveitarfélaga til fjárútláta í slíku skyni án sérstakrar lagaheimildar. Um þennan aðstöðumun milli sveitarfélaga er þó engar athugasemdir að finna í frumvarpi til laganna (Alþt. 2001-2002, A-deild, 2794-2817). Sambærileg heimildarákvæði fyrir orkufyrirtæki er reyndar einnig að finna í fleiri lögum sem sett hafa verið á síðari árum, s.s. lögum nr. 40/2001, um stofnun hlutafélags um Orkubú Vestfjarða, lögum nr. 10/2001, um Hitaveitu Suðurnesja, lögum nr. 159/2002, um stofnun hlutafélags um Norðurorku, og lög nr. 13/2005, um stofnun einkahlutafélags um Orkuveitu Húsa- víkur, svo dæmi séu tekin.

12 Ekki er hér hægt að taka afstöðu sérstaklega til umrædds tilviks en sá möguleiki er fyrir hendi að það að ráðstafa opinberum fjármunum sveitarfélags á áhættusaman hátt geti leitt til bótaábyrgðar eða jafnvel refsíábyrgðar. Um refsíábyrgð má t.d. vísa til ákvæðis 141. gr. almennra hegningarlaga, nr. 19/1940, þar sem segir að opinber starfsmaður sem gerist sekur um stórféllda eða ítrek- aða vanrækslu eða hirðuleysi í starfi skuli sæta sektum eða fangelsi allt að einu ári. Um bótaábyrgð vísast til skaðabótalaga, nr. 50/1993, og almennra skaðabótareglna.

3.8. Þátttaka sveitarfélaga í atvinnurekstri

Segja má að eitt áhugaverðasta dæmið um beitingu sveitarfélaga á heimildum sínum til að taka að sér og reka verkefni á ólögbundnum grundvelli felist í ýmsum myndum af þátttöku þeirra í atvinnustarfsemi sem almennt er rekin af einkaaðilum. Hér er í stórum dráttum um tvær spurningar að ræða. Annars vegar um heimild sveitarfélaga sjálfra til að stunda atvinnurekstur. Hins vegar um heimildir sveitarfélaga til að styðja atvinnurekstur sem er í höndum einkaaðila. Þessum álitaefnum tengjast svo önnur álitaefni sem einnig eru áhugaverð, s.s. heimildir til þátttöku í hlutafélögum, gerð þjónustusamninga við einkaaðila o.þ.u.l. (sbr. t.d. Revsbech 2005, 85).

Í samræmi við sjónarmið dansks réttar (sbr. Haarder 1994, 49; Revsbech 2005, 95) hefur komið fram það sjónarmið í íslenskum rétti að hér gildi sú meginregla að sveitarfélög geti ekki án lagaheimildar lagt sjálf stund á verslun, iðnað eða framleiðslu í því skyni að hagnast á starfseminni á almennum markaði, eða veitt beina styrki til fyrirtækja eða einstaklinga sem stunda slíka starfsemi (Birgir Tjörvi Pétursson 1999, 37). Einnig er vísað til slíkrar reglu í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 2/2002 frá 31. janúar 2002 (*erindi vegna sölusýningar í Listasafni Kópavogs*). Í ákvörðuninni segir m.a. eftirfarandi:

Að meginstefnu til gildir bann við því í sveitarstjórnarrétti að sveitarfélög eða fyrirtæki þeirra færi úr skorðum þau mörk sem eru milli opinberra aðila og einkaaðila. Það er meginregla að sveitarfélögum er óheimilt að stunda atvinnurekstur á almennum markaði í ágóðaskyni án lagaheimildar, hvort sem er við verslun, iðnað eða framleiðslu. Athafnir sveitarstjórnar mega ekki vera til þess fallnar að skekkja samkeppnisstöðu á markaði.

