



Justitsministeriet

Civil- og Politiafdelingen

Søllerød Kommunalbestyrelse
Rådhuset
Øverødvej 2
2840 Holte

Dato: 18 JULI 2000
Kontor: Civilkontoret
Sagsbeh.: Mohammed Ahsan
Sagsnr.: 2000-944-0079
Dok.: MOA20139

Ved brev af 27. januar 2000 har Søllerød Kommunalbestyrelse klaget til Indenrigsministeriet over Tilsynsrådet for Københavns Amts afgørelse af 23. november 1999, hvorved tilsynsrådet annullerede Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning af 29. september 1999 om at udbetale et årligt beløb til forældre, der passer egne børn i hjemmet. Søllerød Kommunalbestyrelse har oplyst, at kommunen har udsendt materiale om pasningsordningen, herunder – med forbehold – om betaling til forældre, der passer egne børn i hjemmet. Ordningen er ikke sat i værk.

Efter statsministerens indstilling blev det ved kongelig resolution af 28. april 2000 bestemt, at den foreliggende sag som følge af indenrigsministerens inhabilitet blev overført fra indenrigsministeren til justitsministeren.

Justitsministeriet har behandlet klagen og stadfæster Tilsynsrådet for Københavns Amts afgørelse af 23. november 1999 om annullation af Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning af 29. september 1999.

Her følger først en gennemgang af sagens baggrund og derefter en nærmere begrundelse for Justitsministeriets afgørelse.

1. Sagens baggrund:

1.1. Ved brev af 2. februar 1999 til socialministeren ansøgte Søllerød Kommunalbestyrelse om godkendelse af en forsøgsordning i henhold til § 138 i lov om social service. Bl.a. følgende var anført i ansøgningen:

”For at skabe større valgmulighed for småbørnsforældrene, og således at de ikke af økonomiske grunde afholder sig fra at gå på forældreorlov eller for en kortere periode at træde ud af arbejdsmarkedet for at kunne tilbringe mere tid sammen med deres børn, ansøger Søllerød Kommune Socialministeriet om godkendelse af følgende forsøgsordning i henhold til § 138 i lov om social service:

1. "Frit valg ordningen" med kommunalt tilskud til forældre, der vælger privat pasning udbygges, således at der gives mulighed for, at en af forældrene kan godkendes som privat passer, i lighed med den ordning, der eksisterer under den kommunale dagpleje, hvor en dagplejer har mulighed for at kunne passe egne børn
2. Hvis den pågældende forældre, der ansættes som "privat passer", er på forældreorlov, udbetales af Søllerød Kommune ud over den statslige og kommunale orlovsydelse et tilskud på 28.571 kr. årligt pr. barn.
3. Hvis den pågældende forældre, der ansættes som "privat passer" ikke er på forældreorlov, udbetales af Søllerød Kommune et tilskud på 78.571 kr. årligt pr. barn.
4. Af disse tilskudsbeløb betales til Søllerød Kommune en forældrebetaling på 30%.
5. Det ydede tilskudsbeløb er A-indkomst for modtageren, og beløbet udbetales månedligt med 1/12 af det årlige beløb.
6. Ordningen er gældende for forældre med bopæl i Søllerød Kommune vedr. børn i alderen ½-1½ år.
7. Hvis man som forældre vælger at gøre brug af denne forsøgsordning, kan barnet ikke samtidig være indskrevet i et af Søllerød Kommunes dagtilbud.
8. Ordningen etableres som en forsøgsordning – foreløbig for en 3-årig periode med virkning fra 1. april 1999.

I forbindelse med denne ansøgning kan det oplyses, at Søllerød Kommune på grund af et stærkt stigende børnetal inden for de seneste år har foretaget store kapacitetsforøgelser og anlægsinvesteringer inden for daginstitutionsområdet. Der er således siden 1/1 1994 etableret 430 nye daginstitutionspladser med investeringer i anlæg for ca. 35 mio. kr. og en stigning i de årlige udgifter fra 50 mio. kr. i 1994 til ca. 100 mio. kr. i 1998.

Søllerød Kommune forventer, at den foreslåede forsøgsordning kan være med til at supplere alsidigheden i de alternative tilbud, der allerede tilbydes forældre ud over de mere traditionelle dagtilbud, vuggestue, dagpleje og børnehave.

Søllerød Kommunes befolkningsprognose viser, at antallet af 0-5 årige topper inden for de nærmeste år. En sådan forsøgsordning kan derfor være med til at sikre, at kommunen ikke tvinges ud i nogle anlægsinvesteringer, som på længere sigt er u hensigtsmæssige og belastende for kommunen.

En vis brug fra forældreside af forsøgsordningen kan samtidig muliggøre et mindre pres på vuggestue- og børnehaveområdet. Kommunalbestyrelsen har besluttet, at denne vil blive brugt til en "udtynding" i institutionerne. Antallet af børn i vuggestuegrupperne og børnehavegrupperne vil kunne nedsættes, hvilket vil være et betydeligt kvalitetsløft."

Ved brev af 19. april 1999 til Søllerød Kommune meddelte Socialministeriet, at ministeriet ikke kunne godkende den ordning Søllerød Kommunalbestyrelse ønskede. I brevet anførtes følgende:

"Socialministeriet finder ikke, at der er hjemmel i servicelovens § 138 til at godkende forsøget.

Servicelovens § 138, stk. 1, giver mulighed for, at socialministeren kan godkende, at servicelovens bestemmelser kan fraviges for en bestemt forsøgsperiode, for at give mulighed for at oprette andre *tilbud* end dem, der er omtalt i serviceloven. Ligesom efter den tidligere forsøgsbestemmelse i bistandslovens § 138 b, stk. 1, er formålet med forsøgsbestemmelsen, når det gælder dagtilbudsområdet for børn, at give kommuner og amtskommuner mulighed for at afprøve alternative offentlige eller private *pasningsordninger*, som ikke kan arrangeres inden for servicelovens rammer. Det har således ikke været hensigten med forsøgsbestemmelsen, at give mulighed for at gennemføre forsøg, hvorefter der udbetales kontante beløb til enkelt personers pasning af egne børn."

1.2. Børne- og Kulturudvalget i Søllerød Kommune tog på udvalgets møde den 14. september 1999 stilling til en indstilling fra forvaltningen om at etablere en forsøgsordning med samme indhold som beskrevet i kommunens forsøgsansøgning til Socialministeriet. Til nærmere belysning af muligheden for etablering af den foreslåede ordning set i relation til primært kommunalfuldmagtens bestemmelser var udarbejdet et notat af advokat, dr. jur. Mogens Heide-Jørgensen. Notatet var vedlagt Børne- og Kulturudvalgets dagsorden til mødet den 14. september 1999.

Af udskrift af dagsordenen med vedtagelser for Søllerød Kommunalbestyrelses møde den 29. september 1999 fremgår bl.a. følgende:

"Med den i dagsordenteksten anførte begrundelse indstiller BØRNE- OG KULTURUDVALGET

- ◆ at følgende ordning etableres som en forsøgsordning med virkning fra 1. december 1999 – og foreløbig for en 3-årig periode:
 1. Der ydes efter ansøgning et kommunalt tilskud til forældre, der vælger at passe eget barn i eget hjem.
 2. Hvis den pågældende forældre er på forældreorlov, udbetales af Søllerød Kommune ud over den statslige og kommunale orlovsydelse et tilskud på 20.000 kr. årligt pr. barn. (Den kommunale orlovsydelse andrager 35.000 kr. årligt).
 3. Hvis den pågældende forældre ikke er på forældreorlov, udbetales af Søllerød Kommune et tilskud på 55.000 kr. årligt pr. barn.
 4. Det ydede tilskudsbeløb er A-indkomst for modtageren, og beløbet udbetales månedligt med 1/12 af det årlige beløb.
 5. Ordningen er gældende for forældre vedr. børn i alderen ½-1½ år.
 6. Hvis man som forældre vælger at gøre brug af denne ordning, skal det være minimum for en 3 måneders periode, og barnet kan ikke samtidig være indskrevet i et af Søllerød Kommunes dagtilbud.

- ◆ at et reduceret brug af institutionspladser som følge af ordningens etablering anvendes til en nedsettelse af antallet af børn i vuggestue og børnehavegrupperne, og at der ikke i forsøgsperioden som følge af ordningens etablering må nedlægges daginstitutioner.

...

ØKONOMIUDVALGET indstiller Børne- og Kulturudvalgets indstilling tiltrådt.

KOMMUNALBESTYRELSEN tiltrådte Børne- og Kulturudvalgets indstilling.
Vibeke Peschardt var fraværende.”

Advokat, dr. jur. Mogens Heide-Jørgensen har i sit ovenfor nævnte responsum, der er dateret den 18. august 1999, anført, at Søllerød Kommunalbestyrelse efter hans opfattelse vil kunne gennemføre forsøget uden Socialministeriets godkendelse, idet kommunalbestyrelsen kan påberåbe sig argumenter, der efter advokatens opfattelse er velkendte i læren om kommunalfuldmagten.

1.3. Den 10. september 1999 havde Tilsynsrådet for Københavns Amt telefonisk anmodet Søllerød Kommunalbestyrelse om at blive holdt underrettet om kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om en ordning, hvorefter kommunen udbetaler et årligt beløb til forældre, der passer egne børn i hjemmet. Tilsynsrådet for Københavns Amt modtog på denne baggrund underretning om Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning af 29. september 1999.

Efter anmodning fra tilsynsrådet udtalte Socialministeriet følgende ved brev af 11. oktober 1999:

”Tilsynsrådet har i brev af 23. september 1999 bedt Socialministeriet om en vejledende udtalelse i sagen om Søllerød Kommunes planer om at indføre en ordning, hvorefter der kan udbetales et årligt beløb til forældre, der vil passe deres børn hjemme i stedet for at benytte et dagtilbud til børn efter lov om social service.

