

Eivind Smith

Juger l'administration, c'est aussi administrer

Om förvaltningen och dess domare i Sverige

1 Inledning

Domaren blir nödvändigtvis en del av den verksamhet som skall kontrolleras: När han eller hon avgör lagens grundlagsenlighet blir författningsdomaren själv en (åtminstone) "negativ lagstiftare". När han eller hon fastställer kontraktets "rätta" mening blir civildomaren själv en del av processen fram till den slutgiltiga definitionen av den text som parterna skall anses vara bundna av. Domarens självständiga roll i utmätningen av skäligt straff är uppenbar.

Den traditionella franska maximen som återfinns överst på sidan påstår att detta gäller också i förvaltningsrättsliga ärenden: *Den som dömer den offentliga förvaltningen tar själv del i dess verksamhet*. Påståendet har intresse på goda grunder därför att Frankrike kan betraktas som den initiala arenan för skapandet av den moderna förvaltningsrätten såsom vi känner den i så gott som alla europeiska stater och i Europeiska Unionen: 1789 års revolution ville få slut på att (i stort sett regionala) domstolar lade sig i exekutivmaktens verksamhet. Senare kom man ändå fram till att något slag av extern kontroll behövdes, och gradvis grundade och vidareutvecklade Conseil d'Etat, som högsta domare i ärenden gentemot förvaltningen, en grundläggande distinktion mellan legalitet (som kontrolleras) och lämplighet (som enligt huvudregeln inte prövas av domstol).

Förvaltningsdomaren finns alltså i förvaltningsverksamhetens förlängning och kompletterar denna. I fransk kontext har man av detta bland annat dragit de konsekvenserna att a) funktionerna som förvaltningens domare och som dess rådgivare är kombinerade på högsta nivå – namnet

”Conseil (d’Etat”) är alltså inte uteslutande av historiskt intresse, b) domarkåren är rekryterad på annat sätt än personalen i de ordinarie domstolarna, c) höga tjänstemän rekryteras i någon mån direkt till förvaltningsdomstolarna och d) höga förvaltningsdomare är tjänstlediga för att arbeta i förvaltningen. Filosofin är alltså att den som skall ta del i förvaltningens verksamhet måste veta vad som går för sig och varför. – Några av de sistnämnda dragen återfinns för övrigt i det svenska systemet.

Om maximen blev ordagrant åtlydd, borde också förvaltningsdomarens uppgifter vara desamma som tjänstemannens. Men på denna grundläggande punkt tog utvecklingen – som redan antytts – tidigt en annan väg i Frankrike. Detta exempel är tätt följt av så gott som alla andra länder i Europa (och av EU).

God förvaltning kräver god kontroll. Det bästa är om kontrollen internt i förvaltningen fungerar fullgott. Men även om så är fallet (och vi vet ju att fel i alla fall kan ske), finns det uppenbart behov av möjligheter till extern kontroll. Parlamentet, media, olika ombudsmannainstitutioner och andra kan bidra här; kanske reflekterar juristernas insisterande på betydelsen av domstolarnas roll en tendens till att glömma vad andra delar av den samlade kontrollmiljön kan bidra med.¹ Men ändå är det klart att sådana mekanismer inte helt kan ersätta kontroll utförd av oberoende domstolar.

Det är på denna punkt vi möter åtskillnaden mellan legalitet och det som i Sverige ofta benämns ”lämplighet”, det vill säga mer värderingspräglade frågor där det slutgiltiga avgörandet anses lagt till förvaltningen själv. Om den som dömer förvaltningen själv är en del av dess verksamhet, borde både legalitet och lämplighet kunna avgöras lika väl som av förvaltningen. Men vad är då skillnaden mellan förvaltningstjänstemän och domare? Vad kan då begrunda det särskilda oberoende som – även i Sverige – är tillförsäkrat ordinarie domare (RF 11 kap. 5 §)?