Hér ber að gera þann ríka fyrirvara að í íslenskum rétti hefur ekki farið fram nauðsynleg umræða um gildi umræddrar reglu, og þá þær röksemdir sem tilvist hennar byggist á. Rök sem vísað hefur verið til úr danskri réttarframkvæmd¹³ og aðrar

13 Til nánari skýringar á umfjöllunarefninu skal hér nefnt áhugavert dæmi um þátttöku danskra sveitarfélaga í atvinnustarfsemi, sbr. *álit danska innanríkisráðuneytisins frá 23. júní 1991 (TARCO-málið)*. Um var að ræða spurningu um heimildir danskra sveitarfélaga til þátttöku í Tarco-samsteypunni svonefndu. Samsteypan var orðin mjög öflug í ýmissi starfsemi og hafði m.a. sterka stöðu á alþjóðlegum mörkuðum við framleiðslu ýmissa lagna, s.s. röra til flutnings á gasi, olíu og vatni. Uppruna starfseminnar, sem náði allt aftur til annars áratugar 20. aldarinnar, var að leita í viðleitni viðkomandi sveitarfélaga til að nýta betur vissa framleiðsluþætti og þekkingu sem skapaðist við rekstur gas- og rafveitna. Tarco-samsteypan (TARCO A/S) bar því m.a. við í málinu að starfsemi fyrirtækisins færi fram á samkeppnisgrundvelli og nyti ekki styrkja frá viðkomandi sveitarfélögum. Þessu svaraði innanríkisráðuneytið á þann veg að reglan um almennt bann við þátttöku sveitarfélaga í verslun, iðnaði eða framleiðslu gildi óháð því hvort sveitarfélagið veitti beinan fjárhagslegan styrk og tæki þannig á sig fjárhagslega áhættu af starfseminni, og óháð því hvort samkeppnisstöðu einkaaðila væri raskað eða ekki. Þetta kæmi til af því að raunverulegar ástæður fyrir meginreglunni væru fleiri en sjónarmið um fjárhagslega áhættu og röskun á samkeppnisstöðu einkaaðila. Sem dæmi um önnur sjónarmið sem leggja skyldi til grundvallar nefndi ráðuneytið það fyrst og fremst til sögunnar að uppbygging þess lagaramma sem sveitarstjórnir störfuðu eftir væri ekki sniðinn að atvinnurekstri heldur að rækslu „fællesskabsopgaver for et lokalsamfund“. Mat á lögmæti þátttöku sveitarfélaganna í umræddum atvinnurekstri ylti því fyrst og fremst á eðli rekstrarins.

Stjórnmal og stjórnsýsla veftímarit (fræðigreinar)

Þær röksemdir sem fram hafa komið í íslenskum rétti (sbr. Birgi Tjörva Pétursson 1999) renna þó undir hana margvíslegum stoðum. Til nánari skýringar er rétt að draga hér saman nokkur atriði sem ýmist virðast renna stoðum undir að reglan gildi í íslenskum rétti eða mæla henni mót.

Til stuðnings reglunni má í fyrsta lagi nefna að almennt mega aðgerðir sveitarfélaga á almennum markaði ekki vera til þess fallnar að raska samkeppnisstöðu einkaaðila í rekstri. Í öðru lagi hafa sveitarfélög aðgang að skatttekjum og þau verða ekki tekin til gjaldþrotaskipta, sbr. ákvæði 73. gr. svsl. Sambærilega aðstöðu hafa einkaaðilar ekki. Í þriðja lagi geta styrkir til einstakra fyrirtækja eða því um líkar aðgerðir haft óheppilegar afleiðingar í formi samkeppni milli sveitarfélaga. Þó svo að það sé lögmætt markmið í starfi sveitarfélaga að sinna almennum velferðarmálum íbúa sinna liggur ekki jafnljóst fyrir að sveitarfélagi sé heimilt að gera svo beinlínis á kostnað annarra sveitarfélaga. Í fjórða lagi verður skilyrði 2. og 3. mgr. 7. gr. svsl. um almenna og sameiginlega hagsmuni íbúa sveitarfélags almennt túlkað þröngt. Heimild sveitarfélaga til að taka að sér verkefni á ólögfestum grundvelli leiðir af 2. og 3. mgr. 7. gr. Samkvæmt skýringu þeirra ákvæða verður slíkt verkefni sem sveitarfélag ákveður að taka að sér almennt séð að þjóna hagsmunum allra íbúa sveitarfélagsins. Þetta skilyrði verður eðli málsins samkvæmt ekki túlkað rúmt, a.m.k. ekki þegar kemur að atvinnustarfsemi, sbr. það sem sagt hefur verið hér að framan um skilyrðið um sameiginlega hagsmuni íbúa sveitarfélags og hvernig það lýsir vísireglu sem breytist í takt við þjóðfélagsþróun. Þá má hér ekki gera lítið úr því sjónarmiði að stjórn sveitarfélaga og málsmedferðarreglur sem gilda um hana þjóna iðulega illa þörfum atvinnulífsins. Sveitarstjórnarfulltrúar eru valdir til að fara með stjórn málefna viðkomandi sveitarfélags, s.s. málefni grunnskólans og skipulagsmál, en ekki til að standa í atvinnurekstri á einkamarkaði. Almennt eru ekki gerðar kröfur um sérstaka þekkingu þeirra á þessu sviði heldur (sjá m.a. Revsbech 2005, 85-88).