Tilsynsrådet ønsker herunder oplyst, om der er hjemmel i den sociale lovgivning til den omhandlede ordning. Hvis der ikke er hjemmel i den sociale lovgivning ønsker Tilsynsrådet oplyst, om den sociale lovgivning udtømmende gør op med, hvilke pasningsordninger, kommunen kan medvirke/betale til, således at andre ordninger ikke lovligt vil kunne etableres.

Det fremgår af Tilsynsrådets brev, at Tilsynsrådet er bekendt med, at Søllerød Kommune tidligere – i et brev af 2. februar 1999 – har anmodet Socialministeriet om godkendelse af en tilsvarende ordning som forsøgsordning i henhold til § 138 i lov om social service, samt at denne anmodning blev afslået af Socialministeriet i brev af 19. april 1999. Socialministeriet har i brevet begrundet afslaget med, at Socialministeriet ikke finder, at der er hjemmel i servicelovens § 138 til at godkende forsøget.

Det fremgår videre, at et af Tilsynsrådets medlemmer har kontaktet den kommunale administration og anmodet om at blive holdt orienteret om sagen.

Tilsynsrådets sekretariat har herefter fra den kommunale administration modtaget kopi af dagsordenen for kommunalbestyrelsens møde den 29. september 1999 samt kopi af et responsum, som kommunen har fået udarbejdet af advokat, dr.jur. Mogens Heide-Jørgensen.

Konklusionen i dette responsum lyder således:

”Efter min vurdering kan Søllerødforsøget i den udformning, det har i kommunalbestyrelsens skrivelse af 2. februar 1999 med bilag lovligt gennemføres, uden at Socialministeriets godkendelse behøves.

Forsøget kan påberåbe sig argumenter, der er velkendt i læren om kommunalfuldmagten:

Det er et servicetilbud baseret på kommunalt vedtagne retningslinier og begrundet i ønsker dels om bedre service, dels om økonomisering med kommunens ressourcer. Forsøget støder ikke an mod noget lovbestemt forbud og ses ikke at angribe nogen anden offentlig myndigheds økonomiske interesser.”

Som baggrund for Socialministeriets besvarelse, redegøres i det følgende i nogle hovedtræk for udviklingen af regelgrundlaget i den sociale lovgivning om dagtilbud til børn tilbage til bistandslovens ikrafttræden den 1. april 1976.

Samtidig redegøres for udviklingen i andre ordninger, som kan erstatte eller supplere dagtilbud til børn efter bestemmelserne i bistandsloven og fra 1. juli 1998 efter bestemmelserne i serviceloven, som er trådt i kraft i stedet for bistandsloven. Redegørelsen sigter specielt på at trække linierne op for dagtilbud, der oprettes med henblik på at give pædagogiske, sociale og pasningsmæssige tilbud til børnene, jf. serviceloven § 7, stk. 1. Klubområdet indgår således ikke i redegørelsen.

Bistandslovens bestemmelser om dagforanstaltninger/dagtilbud til børn

Efter bistandsloven – lov nr. 333 af 19. juni 1974 – var kommunen forpligtet til at sørge for det nødvendige antal pladser på daginstitutioner for børn og unge, herunder socialpædagogiske fritidsforanstaltninger (§ 69, stk. 1). Daginstitutioner kunne drives af en eller flere kommuner eller som private institutioner, som skulle indgå overenskomst med kommunen (§ 69, stk. 2). Formålet med daginstitutionerne var ifølge socialministeriets cirkulære af 29. marts 1976 at tjene socialpædagogiske hovedformål.

Det fremgår af bemærkningerne til bistandslovens § 69, at man med formuleringen af § 69 har forladt den tidligere børneforsorgslovs opdeling i forskellige institutionstyper, der dels var traditionelt betingede, dels tidligere var opretholdt på grund af forskellige tilskudsregler for de forskellige institutionstyper. Hensigten med alene at relatere kommunernes forpligtelse til antal pladser i daginstitutioner var desuden at give kommunerne mulighed for på langt smidigere måde end tidligere at kombinere og udnytte forskellige institutionstyper.

Det sociale udvalg kunne desuden formidle anbringelse af børn i dagpleje i private hjem, der forud var godkendt af det sociale udvalg til dette formål (§ 64).

Dagplejepladser har siden 1981 for de 0-2 årige børn været betragtet som et dagtilbud på linie med institutionspladser (Socialministeriets skrivelse af 31. oktober 1980).

Kommunen kunne endvidere give tilladelse til private dagplejere og private daginstitutioner til mod betaling at modtage børn i privat dagpleje (§ 63). Der er her tale om ordninger, der fungerede uden

overenskomst med kommunen og uden mulighed for offentlig økonomisk støtte, jf. senere om tilskud til legestuer og lignende.

Bistandslovens bestemmelser om dagforanstaltninger for børn har efter et almindeligt anerkendt princip været betragtet som udtømmende med hensyn til hvilke former for dagtilbud med pasningsmæssige formål kommunen kan medvirke til herunder betale til.

Forsøgsvirksomhed som led i opblødning af bestemmelserne

For at give kommuner mulighed for at afprøve nye og mere fleksible løsninger, som ikke kunne afprøves inden for bistandslovens gældende bestemmelser, blev der med lov nr. 620 af 8 december 1982 indføjet en forsøgsbestemmelse i bistandsloven. § 138 b, som gav socialministeren mulighed for at tillade, at der for en forsøgsperiode kunne oprettes andre socialpædagogiske tilbud for børn og andre institutionsformer for børn (og voksne) end dem, der var omtalt i bistandslovens afsnit VI om dag- og døgnpleje og VII om institutioner.

Det fremgår af Socialministeriets vejledning af 29. januar 1983 om adgangen til at etablere forsøg efter bistandslovens § 138 b og finansiering af forsøg, at hensigten med forsøgsbestemmelsen var at understøtte mulighederne for det lokale initiativ på området, således af der som alternativ til de eksisterende pasnings- og institutionsformer kunne etableres mere smidige og utraditionelle former.

I vejledningen nævnes nogle eksempler på modeller for forsøgsordninger inden for dagforanstaltningsområdet for børn. Herunder nævnes bl.a.:

- privat arrangeret pasning ved fremmed hjælp for eget og andre børn i eget hjem, hvor en enkeltperson ansætter en person (en slags dagplejer), der i hjemmet skal passe familiens eget barn/børn. Det offentlige tilskud kunne gives, fordi familien tillige skulle påtage sig at passe andre end egne børn. En dispensation fra dagplejebestemmelserne krævedes, fordi bistandslovens §§ 63-64 ifølge fortolkning kun omfattede tilfælde, hvor dagplejen foregik i dagplejerens eget hjem. Der er derfor tale om en udvidelse af det hidtidige dagplejebegreb.

- en gruppe forældre passer på skift egen gruppes børn (eventuelt også flere) i et af hjemmene eller på skift i hjemmene. Her tænkes på den situation at en gruppe af forældre med deltidsarbejde eller skiftende arbejdstider kunne finde sammen og skiftes til at passe hinandens børn og kunne få et tilskud til denne opgave fra kommunen.

- en eller flere passer i lejede eller kommunale lokaler andre, eventuelt egne børn. Her tænkes på situationer, hvor kommunen eller forældregrupper tog initiativ til at etablere en børnegruppe og ansætte personer til at passe børnene.

I eksemplerne nævnes situationer, hvor egne børn kan indgå i pasningen. Det blev dog forudsat, at det ikke ville være muligt at få betaling som dagplejer for pasning af egne børn.

Folketingets Socialudvalg bad den 19. marts 1986 i spørgsmål nr. 68 (Alm.del. – bilag 150) socialministeren oplyse følgende:

"a. I hvilket omfang kommunerne efter gældende regler kan udbetale forældreløn.

b. I hvilket omfang kommunerne efter gældende regler kan udbetale dagplejevederlag til forældre.

c. Hvorvidt ministeren agter at give kommuner videre muligheder for at lade pengene følge børnene i stedet for institutionerne.”

Socialministeren oplyste i sit svar af 25. marts 1986 bl.a.:

Efter gældende regler er der ikke adgang til at udbetale løn til forældre, der ophører med at have tilknytning til arbejdsmarkedet for at passe egne børn i hjemmet (punkt a).

Efter bistandslovens almindelige bestemmelser (lovens § 64) er der heller ikke mulighed for, at forældre kan få dagplejevederlag fra kommunen til pasning af deres egne børn i kommunalt formidlet dagpleje. Punkt b. i spørgsmålet kan derfor ligeledes besvares benægtende.

Socialministeriet havde bedt de kommuner, som ifølge den seneste tids avisartikler skulle have ordninger af den omhandlede karakter, om at sende en redegørelse herfor.

Til spørgsmålet i punkt c. oplystes, at der var indført en forsøgsbestemmelse i bistandslovens § 138 b for at fremme en større fleksibilitet hos kommunerne med hensyn til børnepasning. Ved forsøg kan der tilstræbes en bedre udnyttelse af de eksisterende ressourcer samt gives forældrene en større mulighed for at vælge en løsning, der tilgodeser den enkeltes behov mest muligt.

Med indførelse af forsøgsbestemmelsen har det dog ikke været hensigten, at der skal ydes tilskud til forældre, der alene passer deres egne børn. Der er i socialministeriets vejledning af 29. juni 1983 om forsøg bl.a. nævnt muligheder for, at forældregrupper selv former løsninger for pasning af deres børn inden for rammer af et givet budget.

Endelig tilkendegav Socialministeriet, at forsøgsordninger skal godkendes af Socialministeriet.

Socialministeriet henstillede i 1986 i forlængelse heraf til nogle enkelte kommuner at ophøre med en praksis, hvorefter forældre kunne modtage betaling for pasning af egne børn som led i kommunalt formidlet dagpleje. Socialministeriet begrundede henstillingen med, at bistandslovens § 64 om dagpleje ikke giver hjemmel til, at det sociale udvalg kan formidle anbringelse af børn i dagpleje hos børnenes egne forældre.

Det var imidlertid fra nogle kommuner ønske om at få lovgivningen ændret på dette område. Det blev i denne forbindelse fremhævet, at muligheden for at kunne lade egne børn, indgå i det antal børn, en dagplejer kunne modtage betaling for at passe, kunne være forbundet med kommunale besparelser og medvirke til skaffe flere dagplejere.