Utvecklandet av en åtskillnad mellan laglighet och ”lämplighet” i praxis av Conseil d’Etat var ett viktigt led i utvecklingen av verkliga ”förvaltningsdomstolar” åtskilda från förvaltningen i Frankrike från sista hälften av 1800-talet. Sedan länge finns det också i Sverige rättsliga institut där en åtskillnad av samma karaktär måste göras (laglighetsprövning eller

¹ Jämför (för lagprövningsrättens område) C. Taube, ”System för lagstiftningskontroll”, i E. Smith och O. Petersson (red.), *Konstitutionell demokrati*, Stockholm: SNS Förlag 2004 s. 205–232.

så kallat kommunalbesvär, utdömande av vite). Kring 1990 kom rättsprövningen till. Men denna var på något sätt påtvungen från utsidan (Strasbourg) och lär ofta ha blivit betraktad snarast som en olyckshändelse.

Inget tycks indikera att erfarenheterna av dessa särskilda procedurer har provocerat fram djupgående debatt om det som fortfarande är huvuddelen av systemet för kontroll vid domstol, nämligen så kallat förvaltningsbesvär. Ej heller har litteraturen i förvaltningsrätt – med smärre undantag² – gått in i dessa frågor på ett sätt som kunde stimulera en sådan debatt (eller åtminstone gjort domstolarna bättre rustade till att döma i mål enligt lagstiftningen om rättsprövning och kommunalbesvär). I stället lär ostörd ro ha bevarats kring den teoretiska och praktiska huvudregeln, som är att överklaganden i förvaltningsärenden bedöms inte endast med hänsyn till beslutens laglighet utan också deras lämplighet. Svenska förvaltningsdomstolar har makt inte endast att upphäva ett förvaltningsbeslut, utan också att ändra innehållet. Detta är befogenheter som deras europeiska motsvarigheter i regel saknar, oavsett domstolskontrollens specialisering eller koncentration i allmänna domstolar, såsom i t.ex. Danmark och Norge.

Jag har redan skrivit om några av dessa frågor för en svensk publik.³ Men detta lär inte ha gjort något outplånligt intryck.⁴ Tvärt emot fortsätter reformsträvandena i syfte att stärka förvaltningsbesvärens plats i systemen för kontroll av den offentliga förvaltningen, nu senast på bekostnad av systemet för rättsprövning. Några vidare ord om frågor som rör förhållandet mellan domstolar och förvaltning och som är av vital betydelse för en god offentlig förvaltning vore därför på sin plats.

² Se särskilt L. Marcusson, "Laglighets- och lämplighetsprövning. En titt i backspegeln och framåt", i *Festskrift tillägnad Håkan Strömberg*, Lund 1992 s. 121–138.

³ Se bl.a. E. Smith, "Sverige som konstitutionell demokrati", *SvJT* 2000, s. 11–35. Se också O. Petersson m.fl., *Demokrati på svenskt vis*. Stockholm: SNS förlag, 1999.

⁴ Under avslutandet av arbetet med denna artikel har jag blivit klar över att en nybliven juris doktor i Stockholm har gått in i några av de frågor som jag diskuterat, och hänvisat bl.a. till något av mina tidigare arbeten på svenska, se J. Reichel, *God förvaltning i EU och i Sverige*, Stockholm: Jure förlag, 2006, särskilt s. 330 f. Här nämner hon också några komplikationer särskilt i relation till EG-rätten som den svenska traditionen på denna punkt kan skapa.

2 När är domstolskontroll av förvaltningen demokratiskt försvarbar?

Den offentliga makten i Sverige skall utövas under lagarna (RF 1 kap. 1 §). I ett komparativt perspektiv är det anmärkningsvärt att den inte också – och i första hand – skall utövas under konstitutionen ("grundlagarna"),⁵ såsom det uttrycks i t.ex. art. 20 i den tyska grundlagen. Men denna aspekt lämnar vi åt sidan här.