Við umfjöllun um gildi þessarar meginreglu að íslenskum rétti vakna þó óneitanlega ýmsar spurningar sem tengjast atvinnubátttöku sveitarfélaga á Íslandi í gegnum tíðina. Á fjórða áratug 20. aldarinnar stóðu sveitarfélög víða að atvinnubótavinnu en slík starfsemi þekktist þó fyrir 1930, t.d. í Reykjavík. Á árinu 1933 var tekin upp fjárveiting til atvinnubótavinnu á fjárlög Alþingis og hélst sú skipan í nokkur ár, a.m.k. til ársins 1940. Framlag ríkisins til atvinnubóta í þessu skyni var háð mótframlagi frá sveitarfélagi. Á árunum 1933-1938 fór mestur hluti fjárframlaga til atvinnubótavinnu í beinar vinnulaunagreiðslur en á árunum 1939-1940 var farið að verja fénu í auknum mæli til styrkja til nýs atvinnurekstrar í staðinn. Framhald varð á slíkri aðstöðu sveitarfélaga við atvinnulífið, t.d. með að-

Niðurstaðan varð sú að þátttaka sveitarfélaganna í umræddum atvinnurekstri taldist að stórum hluta ólögmæt. Viðbrögð danska þjóðþingsins voru þau að setja lög sem, með ströngum skilyrðum um að samkeppni á markaði yrði ekki raskað, heimiluðu sveitarfélögum að taka þátt í rekstri af því tagi sem hér var um að ræða og þegar hagsmunir af því að nýta þekkingu sem til yrði í lögmætri starfsemi sveitarfélaga væru nokkuð augljósir, sbr. lov om kommuners og amtskommuners samarbejde med aktieselskaber m.v., nr. 384 frá 20 maí 1992.

komu sveitarfélögin að uppbyggingu útgerða víða um land. Gerð er grein fyrir þessum sögulegu atriðum í bók Lýðs Björnssonar sagnfræðings, *Saga sveitarstjórnar á Íslandi II* (1979). Þar er meðal annars að finna áhugavert yfirlit yfir þátttöku sveitarfélöga í útgerð á Íslandi (Lýður Björnsson 1979, 357-363) og einnig má benda á umfjöllun um búrekstur sveitarfélöga í sama riti (363-365). Má af þessu yfirliti sjá að hagsmunir sveitarfélögin af þátttöku í útgerð hafa fyrst og fremst legið í því að efla almennt atvinnulíf og bægja frá atvinnuleysi. Búrekstur virðist fyrst og fremst hafa farið fram af hálfu bæjarfélöga sem voru einangruð að einhverju leyti. Var t.d. rekið kúabú í Vestmannaeyjum árin 1946-1962 og á Siglufirði árin 1928-1966. Ekki er þó fyllilega ljóst um ástæður þess að Reykjavík rak kúabú á Korpúlfsstöðum árin 1942-1967 (sjá Lýð Björnsson 1979, 363-364).

Ofangreind umsvif sveitarfélöga í atvinnurekstri verða ekki ein sér talin leiða til þess að meginreglan um að sveitarfélögum sé óheimilt að stunda atvinnurekstur á almennum markaði í ágóðaskyni án lagaheimildar, hvort sem er við verslun, iðnað eða framleiðslu, hafi ekki gildi hér á landi. Nánari rannsóknir á stjórnsýsluframkvæmd og þeim viðhorfum sem birst hafa í settum lögum frá Alþingi þarf hér til að koma. Þá ber að hafa í huga að inntak meginreglunnar (eða afleiðing) er á vissan hátt það að sveitarfélögum og fyrirtækjum þeirra er óheimilt að færa úr skordum þau mörk sem eru milli opinberra aðila og einkaaðila. Þó svo að sveitarfélög megi almennt ekki færa mörkin úr stað og ganga þannig inn á verkswið einkaaðila þá þýðir það ekki að þjóðfélagsþróun og styrking einkaframtaxsins geti ekki haft áhrif á þessi mörk. Verkefni sem áður kunna að hafa talist of stór í sniðum eða óhagkvæm fjárhagslega fyrir einkaaðila til að sinna geta síðar orðið fjárhagslega hagkvæmur atvinnuvegur. Við slíka þróun takmarkast athafnasvið sveitarfélögin að því marki sem athafnasvið einkaaðila stækkar.