Forsøgsbestemmelsen blev herefter ved lov nr. 270 af 3. maj 1989 udvidet, således at det blev muligt at give tilladelse til forsøg, der sigter mod at nedbringe ventelister til dagtilbud til børn (§ 138 b, stk. 1, 2. pkt.) og herunder afprøve ordninger, hvor egne børn under 3 år kunne indgå i det antal dagplejebørn, kommunen betale for.

Denne tilføjelse til forsøgsbestemmelsen om forsøg, der sigter mod at nedbringe ventelister er for øvrigt ikke opretholdt i forsøgsbestemmelsen i serviceloven.

Det har således været almindelig accepteret, at kommunal medvirken til finansiering af dagtilbud til børn, som ikke har hjemmel i bistandslovens almindelige bestemmelser, forudsatte en forsøgsgodkendelse fra socialministeren for lovligt at kunne finde sted.

Forsøgsvirksomheden i kommunerne har resulteret i flere ændringer af bistanndsloven. Her skal alene ændringerne inden for dagplejen nævnes.

Med lov nr. 277 af 2. maj 1990 blev reglerne om puljeordninger indsat i bistanndslovens § 70, således at kommunen kan indgå aftale med private pasningsordninger om at yde et tilskud pr. barn i ordningen. Hensigten hermed var bl.a. at give forældre og andre bedre mulighed for på egne præmisser at medvirke til at løse børns behov for dagtilbud.

Ordningen er videreført i servicelovens § 11.

Erfaringerne fra forsøg inden for dagplejeområdet med forsøgsgodkendelse fra socialministeren førte til ændring af dagplejebestemmelserne ved lov nr. 498 af 24. juni 1992.

Der blev hermed skabt mulighed for, at der kan etableres dagplejeordninger, hvor flere personer, der ikke er fra samme husstand, kan passe op til 10 børn, og at kommunen kan beslutte, at dagplejerens egne børn under 3 år kan indgå i det antal børn, dagplejeren modtager betaling for at passe.

Denne mulighed er videreført i servicelovens § 10, stk. 2.

Det er en forudsætning for at benytte denne mulighed, at de almindelige regler om dagpleje efter § 10 i serviceloven følges. Det betyder fx, at den, der passer børnene skal ansættes som dagplejer, og at de gældende regler for forældrebetaling benyttes.

Udviklingen af reglerne om dagpleje, der er sket gennem forsøgsvirksomhed med hjemmel i lovgivningen, understøtter, at bistanndslovens og nu servicelovens bestemmelser er udtømmende for, hvordan kommuner kan yde økonomisk støtte til pasning af børn.

Sondringen mellem dagtilbud med pasningsmæssige formål og legesteder m.v., som ikke dækker et egentligt pasningsbehov

Socialstyrelsen udsendte 15. marts 1982 cirkulæreskrivelse nr. 3 af 15. marts 1982 om vejledende retningslinier for etablering og drift af legesteder m.v. Formålet var bl.a. at illustrere, hvor rummelige bistanndslovens regler om dagforanstaltninger var.

Det fremgik heraf, at et legested oprettes efter bistanndslovens § 69, stk. 2, og er en dagforanstaltning for børn, som ikke har behov for egentlig pasning, men som har et socialt eller pædagogisk behov for samvær og beskæftigelse i fællesskab med andre børn. Det anføres, at legesteder således udgør et mindre omfattende dagforanstaltningstilbud end de øvrige daginstitutionstyper.

Samtidig fremgik det, at dagforanstaltninger, der etableres og drives i henhold til bistanndslovens § 63, stk. 2, skal have tilladelse hertil fra det sociale udvalg, samt at sådanne foranstaltninger ikke kan modtage nogen form for offentlige midler hverken til etablering eller drift.

Endelig blev opmærksomheden henledt på lov om fritidsundervisning mv. (under Undervisningsministeriets område), og denne lovs regler om interessegrupper for børn og unge og om foreningsarbejde for børn og unge. Undervisningsministeriet regelsæt har således kunnet være lovgrundlag for legestuer, i det omfang denne virksomhed indgik som et integreret led i en foreningsvirksomhed, og som i øvrigt faldt ind under denne lovs foreningsbegreb.

Legesteds-cirkulæret gav anledning til revisionsanmærkninger til kommuner, som havde haft en praksis, hvorefter der blev ydet tilskud til private legestuer, uden at disse var oprettet efter bistanndslovens § 69.

Kommunernes Landsforening spurgte på denne baggrund i brev af 1. september 1983 Socialministeriet, om bistandsloven betragtedes som eneste kommunale hjemmel for at yde tilskud til pædagogiske aktiviteter med småbørn.

Socialministeriet meddelte i brev af 28. november 1983 Kommunernes Landsforening "at det er Socialministeriets opfattelse, at bistandsloven er udtømmende, for så vidt angår dagforanstaltninger for mindre børn. Heraf følger, at en kommune ikke i kraft af den såkaldte kommunalfuldmagt kan vedtage andre finansieringsordninger end dem, der er omhandlet i bistandslovens kapital 14 og 16 om dagforanstaltninger for børn og unge." I brevet henlede Socialministeriet endvidere opmærksomheden på muligheden for at søge godkendelse af forsøgsordninger efter bistandslovens § 138 b.

Opmærksomheden omkring dette spørgsmål samt erfaringerne fra den igangværende forsøgsvirksomhed på området førte til, at socialministeren i brev af 2. august 1985 til samtlige kommuner og amtskommuner tilkendegav følgende:

"Socialministeriet har godkendt en række forsøg efter bistandslovens § 138 b om dagforanstaltninger for børn og unge i tilfælde, hvor der ikke er tale om egentlige pasningsbehov (typisk kaldet legesteder og legestuer).

På baggrund af erfaringerne fra disse forsøg har Socialministeriet overvejet, om der er grundlag for at fastholde krav om dispensation efter § 138 b om forudsætning for ydelse af kommunalt tilskud til disse dagtilbud.

Sammenslutningen af Sociale Udvalg har endvidere over for Socialministeriet tilkendegivet, at mange kommuner finder det utilfredsstillende, at den eneste mulighed for at yde tilskud til legestuer er at disse godkendes som forsøg efter bistandslovens § 138 b.

Sammenslutningen af Sociale Udvalg har i denne forbindelse peget på, at der er tale om hævdvundne kommunale muligheder for kommunerne til at kunne yde tilskud til sådanne aktiviteter."....

"Socialministeriet har i sine overvejelser taget udgangspunkt i den praksis, der har udviklet sig med hensyn til dagforanstaltninger, der ikke kunne betragtes som "egentlige institutioner for forebyggende børneforsorg", inden bistandslovens ikrafttræden og det dengang gældende lovgrundlag, og de forudsætninger, der ligger til grund for dagforanstaltningsområdets indpasning i bistandsloven. Socialministeriet finder på denne baggrund, at der vil være en adgang for kommunerne til at yde tilskud – uden adgang til statsrefusion – til sådanne tilbud i form af legestuer, legesteder og lignende til børn, der ikke er omfattet af formålsbeskrivelsen for dagforanstaltninger for børn og unge."...

"Der er herefter ikke behov for, at kommunerne søger tilladelse efter bistandslovens § 138 b for at kunne yde kommunale tilskud til disse dagforanstaltninger, ..."

Socialministeriet har med denne tilkendegivelse tydeligt markeret, at muligheden for, at kommuner kan yde tilskud til dagforanstaltninger uden om reglerne i bistandsloven og nu serviceloven, er afgrænset til ordninger, hvor der alene tilbydes aktiviteter for børnene og mulighed for samvær med andre børn, og at ordningerne ikke også opfylder egentlige pasningsbehov.

Hjemmel til at drive skolefritidsordninger efter folkeskoleloven

Et andet eksempel på, at bistandsloven betragtes som udtømmende med hensyn til mulighederne for at etablere og yde tilskud til dagforanstaltninger, hvis der ikke findes andet lovgivningsgrundlag, kan ses i forbindelse med en ændring af folkeskoleloven fra 1. august 1984. Der blev herved skabt hjemmel til at

oprette og drive skolefritidsordninger efter denne lov (lov nr. 287 af 6. juni 1984). Før denne hjemmel kom ind i folkeskoleloven skulle skolefritidsordninger for at være oprettet lovligt oprettes efter bistandslovens § 69.

Tilskud efter bistandsloven/serviceloven til enkelt personer til privat pasning

Socialministeriet har tidligere givet afslag på ansøgninger om forsøg efter bistandslovens § 138 b, når kommuner har søgt godkendelse af forsøg, hvorefter der skulle udbetales ydelser til enkeltpersoner i forbindelse med pasning af børn. Der har fx været tale om, at kommuner har ønsket mulighed for at kunne give et kontant tilskud til forældre, der gør brug af privat pasningstilbud.

I et afslag fra 1991 anføres således: "Ifølge bistandsloven § 138b kan der gives tilladelse til, at der for en forsøgsperiode oprettes andre socialpædagogiske tilbud for børn end dem, der er nævnt i bistandslovens §§ 63-64 og 69-73. Bistandslovens § 138 b giver således ikke hjemmel til at tillade ordninger, hvorefter der udbetales ydelser til enkeltpersoner, der ikke falder ind under bistandslovens kontant-hjælpsregler."

Som en midlertidig og tidsbegrænset ordning gav bistandslovens § 63 a fra 1. januar 1994 mulighed for, at kommunen kunne beslutte at give forældre med børn i alderen fra 24 uger til og med 2 år et ensartet tilskud pr. barn til delvis dækning af udgifter til privat børnepasning. Det var en betingelse for at opnå tilskud efter § 63 a, at barnet ikke var optaget i et offentligt dagtilbud og det samtidig dokumenteredes, at barnet havde et pasningsbehov, der blev opfyldt ved, at barnet blev passet mod betaling. Formålet med ordningen var at opfylde et midlertidigt pasningsproblem for forældre, indtil barnet kunne tilbydes en plads i et offentligt dagtilbud. Ordningen, der kun skulle have fungeret i 2 år blev forlænget til udgangen af 1997 under hensyn til, at kommunerne fortsat havde problemer med ventetid til offentlige dagtilbud.

Ligesom det nu gælder den permanente ordning efter servicelovens § 26, hvorefter kommunerne kan tilbyde forældre et tilskud til privat pasning, hvis forældrene ønsker dette, i stedet for at benytte et offentligt dagtilbud, var det en forudsætning, at tilskuddet skulle benyttes til betaling af andre for at passe børnene.

I servicelovens § 26, stk. 8, er det fastsat, at kommunen skal godkende aftalen mellem forældrene og den private pasningsordning. I bemærkningerne til lovforslaget om at gøre ordningen permanent er det - ligesom for den forudgående forsøgsordning der blev afprøvet i 95 kommuner i 1996 og 1997 - forudsat, at tilskuddet ikke kan gives til forældre til pasning af egne børn.

Lov om orlov og mulighed for supplerende ydelse

Med lov om orlov er der skabt mulighed for, at forældre, der ønsker at gå på børnepasningsorlov, kan få en orlovsydelse, der efter de gældende regler svarer til 60 procent af arbejdsløshedsdagpengenes højeste beløb. Kommunen kan efter servicelovens § 27 supplere orlovsydelsen med op til 35.000 kr. årligt. For beskæftigede orlovshavere kan tilskuddet og orlovsydelsen tilsammen ikke overstige 80 procent af den hidtidige indtægt.

Der er hermed lovgivningsmæssigt lagt et niveau for, hvilke offentlige midler, der kan stilles til rådighed for forældre, der ønsker at forlade arbejdsmarkedet for at kunne være mere sammen med deres børn.

Det vil efter Socialministeriets opfattelse ikke være i overensstemmelse med disse bestemmelser, at en kommune beslutter at give forældrene et tilskud ud over de lovbestemte grænser.

Til støtte herfor kan det nævnes, at Erik Harder i Dansk Kommunal Forvaltning II Opgaver, 1987, side 119, har givet udtryk for, at det "Gennem hele forsørgelsesvæsenets historie har været en anerkendt grundsætning, at kommunale midler kun må anvendes til forsørgelse af enkelte borgere, når det har hjemmel i loven."

Sammenfattende kan Socialministeriet vejledende udtale følgende:

Efter servicelovens bestemmelser kan dagtilbud til børn ifølge § 7, stk. 2, etableres som daginstitutioner, dagpleje og puljeordninger.

Kommunen kan yde tilskud til privat pasning efter servicelovens § 26 og supplerende tilskud til orlovsydelse til børnepasning efter § 27.

Efter Socialministeriets opfattelse er der hermed gjort op med, under hvilke former kommunen kan give økonomisk støtte til dagtilbud med egentlige pasningsmæssige formål, med mindre der i anden lovgivning er direkte hjemmel hertil, jf. reglerne i folkeskoleloven om skolefritidsordninger.

Af bemærkninger til servicelovens § 1 fremgår, at hjælpen falder i 3 hovedgrupper.

1. Rådgivning og støtte til at forebygge sociale problemer.
2. En række almene serviceydelser, der også kan have forebyggende sigte, fx dagtilbud til børn.
3. Hjælp, der tilgodeser behov hos personer med nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne eller særlige sociale problemer.

Det anføres desuden, at bestemmelsen i § 1, stk. 3, fremhæver, at udgangspunktet for hjælpen er, at modtageren har ansvaret for sig selv og sin familie.

Dispensationsmuligheden i servicelovens § 138 kan netop ses som en nødvendighed, for at afprøve ordninger inden for det sociale område, når der ikke direkte er lovhjemmel hertil.

Tilskud til forældre for at passe egne børn kan efter Socialministeriets opfattelse ikke betragtes som en serviceydelse efter serviceloven, men må betragtes som en kontant ydelse til hjælp til familiens forsørgelse.

Socialministeriet har på baggrund af foranstående den opfattelse, at servicelovens § 138 ikke giver mulighed for at godkende det skitserede forsøg. Det er desuden Socialministeriets opfattelse, at det er almindeligt anerkendt princip, at der ikke uden direkte hjemmel i lovgivningen, kan udbetales kontante ydelser til enkeltpersoner, heller ikke til pasning af egne børn."

1.4. Tilsynsrådet for Københavns Amt traf den 15. oktober 1999 afgørelse om suspension af Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning af 29. september 1999. Tilsynsrådet anmodede samtidig Søllerød Kommunalbestyrelse om en udtalelse i sagen med henblik på tilsynsrådets vurdering af, om kommunalbestyrelsens beslutning af 29. september 1999 skulle annulleres.

I brev af 28. oktober 1999 til Tilsynsrådet for Københavns Amt anførte Søllerød Kommunalbestyrelse, at man tog tilsynsrådets afgørelse af 15. oktober 1999 om suspension af kommunalbestyrelsens beslutning af 29. september 1999 til efterretning. Kommunalbestyrelsen anførte endvidere, at man forventede, at tilsynsrådet ville foretage en nøje juridisk prøvelse, dels af allerede fremkomne argumenter, dels af argumenterne i advokat, dr. jur. Mogens Heide-Jørgensen udarbejdede supplerende responsum af 22. oktober 1999. Dette responsum indeholdt blandt andet følgende:

"2. Spørgsmålet, om en lov er udtømmende, er et kompliceret retsteoretisk emne, der er gjort til genstand for omfattende drøftelser i dansk og udenlandsk litteratur inden for Almindelig Retslære. Da Socialministeriet – med én bemærkelsesværdig undtagelse, jf. pkt. 4 nedenfor – ikke knytter sin argumentation til litteraturen om juridisk metode, er det ikke fundet hensigtsmæssigt at inddrage denne i nærværende sammenhæng.

Udsagn om, at en lov er udtømmende, giver først mening, når det er bragt på det rene, hvad den skal udtømme.

Kommunerne har siden reformen af den kommunale skattelovgivning i 1860'erne haft adgang til, uden at behøve hjemmel i skreven lov, at yde service til områdets befolkning med den virkning, at der sker økonomisk omfordeling. Det er kernen i den såkaldte kommunalfuldmagt. For så vidt angår fattigforsorg har man dog altid antaget, oprindeligt i administrativ praksis og senere med udtrykkelig lovhjemmel i Forsorgsloven af 1933, at støtte fra kommunen kræver lovhjemmel. I nutiden er retsopfattelsen præciseret derhen, at ydelser fra kommunen, det være sig kontante eller i form af tjenesteydelser, ikke uden lovhjemmel må tildeles efter økonomiske kriterier. Transbestemte kommunale ydelser – *og kun disse* – kræver udtrykkelig lovhjemmel.

Bortset fra transbestemt kommunal service er udgangspunktet, at kommunerne med hjemmel i kommunalfuldmagten, dvs. uden at behøve lovhjemmel, for egen regning kan levere service af social, sundhedsmæssig, kulturel og anden lokal karakter til områdets befolkning. Der har altid – i al fald i princippet – været enighed om det samfundsmæssigt værdifulde i, at kommunerne på egen hånd kan reagere på befolkningens behov og ønsker, så langt initiativet ikke krænker beskyttelsesværdige interesser. Det kommunale initiativ giver erfaringsstof til senere lovgivning. Lovgivers bemyndigelse eller ministeriel tilladelse er ikke betingelser for kommunale forsøgsinitiativers lovlighed på serviceområdet.

Lovgiver man om kommunal service – enten en der i forvejen er kendt for kommunale initiativer eller som genereres fra centralt hold – behøves der overordentlig sikre holdepunkter for at fastslå som gældende ret, at loven nu sætter bom for det kommunale initiativ. Lovformålet er da også typisk et andet, nemlig under en eller anden form at forpligte kommunerne til at levere den lovbestemte service og at bestemme borgernes retsstilling over for kommunerne.

Det klassiske eksempel på, at lovgiver frabeder sig kommunalt initiativ, er Forsorgslovens § 1 om, at det offentlige end ikke er berettiget til at komme nogen til hjælp uden for de tilfælde, loven omhandler. Er en sådan udtrykkelig forbudsnorm ikke optaget i loven, må overbevisende reale holdepunkter, navnlig i form af risiko for konkrete samfundsmæssige skadevirkninger, påvises til støtte for en antagelse om, at en servicelov er udtømmende i den betydning, at den hindrer et kommunalt initiativ på kommunalfuldmagtens grund.

...

4. Karakteristisk for Socialministeriets argumentation mod kommunalfuldmagten som hjemmel for Søllerødforsøget er, at der henvises til *forudsætninger* i brevvekslinger og lovbemærkninger, og at ministeriets ved flere lejligheder udtrykte opfattelse af Bistands- og Serviceloven som udtømmende ikke bygger på nogen påvisning af, hvilke reale grunde der måtte stille sig i vejen for kommunale initiativer på basis af kommunalfuldmagten.

Hvis det var således, at kommunerne først med lovgivningens regler om børnepasning erhvervede retmæssig adgang til at levere denne service, som altså i mangel af lovhjemmel ville være retstridig, kunne der med nogen mening opbygges en argumentation, der på et rent formelt grundlag udelukkede kommunalfuldmagten. Dette udgangspunkt er imidlertid ikke rigtigt. Kommuner behøver ikke lovhjemmel til service uden for de tilfælde, hvor den er transbestemt.

Socialministeriets henvisning til udtalelsen hos *Erik Harder* er derfor udtryk for en fundamental misforståelse. Udtalelsen vedrører transbestemte ydelser og kun disse. Det er retskildemæssigt uholdbart, når Socialministeriet nu vil udvide dette fortolkningsprincip, som hviler på en udtrykkelig lovbestemt forbudsnorm, til Servicelovens regler om børnepasning.