Rétt er að benda á að framangreint á við um heimildir sveitarfélöga til að stunda atvinnurekstur í ólögbundnum tilvikum. Í ýmsum tilvikum hefur löggjafinn heimilað sveitarfélögum slíkan rekstur með lögum, sbr. m.a. fyrrnefnd lög nr. 139/2001, um stofnun sameignarfélags um Orkuveitu Reykjavíkur. Um slík tilvik eiga framangreind sjónarmið almennt ekki við. Eins og fram kom hér að framan er í 2. gr. laga nr. 139/2001 að finna heimild fyrir Orkuveituna til að standa að stofnun og eiga hlut í fyrirtækjum. Á grundvelli þessarar heimildar er Orkuveitunni heimilt að eiga hlut í fyrirtækjum á samkeppnismarkaði.¹⁴ Þá skal einnig tekið fram að hér hefur aðeins verið velt upp nokkrum sjónarmiðum sem lúta að þátttöku sveitarfélöga í atvinnustarfsemi. Ekkert endanlegt svar hefur verið gefið um inntak heimildar sveitarfélöga að því leyti. Sveitarfélög teljast enn, a.m.k.

14 Í Danmörku hafa verið sett lög sem með almennum hætti auka möguleika sveitarfélöga á að nýta sér þekkingu sem til verður í lögmætum atvinnurekstri þeirra til þess að styðja við einkaaðila og taka þátt í atvinnurekstri í því skyni, m.a. vegna Tarco-málsins sem reifað var hér að framan. Mikil áhersla hefur þó verið á það löggjöf í þessari löggjöf að sveitarfélög raski ekki samkeppni á markaði, sjá nú fyrst og fremst „lov nr. 548 af 8. juni 2006 om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber“.

Stjórnmal og stjórnsýsla veftimarit (fræðigreinar)

að álitni félagsmálaráðuneytisins, hafa heimildir til að grípa inn í og styrkja atvinnurekstur til að afstýra almennu atvinnuleysi í sveitarfélaginu. Kemur það m.a. fram í *ÁFS frá 21. febrúar 2001 (Raufarhafnarbreppur; Lánveiting til fyrirtækis)*.

ÁFS frá 21. febrúar 2001 (Raufarhafnarbreppur): Í álitinu fjallaði ráðuneytið almennt bæði um lánveitingar til fyrirtækja og hlutafjárkaup í fyrirtækjum ætluð til að styrkja atvinnurekstur á svæðinu. Um lánveitingar segir m.a. svo í álitinu: „telur ráðuneytið það ekki vera verkefni sveitarfélaga, sbr. 3. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga, að veita almenn lán til fyrirtækja. Telur ráðuneytið að framboð lánsfjár á fjármagnsmörkuðum sé nú slíkt að þau fyrirtæki sem ekki geta aflað fjármagns á almennum markaði séu almennt ekki líkleg til að geta endurgreitt sveitarsjóði lán sem þeim eru veitt. Telur ráðuneytið því að sveitarfélögum beri að forðast með öllum ráðum að stunda lánastarfsemi til slíkra aðila.“ Um hlutafjárkaupin sagði hins vegar svo: „eru hlutafjárkaup sveitarfélaga, sem eru liður í atvinnuuppbyggingu eða baráttu gegn atvinnuleysi, ekki óheimil samkvæmt sveitarstjórnarlögum nr. 45/1998. Engu að síður verða slíkar ráðstafanir að uppfylla ákveðnar kröfur, að því er varðar undirbúning og form ákvörðunar.“

3.9. Samantekt

Af umfjöllun í þessum kafla má ráða að víða er að finna takmarkanir á möguleikum sveitarfélaga til að leggja fjármuni í ólögbundin verkefni. Í mörgum tilvikum er um skörun reglna og sjónarmiða að ræða og erfitt er að gefa algild svör um hvað má og hvað ekki. Kemur það fyrst og fremst til af því hversu mikilvægar meginreglur laga eru við umfjöllun um heimildir sveitarfélaga til að beita fjárveitingarvaldi sínu. Einnig ræður töluverðu að heimildin sjálf, þ.e. heimild sveitarfélaga til að taka að sér ólögbundin verkefni, sem fram kemur í 2. og 3. mgr. 7. gr., felur í sér vísireglu sem tekur breytingum í takt við þjóðfélagsþróunina.