Når ministeriet gentagne gang har betjent sig af formuleringer, der bygger på denne antagelse, ophæver det ikke behovet for en påvisning af grunde, der taler for at ophæve den kommunale initiativret. Sådanne grunde anfører ministeriet ikke. Der findes ikke heller nogen juridisk gennemarbejdning af kommunalfuldmagtsspørgsmålet i de forskellige udtalelser m.v., som ministeriet henviser til. Man står således over for en kæde af omtrent enslydende udsagn eller påstande om, at en vis retstilstand gælder.

Socialministeriet synes at lægge betydelig vægt på det forhold, at Bistandsloven, nu Serviceloven, indeholder regler om forsøgsvirksomhed "som led i opløsning af bestemmelserne" med den virkning, at forsøg med ny service kræver ministertilladelse. Argumentationen synes uden værdi, da den ville falde til jorden i det tilfælde, at Søllerødforsøget var vedtaget som permanent ordning."

1.5. Tilsynsrådet for Københavns Amt traf den 23. november 1999 afgørelse om annullation af Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning af 29. september 1999. I afgørelsen anføres blandt andet følgende:

"Tilsynsrådet sætter Søllerød Kommunes beslutning om indførelse af den omhandlede ordning ud af kraft, idet Rådet finder, at beslutningen er ulovlig. Der henvises til § 61, stk. 1 i lov om kommunernes styrelse.

Tilsynsrådet finder, at serviceloven udtømmende gør op med, under hvilke former der kan gives støtte til dagtilbud med egentlige pasningsmæssige formål. Der er således ikke tale om et ulovbestemt område, hvorfor forsøget alene af denne grund ikke vil kunne etableres med henvisning til kommunalfuldmagtsreglerne.

Hertil kommer, at kommunale midler ifølge en almindelig retsgrundsætning ikke kan anvendes til forsøgelse af enkelte borgere, medmindre dette har direkte hjemmel i lovgivningen.

Tilsynsrådet har ved vurderingen af servicelovens (tidligere bistandslovens) udtømmende karakter lagt vægt på udviklingen siden bistandslovens ikrafttræden den 1. april 1976, hvor nye pasningsordninger

og mere fleksible løsninger i hvert enkelt tilfælde er sket med hjemmel i nye lovbestemmelser, herunder forsøgsbestemmelsen i bistandslovens § 138 b, (nu servicelovens § 138). I forbindelse med lovændringerne har der i forarbejderne været fremhævet kommunernes manglende mulighed for uden en ændring af loven at afprøve nye ordninger.

Til støtte for ovenstående og af særlig interesse for spørgsmålet, om der uden direkte hjemmel i loven kan udbetales økonomisk støtte til forældre til pasning af egne børn, skal peges på følgende to lovændringer og forarbejderne hertil.

- a. Lov nr. 501 af 30. juni 1993 om ændringen af lov om social bistand (Tilskud til forældre med privat børnepasning), hvor der med bistandslovens § 63 a indførtes en mulighed for at yde tilskud til privat børnepasning. I lovforslaget, L 344, anføres under Almindelige bemærkninger bl.a.:

"Samtidig har flere kommuner tidligere givet udtryk for **ønsket om at kunne** yde tilskud til forældre til privat børnepasning, så længe kommunen p.g.a. ventelister ikke kan tilbyde plads i et offentligt dagtilbud.

Med dette forslag åbnes der mulighed for, at kommunerne kan indføre en ordning, hvorefter der kan ydes et økonomisk tilskud til forældre til delvis dækning af privat pasning."

Endvidere anføres under Almindelige bemærkninger:

"Lovforslaget giver ikke generel adgang for kommunerne til at yde tilskud til børn på venteliste eller til forældre hvis børn ikke benytter offentligt dagtilbud. Det skal således dokumenteres, *at* barnet har et pasningsbehov, *og at dette opfyldes ved, at barnet passes mod betaling af en person, der opgiver betalingen til skattevæsenet.*"

Endelig anføres under Almindelige bemærkninger:

"Tilskuddet kan ikke udbetales til forældre, der selv varetager pasningen af deres barn."

I bemærkningerne til § 63 a, stk. 2, hvorefter kommunalbestyrelsen skal godkende aftalen mellem forældrene og den person, der passer barnet, anføres bl.a.:

"Bestemmelsen skal hindre misbrug af ordningen ved indgåelse af proforma-aftaler. Det følger endvidere af bestemmelsen, at tilskuddet ikke kan udbetales til forældrenes egen pasning af barnet."

- b. Lov nr. 454 af 10. juni 1997 om social service, § 26, hvorefter kommunen kan beslutte at give forældre økonomisk støtte til brug for en privat pasningsordning. Bestemmelsen kom ind i forbindelse med Folketingets behandling af lovforslag nr. 229 som et ændringsforslag (nr. 9) fremsat af Socialministeren og tiltrådt af et flertal af Socialudvalgets medlemmer.

Fra bemærkningerne skal fremhæves følgende:

Ad stk. 4 (næstsidste afsnit):

Tilskuddet kan ikke anvendes til forældrenes egen pasning af børnene."

Ad stk. 8 (tredje afsnit):

"Forældrene skal anvende tilskuddet til dækning af udgifter til den private pasningsordning. Kommunen skal også økonomisk godkende alle private pasningsordninger eller pasningsaftaler, som forældrene etablerer eller benytter sig af til børnepasning i forbindelse med tilskudsordningen. Baggrunden herfor er, at kommunen må sikre sig

- at forældrene reelt bruger pengene til en pasningsordning
- at der ikke bliver tale om proformaaftaler."

Det er Tilsynsrådets opfattelse, at det med de nævnte love og forarbejderne hertil - ligesom ved de tidligere ændringslove i forbindelse med indførelsen i 1982 af forsøgsbestemmelsen i bistandslovens § 138 b og den efterfølgende udvidelse i 1989 af denne bestemmelse - klart er kommet til udtryk, at en udvidelse af mulighederne for at give støtte til dagtilbud ikke har kunnet gennemføres uden en lovændring. Loven har således udtømmende gjort op med, under hvilke former der kan ydes støtte til pasningsmæssige formål.

Begrænsningerne i muligheden for at yde støtte til dækning af udgifter til privat pasning er klart præciseret i forarbejderne, herunder senest i forbindelse med Socialudvalgets behandling af ændringsforslaget til forslag til lov om social service, hvor det klart kommer til udtryk i bemærkningerne, at der ikke indenfor lovens rammer kan ydes tilskud til forældre, der vil passe deres børn i hjemmet.

Det forhold at loven ikke direkte udtrykker et forbud imod den foreslåede pasningsordning kan ikke i sig selv tages til indtægt for, at kommunalfuldmagten giver mulighed herfor. Dette spørgsmål må afgøres ved en fortolkning af loven og dens forarbejder.

Tilsynsrådet finder efter en fortolkning af loven og dens forarbejder, at man med tilstrækkelig klarhed kan fastslå, at der ikke uden direkte lovhjemmel kan indføres en ordning med udbetaling af et årligt beløb til forældre, der selv vil passe deres børn i hjemmet.

Hertil kommer som nævnt ovenfor, at kommunale midler ifølge en almindelig retsgrundsætning ikke kan anvendes til forsørgelse af enkelte borgere, medmindre dette har direkte hjemmel i lovgivningen. Adv. M. Heide-Jørgensen har anført, at denne retsgrundsætning kun angår ydelser, der er transbestemte, og at Søllerøforsøget ikke indeholder noget element af forsørgelse, allerede fordi den af kommunalbestyrelsen vedtagne ordning ikke er indkomstafhængig.

Tilsynsrådet skal i den forbindelse henvise til Indenrigsministeriets udtalelse fra 1986 (gengivet under lovgrundlag m.v.) hvorefter retsgrundsætningen gælder, selvom der ikke lægges vægt på borgernes økonomiske forhold, d.v.s. selvom ydelsen ikke er transbestemt.

Endelig henvises til side 439 ff i Forvaltningsret af Hans Gammeltoft-Hansen m fl., 1994 om kommunalfuldmagtens rammer, se nedenfor under lovgrundlag, der indeholder citat fra side 440.

Tilsynsrådet skal yderligere henvise til, at man i den sociale lovgivning anvender begrebet "udgifter til forsørgelse" i bred forstand, og at begrebet forsørgelsesudgifter ikke er begrænset til ydelser, hvortil der er knyttet et transselement.

Som eksempel herpå kan nævnes hjælp efter lov om social service § 28 (tidligere bistandslovens § 48), hvorefter kommunen yder dækning af nødvendige merudgifter ved forsørgelse i hjemmet af et barn under 18 år med betydeligt og varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne eller indgribende kronisk eller langvarig lidelse."

1.6. Ved brev af 27. januar 2000 har Søllerød Kommunalbestyrelse klaget til Indenrigsministeriet over Tilsynsrådet for Københavns Amts afgørelse af 23. november 1999. Kommunalbestyrelsen har anført, at klagen blandt andet er begrundet i et responsum af 10. januar 2000 udarbejdet af advokat, dr. jur. Mogens Heide-Jørgensen. I det responsum, der var vedlagt klagen til Indenrigsministeriet, er blandt andet anført følgende:

” 2. Hvilket hjemmelskrav må der antages at gælde til begrænsning af kommunalbestyrelsens ulovbestemte råden over kommunens ressourcer?

2.1. Det antages sædvanligt, at en kommunalbestyrelse uden særlig lovhjemmel kan vedtage at stille ressourcer til rådighed for kommunens befolkning. Ligeledes kan kommunalbestyrelsen indgå privatretlige aftaler, hvorved der disponeres over kommunens ressourcer. Sådanne aftaler kan som bekendt dels vedrøre tilvejebringelsen af det fysiske og/eller økonomiske grundlag for kommunens virksomhed, dels være et virkemiddel til realisering af serviceformål, som er bestemt af kommunalfuldmagten.

Udtrykket ressourcebeslutninger kan bruges som overbegreb for vedtagelser, der går ud på at disponere over kommunens midler som anført.

En ressourcebeslutning kan have hjemmel i lov, den kan hvile på kommunalfuldmagten, eller den kan have hjemmel i kommunalbestyrelsens adgang til at indgå privatretlige aftaler.

Den retlige forudsætning for ulovbestemte ressourcebeslutninger er kommunalbestyrelsens bevilningsmagt og skatteudskrivningsret, som igen er forbundet med det grundlovsbestemte kommunale selvstyre. Dette skal efter Grdl. § 82 ordnes ved lov. Lovgiver kan således sætte grænser for kommunernes adgang til at stille service til befolkningens rådighed; og lovgiver kan sætte grænser for deres adgang til at indgå aftaler.

Det ene af spørgsmålene i Søllerødsagen er, hvilke hjemmelskrav der kan stilles til denne grænsedragning.

2.2 Spørgsmålet om klarheden i hjemmelen til denne grænsedragning må efter min vurdering hænge nøje sammen med kommunalfuldmagtens begrundelse og hjemmelsgrundlag.

Kommunalfuldmagt giver sig udslag i en lokalpolitisk bestemt service til områdets befolkning. Det kan ikke være rigtigt at stille krav om, at lovgiver udtrykkeligt skal give kommunerne bemyndigelse til at yde denne service, da der ikke er tale om indgreb, og da kommunalbestyrelsen har et politisk mandat til økonomisk omfordeling. Hertil kommer, at kommunalbestyrelsen er undergivet et politisk og retligt ansvar, således at den fornødne sikkerhed mod ulovlighed og usaglighed er etableret. Kommunalfuldmagtsbeslutninger er udtryk for initiativer, som med deres fulde vægt falder tilbage på den kommunale økonomi, samtidig med at de løser en samfundsfunktion ved at afprøve ny opgaveløsninger. Kommunalfuldmagtens hjemmel er dels principperne om kommunalbestyrelsens økonomiske autonomi, dels reale hensyn.

Grænser for kommunalfuldmagten må drages efter lignende synspunkter. Grænserne må findes i (realt velbegrundede) retsregler af rimelig klarhed, respektive i velkendte forvaltningsretlige grundprincipper om lighed, saglighed m.v. Den kommunale interesse bag et kommunalfuldmagt-

sinitiativ bør derimod ikke kunne opvejes af en usikker modsætningslutning fra en lovbestemmelse eller ordfortolkning af en lovbemærkning.

- 2.3. Kommuner er som andre retssubjekter omfattet af dansk rets kontraktfrihedsgrundsætning. En kommunalbestyrelse kan indgå aftaler om udførelse af opgaver, som den ønsker løst, og som ikke har karakter af myndighedsudøvelse (Jf. prof. *Bent Christensens* responsum af april 1997 til Udliciteringsrådet.). Præceptive retsregler kan begrænse adgangen til at indgå aftaler. I Søllerødsagen er gensidigt bebyrdende aftaler mellem kommunalbestyrelse og forældre det virkemiddel, hvormed ordningen agtes praktiseret. Dette må forstærke kravet om en sikker forbudsnorm.

...

5. Har bistandsloven og/eller Serviceloven ophævet kommunalfuldmagten på børnepasningsområdet?

- 5.1. Det standpunkt, at Serviceloven og tidligere Bistandsloven er udtømmende og dermed ikke giver plads for kommunalfuldmagten på børnepasningsområdet, støtter Tilsynsrådet på udviklingen siden Bistandslovens ikrafttræden 1976. Det udtales herom, at

”nye pasningsordninger og mere fleksible løsninger i hvert enkelt tilfælde er sket med hjemmel i nye lovbestemmelser, herunder forsøgsbestemmelsen i Bistandslovens § 138b. I forbindelse med lovændringerne har der i forarbejderne været fremhævet kommunernes manglende mulighed for uden en ændring af loven at afprøve nye ordninger”.

Standpunktet rejser nogle spørgsmål, der vurderes i de følgende punkter.

- 5.2. Besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt en lov om kommunale serviceopgaver er udtømmende, må forudsætte en afklaring af, hvilken retstilstand der gjaldt før loven, og om denne retstilstand har stået lovgiver – ressortministeriet og Folketinget – klar ved lovforslagets vedtagelse. I så fald må det på dette grundlag vurderes, om det var et formål med loven at sætte grænser for eller ophæve kommunalfuldmagten på området.

Det synes om retstilstanden før lovreguleringen at stå fast, at den kommunale service på børnepasningsområdet oprindeligt var baseret på kommunalfuldmagten, og at kommunerne således havde en beføjelse til at stille denne service til rådighed. I modsætning hertil synes det med urette lagt til grund ved vedtagelsen i 1993 af ændringsloven (L 501 30. juni 1993, F.T. 1992-93, till. A, sp. 10.643-45) til Bistandsloven, at kommunerne ikke kunne træde til, før der var etableret udtrykkelig lovhjemmel herfor. Det omtales i de nævnte lovbemærkninger, at nogle kommuner har udtrykt ønske om at kunne yde tilskud til forældre til privat børnepasning, så længe kommunen ikke kan tilbyde plads i et offentligt dagtilbud. Det hedder herefter, at der ”med dette forslag åbnes mulighed for”, at kommunerne kan give tilskud til delvis dækning af udgifterne til privat pasning.

Formålet med den lovgivning, der blev etableret til supplement af de oprindeligt på kommunalfuldmagten baserede beføjelser for kommunerne på dette område, har til forskel fra kompetence-spørgsmålet været at fastsætte *pligter* for kommunerne, hvorfor det ikke forekommer rigtigt at drage den slutning, at kommunernes beføjelser er blevet begrænset svarende til pligternes omfang.

Dertil kommer, at en gennemlæsning af de i betragtning kommende lovttekster med tilhørende trykte forarbejder (Derunder bet. 664/1972 Det sociale tryghedssystem. Service og Bistand.) viser, at kommunalfuldmagtsspørgsmålet ikke i forbindelse med lovreguleringen på noget tidspunkt har været genstand for overvejelser.

De kildesteder i Folketingets Forhandlinger tillæg A og B, som Tilsynsrådet har henvist til, handler om det, som er det normale emne for lovbemærkninger, nemlig den politiske hensigt med en foreslået lovbestemmelse. Der tales her om, hvad et tilskud, hvis størrelse, løbetid og modtagerkreds er nærmere reguleret i forslaget, kan og ikke kan anvendes til. Det er om dette tilskud og kun om dette, at bemærkningerne udtaler, at det ikke kan udbetales til forældre, der selv sørger for at passe deres børn. Herfra kan man efter min vurdering ikke drage de konklusioner, som Tilsynsrådet når frem til. Hertil kommer, at disse synes at måtte forudsætte, at loven og den udskrevne kommunalfuldmagt ikke kan bestå side om side som hjemmelsgrundlag indenfor forvaltningsrådet. Dette ville imidlertid være en retstilstand, som normalt ikke antages at være gældende.

- 5.3. Der er efter Socialministeriets udtalelse til sagen ingen tvivl om, at dette for sit vedkommende mener sig bundet af den retsopfattelse, der afspejles i de ovenfor gengivne lovbemærkninger, og bundet ikke blot således at ministeriet administrerer efter dem – f.eks. ved udøvelsen af sine skønsmæssige godkendelsesbeføjelser – men også således, at ministeriet ønsker den tilsvarende administration gennemført i kommunerne.

Kommuner er imidlertid ikke bundet af lovbemærkninger, medmindre disse udtrykker eller fører til, hvad der må formodes at være gældende ret. Som jeg har prøvet at påvise ovenfor, foreligger der ikke tilstrækkeligt grundlag for at antage, at den retstilstand som synes forudsat i Socialministeriets bemærkninger til bistandsloven, er gældende ret.

Hvis en regel som den, Tilsynsrådet baserer på lovbemærkningerne, skulle være gældende ret, måtte det efter min opfattelse dels ud fra de reale hensyn bag kommunalfuldmagten og kommunens dispositioner på området, dels på grundlag af den påviste historiske udvikling kræves, at en sådan regel fremgik med rimelig klarhed af en lovtæst. Det ville endvidere være ønskeligt, om det bagved liggende lovforslag var ledsaget af bemærkninger med beskrivelse af grundene til, at kommunalfuldmagtsinitiativer på området ikke kan tillades. Det er den sædvanlige fremgangsmåde til gennemførelse af ændringer i en retstilstand. Under de foreliggende omstændigheder, hvor det i Folketinget har været politisk omtvistet, om man ville indføre en lovregel om "forældre-løn", forekommer det særlig betænkeligt, om man ville basere en så væsentlig regel som den af Tilsynsrådet antagne på nogle lovbemærkninger, der igen synes baseret på næppe korrekte forudsætninger om den dagældende retstilstand.

Når Tilsynsrådet tillige gør gældende, at nye pasningsordninger og mere fleksible løsninger "i hvert enkelt tilfælde" siden Bistandslovens ikrafttræden er indført ved lov, følger heraf ikke, at kommunerne kun kan arbejde med lovregulerede pasningsformer. Et sådant standpunkt stemmer heller ikke med den omstændighed, at kommuner faktisk har arbejdet med pasningsformer, der ikke er lovreguleret.

Ved at lægge Socialministeriets retsopfattelse til grund for sin afgørelse har tilsynsrådet afskåret sig fra at tage standpunkt til det spørgsmål, som jeg var inde på i mit notat af 18. aug. 1999 s. 9, nemlig at de af Søllerød Kommunalbestyrelse vedtagne ydelser skal ses som vederlag for en modydelse. Mellem kommunalbestyrelsen og de forældre, der tilslutter sig ordningen, agtes konkrete aftaler indgået. I det omfang, hvori dette sker – interessen fra forældreside har i øvrigt vist

sig at være betydelig – er kommunen fritaget for at skaffe institutionsplads. Som *Erik Harder* fornylig har peget på (I en kommentar i bladet "Kommunen" 16. decbr. 1999 under mærket "jur"), kan brugen af udtrykket "tilskud" have medvirket til, at aftalemomentet ikke har fået den placering i sagen, som tilkommer det.