Heimildaskrá

Andersen, E. 1940. *Administrativ tilsyn med kommunalforvaltningen*. Danmörk: G.E.C. Gads Forlag.

Berglind Bára Sigurjónsdóttir 2007. Verkskipulagsvald og valdframsaf í sveitarstjórnarrétti. *Úlfjótur* 2007, 4. tbl.

Birgir Tjörvi Pétursson 1999. Um ólögmaelt verkefni sveitarfélaga. *Úlfjótur* 1999, 1. tbl.

Bohlin, A. 2003. *Kommunalrættens grunder* (4. útg.). Stokkhólmur: Norstedts Juridik AB.

Christensen, B. 1980. *Forvaltningsret, hjemmelsspørgsmål*. Danmörk: Juristforbundets forlag.

Christensen, B. 1997. *Forvaltningret, opgaver, hjemmel, organisation* (2. útg.). Danmörk:

Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

„Fjárfrekir gagnaflutningar.“ *Viðskiptablaðið*, 8. nóvember 2001.

Forsætisráðuneytið 1999. *Starfsskiilyrði stjórnvalda*. Reykjavík.

Stjórnsmál og stjórnsýsla vef tímarit (fræðigreinar)

- Gammeltoft-Hansen, H. 1999. „Kommunerne og ombudsmanden“ í *Kommunestyre i retlige rammer*. Danmörk: Kommunekredit.
- Gammeltoft-Hansen, H., Andersen, J., Larsen, K., Loiborg, K., Engberg, M. og Olsen, J. 2002. *Forvaltningsret* (2. útg.). Danmörk: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Garde, J. og Revsbech, K. 2005. *Kommunalret* (2. útg.). Danmörk: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Garde, J., Jensen, J.A., Jensen, O.F., Madsen, H.B., Mathiassen, J. og Revsbech, K. 2004. *Forvaltningsret – almindelige emner* (4. útg.). Danmörk: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Gaukur Jörundsson 1969. *Um eignarnám*. Reykjavík: Menningarsjóður.
- Gunnar G. Schram 1999. *Stjórnskipunarréttur* (2. útg.). Reykjavík: Háskólaútgáfan.
- Haarder, E. 1994. *Dansk kommunalforvaltning III*. Danmörk: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Jensen, C.H. 1972. *Kommunalret*. Kaupmannahöfn.
- Jensen, C.H. og Nørgaard, C.A. 1988. *Administration og borger*. Danmörk: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Jóhann Tómas Sigurðsson 2000. Sjálfstjórn sveitarfélaga. *Úlfljóttur* 2000, 2. tbl.
- Karsten Revsbech 2005. *Kommunernes opgaver – Kommunalfuldmagten m.v.* Danmörk: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Lýður Björnsson 1972. *Saga sveitarstjórnar á Íslandi I*. Reykjavík: Almenna bókafélagið.
- Lýður Björnsson 1979. *Saga sveitarstjórnar á Íslandi II*. Reykjavík: Almenna bókafélagið.
- Overå, O. og Bernt, J.F. 1997. *Kommuneloven med kommentarer* (2. útg.). Ósló: Kommunforlaget.
- Paulsson, I., Riberdahl, C. og Westerling, P. 1997. *Kommunallagen. Kommentarer och praxis*. Stokkhólmur: Kommentus Förlag.
- Páll Hreinsson 1994. *Stjórnsýslulögin, skýringarit*. Reykjavík: Forsætisráðuneytið.
- Páll Hreinsson 2001. „Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar“ í ritinu *Lindala*. Reykjavík: Hið íslenska bókmenntafélag.
- Sesselja Árnadóttir 2007. Sveitarstjórnarlögin ásamt skýringum og athugasemdum. Handrit. Reykjavík: Samband íslenskra sveitarfélaga.
- „Verðbréfiðskipti skattgreiðenda.“ *Morgunblaðið*, 22. janúar 2000.