Det er efter det anførte min opfattelse, at det ikke er dokumenteret, at kommuner behøver lov-hjemmel til at indføre ny service på børnepasningsområdet, være sig som midlertidig (forsøgs-mæssig) eller som varig ordning. Lovhjemmel til forsøg var en nødvendighed indtil 1986, da staten deltog i finansieringen af kommunale udgifter til dagforanstaltninger for børn (Lov 262 6. juni 1985.). Der foreligger ikke tilstrækkeligt grundlag for at antage, at der efter statsrefusionens bortfald skulle gælde særlige begrænsninger i de beføjelser, der på dette område er baseret på kommunalfuldmagten.

Såfremt Indenrigsministeriet tiltræder Tilsynsrådets annullation på det foreliggende grundlag, vil dette efter min vurdering være i strid med gældende ret, dels ved at indebære et afgørende brud på det i retspraksis fastsatte klarhedskriterium, dels ved at rumme en tiltrædelse af et princip gående ud på, at kommunalfuldmagten og kontraktfrihedsgrundsætningen kan underkastes begrænsninger uden udtrykkelig bemyndigelse fra lovgiver."

Efter at have modtaget Søllerød Kommunalbestyrelses klage anmodede Indenrigsministeriet ved brev af 2. februar 2000 Tilsynsrådet for Københavns Amt om en udtalelse i sagen.

Ved brev af 7. februar 2000 til Indenrigsministeriet udtalte Tilsynsrådet for Københavns Amt, at der efter tilsynsrådets opfattelse ikke var fremkommet oplysninger, som kunne give tilsynsrådet grundlag for en ændret opfattelse.

Efter statsministerens indstilling blev det som anført indledningsvis ved kongelig resolution af 28. april 2000 bestemt, at den foreliggende sag som følge af indenrigsministerens inhabilitet skulle overføres fra indenrigsministeren til justitsministeren.

2. Justitsministeriets afgørelse:

De for hvert amt nedsatte tilsynsråd fører tilsyn med, at kommunerne overholder lovgivningen, jf. § 61 i lov om kommunernes styrelse (lovbekendtgørelse nr. 810 af 28. oktober 1999).

Tilsynsrådene kan ikke tage stilling til, om kommunernes dispositioner er rimelige eller hensigtsmæssige, eller til spørgsmål vedrørende skønsudøvelse, så længe skønnet udøves inden for de rammer, der er fastsat i lovgivningen.

Ifølge § 61, stk. 7, i lov om kommunernes styrelse kan tilsynsrådenes afgørelser om annullation efter § 61, stk. 1, af kommunalbestyrelsen påklages til Indenrigsministeriet.

Indenrigsministeriet kan i forbindelse med en sådan klage ikke alene tage stilling til, hvorvidt tilsynsrådet ved sin afgørelse har tilsidesat lovgivningen, herunder om betingelserne for at annullere kommunalbestyrelsens beslutning var opfyldt, men foretage en fuld prøvelse af tilsynsrådets afgørelse, herunder af rimeligheden af et af tilsynsrådet udøvet skøn.

§ 61, stk. 1, i lov om kommunernes styrelse har følgende ordlyd:

”§ 61. Har kommunalbestyrelsen truffet en beslutning, der strider mod lovgivningen, kan tilsynsmyndigheden sætte beslutningen ud af kraft. Under behandlingen af sagen kan tilsynsmyndigheden midlertidigt suspendere den pågældende beslutning. Er beslutningen bragt til udførelse, kan den dog kun suspenderes eller sættes ud af kraft, hvis

- 1) en part over for tilsynsmyndigheden skriftligt fremsætter begæring herom,
- 2) der ikke efter anden lovgivning er en klageinstans og
- 3) væsentlige hensyn, særlig til private interesser, ikke taler herimod.”

Søllerød Kommunalbestyrelse har sendt information til borgerne om den ordning, der er beskrevet i kommunalbestyrelsens beslutning af 29. september 1999, men ordningen er ikke sat i værk. Beslutningen er således ikke bragt til udførelse og adgangen til at annullere beslutningen er derfor reguleret af § 61, stk. 1, 1. pkt., i lov om kommunernes styrelse.

Søllerød Kommunalbestyrelsens beslutning af 29. september 1999 giver anledning til overvejelser om, hvilke retlige krav der gælder i forhold til offentlige myndigheders dispositioner.

Legalitetsprincippet – princippet om lovmæssig forvaltning – er centralt i denne forbindelse.

Legalitetsprincippet er indgående beskrevet i den juridiske litteratur. Der kan blandt andet henvises til Poul Andersen, Forvaltningsret, 1965, side 388 ff, Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 1994, side 209 ff og side 218 ff, Bent Christensen, Forvaltningsret, Opgaver, Hjemmel, Organisation, 1997, side 104 ff, Jens Garde m.fl., Forvaltningsret, Almindelige emner, 1997, side 133-134 og side 148 ff.

Det følger af legalitetsprincippet, at offentlige myndigheders dispositioner skal have hjemmel i lovgivningen, og at dispositionerne ikke må stride mod lovgivningen.

Hvilket hjemmelsgrundlag (skreven eller uskreven ret) kravet om hjemmel i lovgivningen fordrer, afhænger af den konkrete disposition.

Hvis en disposition strider mod den skrevne lovgivning, er dette i sig selv afgørende for spørgsmålet om dispositionens lovlighed. Det afgøres ved sædvanlig fortolkning, om en disposition er i strid med skreven ret.

Det er almindeligt anerkendt, at forarbejder er en af de væsentligste retskilder ved fortolkning af skreven ret.

Der henvises herved blandt andet til Alf Ross, Ret og retfærdighed, 1955, side 165 ff, Poul Andersen, Forvaltningsret, 1965, side 19 f, Juridisk Grundbog, Retskilderne, 1988, side 23, Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 1994, side 221, Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 1, Institutioner og regulering, 1995, side 251, side 253 ff og side 337, Bent Christensen, Forvaltningsret, Opgaver, Hjemmel, Organisation, 1997, side 111-112, og Jens Garde m.fl., Forvaltningsret, Almindelige emner, 1997, side 135 og side 139 f.

Søllerød Kommunalbestyrelse har i den foreliggende sag anført, at Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning af 29. september 1999 har hjemmel i kommunalfuldmagten, og at begrænsninger heri kræver et lovbestemt forbud mod en sådan disposition. Et sådant lovbestemt forbud findes efter kommunalbestyrelsens opfattelse ikke.

Justitsministeriet skal hertil bemærke, at i det omfang Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning strider mod sociallovgivningen, er dette efter Justitsministeriets opfattelse i sig selv afgørende for vurderingen af beslutningens lovlighed. En vurdering af, hvorvidt den ordning med betaling af forældre, som Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning omhandler, måtte have hjemmel i kommunalfuldmagten, er således alene relevant i det omfang, ordningen ikke strider mod sociallovgivningen.

Kommunernes opgaver på børnepasningsområdet er reguleret af lov om social service (lovbekendtgørelse nr. 26 af 17. januar 2000). Lovens §§ 7-11, 26, 27, 63 og § 138, stk. 1 - 2, har følgende ordlyd:

”§ 7. Kommunen sørger for, at der er det nødvendige antal pladser i dagtilbud til børn, jf. dog § 16, med henblik på at give pædagogiske, sociale og pasningsmæssige tilbud. Kommunen har det overordnede ansvar for dagtilbudene.

Stk. 2. Dagtilbudene kan etableres som daginstitutioner, dagpleje og puljeordninger. Tilrettelæggelse af dagtilbudene skal fastlægges i overensstemmelse med § 4.

§ 8. Kommunen fastsætter mål og rammer for dagtilbudenes arbejde som en integreret del både af kommunens samlede generelle tilbud til børn og af den forebyggende og støttende indsats over for børn, herunder børn med nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne eller med andet behov for støtte.

Stk. 2. Dagtilbudene skal i samarbejde med forældrene give børn omsorg og støtte det enkelte barns tilegnelse og udvikling af sociale og almene færdigheder med henblik på at styrke det enkelte barns alsidige udvikling og selvværd og at bidrage til, at børn får en god og tryk opvækst.

Stk. 3. Dagtilbudene skal give muligheder for oplevelser og aktiviteter, der bidrager til at stimulere barnets fantasi, kreativitet og sproglige udvikling, samt give barnet rum til at lege og lære og til fysisk udfoldelse, samvær og mulighed for udforskning af omgivelserne.

Stk. 4. Dagtilbudene skal give børn mulighed for medbestemmelse og medansvar og som led heri bidrage til at udvikle børns selvstændighed og evner til at indgå i forpligtende fællesskaber.

Stk. 5. Dagtilbudene skal medvirke til at give børn forståelse for kulturelle værdier og for samspillet med naturen.

§ 9. Daginstitutioner kan drives af en eller flere kommuner eller som selvejende institutioner efter aftale med kommunen.

§ 10. Kommunen kan tilbyde pladser til børn i kommunal dagpleje etableret i private hjem og andre lokaler i børnenes hjemlige miljø, der forud er godkendt af kommunen til dette formål. Der kan i den enkelte dagpleje modtages op til 5 børn. Varetages dagplejen af flere personer, kan kommunen beslutte, at der i dagplejen kan modtages op til 10 børn.

Stk. 2. Kommunen kan beslutte, at dagplejerens egne børn under 3 år kan indgå i det antal børn, dagplejeren modtager betaling for. Kommunens afgørelse herom kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

§ 11. Kommunen kan til puljeordninger til børn yde et tilskud pr. barn.

Stk. 2. Kommunen indgår aftale med puljeordningen om drift af ordningen.

§ 26. Kommunen kan beslutte at give forældre med børn i alderen 24 uger og indtil det tidspunkt, hvor børn almindeligvis optages i børnehaveklasse, mulighed for at vælge et økonomisk tilskud til brug for en privat pasningsordning i stedet for at benytte en plads i et dagtilbud, jf. § 7, stk. 1. Kommunen kan beslutte, at der kun gives tilskud til forældre med børn i en bestemt del af aldersgruppen.

Stk. 2. Tilskud efter stk. 1 kan ydes fra det tidspunkt, hvor barnet optages i et dagtilbud, jf. § 7, stk. 1. Der kan maksimalt udbetales tre tilskud til samme husstand.

Stk. 3. Hvis kommunen i forbindelse med iværksættelse af hjælpeforanstaltninger efter § 40 anser det for nødvendigt, at et barn er optaget i et dagtilbud, kan kommunen beslutte, at forældrene ikke kan få tilskud efter stk. 1.

Stk. 4. Kommunen fastsætter størrelsen af tilskuddet efter stk. 1. Tilskuddet fastsættes ens for alle børn inden for samme aldersgruppe. Tilskuddet kan højst udgøre 70 pct. af forældrenes dokumenterede udgifter til den private pasningsordning, dog maksimalt 85 pct. af den billigste nettoudgift pr. plads i et dagtilbud til samme aldersgruppe i kommunen.

Stk. 5. Tilskuddet efter stk. 1 udbetales månedligt forud. Tilskuddet udbetales første gang for den måned, hvor den private pasning påbegyndes. Tilskuddet udbetales sidste gang for den måned, i hvilken retten til tilskuddet ophører.

Stk. 6. Kommunen fastsætter retningslinjer for optagelse af børn i et dagtilbud, når tilskuddet til privat pasning bortfalder.

Stk. 7. Tilskuddet efter stk. 1 indgår ikke ved beregning af ydelser efter den sociale lovgivning eller lovgivningen om uddannelsesstøtte.

Stk. 8. Kommunen godkender aftalen mellem forældrene og den private pasningsordning og fører løbende tilsyn med ordningen.

§ 27. Kommunen kan beslutte at give et supplerende tilskud til forældre, der modtager orlovsydelse til børnepasning, jf. lov om orlov. Kommunen kan beslutte, at der kun gives tilskud til forældre med børn i en bestemt aldersgruppe.

Stk. 2. Kommunen fastsætter størrelsen af tilskuddene, der maksimalt kan udgøre 35.000 kr. årligt. Tilskuddene kan fastsættes, så de varierer med barnets alder.

Stk. 3. For beskæftigede orlovshavere kan tilskuddet og orlovsydelsen tilsammen ikke overstige 80 pct. af den hidtidige indtægt. For beskæftigede dagpengeberettigede orlovshavere skal tilskuddet og orlovsydelsen dog tilsammen mindst udgøre et beløb svarende til de arbejdsløshedsdagpenge, som orlovshaveren ville være berettiget til ved fuld ledighed umiddelbart forud for orloven, jf. lov om arbejdsløshedsforsikring m.v., medmindre tilskuddet hermed overstiger størrelsen af det tilskud, der er fastsat af kommunen, jf. stk. 2.

Stk. 4. For ledige orlovshavere kan tilskuddet og orlovsydelsen tilsammen ikke overstige et beløb svarende til de arbejdsløshedsdagpenge, som orlovshaveren var berettiget til ved fuld ledighed umiddelbart forud for orloven, jf. lov om arbejdsløshedsforsikring m.v.

Stk. 5. For ledige orlovshavere, hvis grundlag for orlovsydelse er modtagelse af kontanthjælp, kan tilskuddet og orlovsydelsen tilsammen ikke overstige et beløb svarende til den kontanthjælp, som orlovshaveren ville være berettiget til efter § 25, stk. 1, i lov om aktiv socialpolitik.

Stk. 6. Tilskuddet udbetales af kommunen mod dokumentation for modtagelse af orlovsydelse til børnepasning.

§ 63. Oprettelse og drift af privat dagpasning mod betaling, som drives uden offentlige midler, kræver tilladelse fra kommunen, hvis der modtages flere end 2 børn under 14 år.

Stk. 2. Foregår pasningen i et privat hjem, kan der gives tilladelse til pasning af op til 5 børn. Varetages pasningen af flere personer, kan kommunen give tilladelse til, at der kan modtages op til 10 børn.

Stk. 3. Kommunen fører tilsyn med forholdene i den private dagpasning.

§ 138. Socialministeren kan efter indstilling fra kommunen eller amtskommunen godkende, at der for en forsøgsperiode oprettes andre tilbud end dem, der er omtalt i denne lov.

Stk. 2. Socialministeren kan endvidere efter indstilling fra kommunen eller amtskommunen for en forsøgsperiode godkende ordninger, der fraviger reglerne om visitation, ydelser og finansiering. Der kan dog ikke godkendes forsøgsordninger om tilbud til børn og unge, der medfører fravigelse fra de almindelige regler om forældrebetaling.”

Lov om social service regulerer således såvel kommunernes ret som kommunernes pligt til at oprette almindelige dagtilbud i form af kommunal dagpleje, kommunale og selvejende daginstitutioner og puljeordninger. Endvidere regulerer loven kommunernes adgang til at yde økonomiske tilskud dels til forældre, der vælger privat pasning, og dels til forældre med orlov til børnepasning. Lov om social service regulerer endvidere kommunernes forpligtelser i forhold til visse private former for dagpasning.

Herudover giver § 138 i lov om social service socialministeren kompetence til at godkende, at der i en forsøgsperiode oprettes andre tilbud end loven giver hjemmel til.

Den ordning, Søllerød Kommunalbestyrelse ønsker at iværksætte, har klare pasningsmæssige formål. Ordningen er klart ikke omfattet af de tilbud, som lov om social service giver hjemmel til at oprette, herunder ikke af bestemmelserne om økonomiske tilskud til forældre.

Tilsynsrådet for Københavns Amt har i rådets afgørelse af 23. november 1999 særligt henvist til forarbejderne til lov nr. 501 af 30. juni 1993 om ændring af bistandsloven (tilskud til forældre med privat børnepasning) samt til forarbejderne til lov nr. 454 af 10. juni 1997 om social service, § 26, hvorefter kommunen kan beslutte, at give forældre økonomisk støtte til brug for en privat pasningsordning. Af disse forarbejder fremgår klart, at den økonomiske støtte ikke kan udbetales til forældre, der passer egne børn i hjemmet. Dette fremgår klart af Folketingets Socialudvalgs betænkning over forslag til lov om social service, hvori der var indeholdt et ændringsforslag om økonomisk tilskud til forældre, der vælger at benytte en privat pasningsordning i stedet for dagtilbud, og i hvilken forbindelse det blev fremhævet, at der ikke kan ydes tilskud til forældre, der passer egne børn i hjemmet, jf. Folketingstidende 1996-1997, 1. samling, Tillæg B, side 1192.

Tilsynsrådet har endvidere henvist til, at det klart fremgår af forarbejder til de lovændringer, hvorved forsøgsbestemmelsen i § 138 b i bistandsloven blev indført og efterfølgende ændringer af bestemmelsen – og nu § 138 i lov om social service – at der ikke herved åbnedes mulighed for, at der kan meddeles tilladelse til forsøg, hvorefter kommuner kan yde økonomisk støtte til forældre, der passer egne børn i hjemmet.

Justitsministeriet kan på den baggrund henholde sig til det af tilsynsrådet – og Socialministeriet – anførte, hvorefter indførelsen af en ordning med økonomisk støtte til forældre, der passer egne børn i hjemmet, er i strid med § 26 i lov om social service, ligesom det er forudsat i forbindelse med forsøgsbestemmelsen i § 138 i lov om social service, at kommuner ikke kan yde økonomisk støtte til forældre, der passer egne børn i hjemmet.

Det kan yderligere tilføjes, at § 27 i lov om social service, hvorefter kommuner kan beslutte at give et supplerende tilskud til forældre, der modtager orlovsydelse til børnepasning, jf. lov om orlov, indeholder et tilskudsmaksimum på 35.000 kr. årligt.

Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning indebærer, at forældre, der er på orlov, ydes et yderligere kommunalt tilskud på 20.000 kr. årligt per barn. Dette er efter Justitsministeriets opfattelse – jf. herved også Socialministeriets udtalelse i sagen – klart i strid med § 27 i lov om social service.

Da Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning strider mod sociallovgivningen, som denne må forstås på baggrund af en sædvanlig lovfortolkning, hvori forarbejder inddrages, er det således ikke relevant at tage stilling til, om de uskrevne grundsætninger om kommunernes opgaveva-

retagelse (kommunalfuldmagten) i det omfang skreven ret ikke var til hinder for beslutningen, kunne udgøre et tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag for beslutningen.

For så vidt angår det af Søllerød Kommunalbestyrelse anførte, hvorefter kommuners adgang til at indgå aftaler om udførelse af opgaver skulle have betydning for spørgsmålet om lovligheden af kommunalbestyrelsens beslutning om økonomisk støtte til forældre, der passer egne børn i hjemmet, bemærkes, at der er tale om to af hinanden uafhængige spørgsmål og at den påberåbte kontraktsfrihed ikke kan udgøre et selvstændigt hjemmelsgrundlag for kommunale dispositioner.

Som anført ovenfor regulerer lov om social service kommunernes pligt til at oprette almindelige dagtilbud m.v. Såfremt det af Søllerød Kommunalbestyrelse anførte om kontraktsfrihed blev lagt til grund, ville dette endvidere indebære, at kommunen ved at yde økonomisk støtte til forældre kunne frigøre sig for de forpligtelser, som kommunen efter lov om social service har til at oprette almindelige dagtilbud m.v. En sådan fravigelse af lov om social service må efter Justitsministeriets opfattelse kræve lovhjemmel.

Det er såvel i administrativ praksis som i domspraksis antaget, at det er en betingelse for anvendelse af annullationsbeføjelsen i § 61, stk. 1, i lov om kommunernes styrelse, at der foreligger den fornødne klarhed, det vil sige at der ikke må være rimelig tvivl om, at lovgivningen er tilsidesat.

På grundlag af ovenstående, herunder Socialministeriets udtalelse af 11. oktober 1999 er det Justitsministeriets opfattelse, at Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning af 29. september 1999 er klart ulovlig.

Justitsministeriet stadfæster derfor Tilsynsrådet for Københavns Amts afgørelse af 23. november 1999 om annulation af Søllerød Kommunalbestyrelses beslutning af 29. september 1999.

Kopi af dette brev er sendt til Tilsynsrådet for Københavns Amt, Indenrigsministeriet og Socialministeriet.

Med venlig hilsen

Ida Skouvig