Om respekten för principen om lagbunden maktutövning skall kunna säkerställas, måste kontroll genom oberoende domstolar vara möjlig när något gått snett (eller någon hävdar att så är fallet).

I rättssystem med en "civil law" (i motsats till "common law") tradition, såsom i Sverige och flertalet andra europeiska länder, har de flesta rättsregler som domstolarna har till uppgift att tillämpa skapats genom formella beslut av organ som (direkt eller indirekt) är ansvariga inför det folk som den offentliga makten utgår från. I sådana system måste oberoende domstolar härleda en väsentlig del av sin legitimitet som beslutsfattare å statsmaktens vägnar från det att deras avgöranden skall grundas på rättsregler som fastställts av politiskt ansvariga organ. Så långt som möjligt skall domstolsutslag alltså kunna föras tillbaka till grundlagen och annan lagstiftning.

Åtskilliga rättsregler har förvisso växt fram genom rättspraxis och på andra icke direkt lagstiftningsbaserade sätt, bland annat som följd av att all lagtolkning förutsätter ett skapande element och ett arbete med att fylla ut luckor i den befintliga lagstiftningen. Men här kan kopplingen tillbaka till den politiskt ansvariga nivån bygga på att sådana rättsregler bara gäller så länge de inte har ändrats eller upphävts genom bestämmelser i grundlag eller lag.

Så länge som domstolarna efter bästa förmåga håller sig innanför sådana gränser kan deras kontroll över beslut av andra offentliga organ svårligen kritiseras för att vara odemokratiska. En sådan kritik skulle i själva verket innebära att regeringsformens princip om att den offentliga makten utövas under lagarna också betraktas som odemokratisk. Men lagen härstammar ju själv ur den offentliga makten, som i sin tur utgår från folket.

⁵ Se vidare i E. Smith, "Politikernas konstitution – eller folkets?", *SvJT* 2004 s. 676 ff, särskilt s. 676–677 och s. 690–691.

I detta perspektiv råder ingen motsättning mellan folksuveränitet och lagbundenhet. Näst efter grundlagen är lagen den demokratiska rättsstatens högsta uttryck. Hur skulle det kunna vara odemokratiskt att medverka till att förverkliga den?

En aspekt av principen om lagbunden myndighetsutövning är att lagen skall åtlydas även när den bestämmer – eller måste tolkas så – att vissa frågor skall avgöras av regeringen eller något annat offentligt organ. I den moderna förvaltningsstaten har sådana regler länge varit relativt vanliga. Lagstiftningen innebär att åtskilliga beslut kan fattas på starkt skönsmässiga grunder, exempelvis om något anses ”skäligt”. I sådana fall är det, i flertalet europeiska länder, domstolarnas uppgift att se till att besluten ligger innanför de gränser som följer av de rättsregler som myndigheten är bunden av. Det beslutande förvaltningsorganet fyller emellertid själv det utrymme för valfrihet som återstår.

Det som ofta omtalas som förvaltningens diskretionära skön måste utövas under ansvar inför politiska organ; här bortses från tjänsteansvaret. Om domstolarna hade möjlighet att pröva även denna sida av besluten skulle kontrollen behöva grundas på något annat än de rättsregler som regeringen är bunden av. I sista hand skulle domstolarna behöva utgå från sin egen bedömning av beslutets rimlighet och lämplighet.

Varken personligt eller yrkesmässigt är emellertid en domare bättre rustad än exempelvis ett statsråd eller en generaldirektör att avgöra sådana frågor. Tvärtom bidrar såväl domarnas särskilda oberoende som frånvaron av specialiserade kanslier och liknande, till att de i många fall är mindre ägnade att göra sådana skönsmässiga bedömningar.

3 Förvaltningsdomstolarna och regeringen

Den allmänneuropeiska åtskillnaden mellan legalitet och lämplighet i arbetet med att klarlägga vad som är uppgifterna för den offentliga förvaltningen och dess domare, måste förstås i ett sådant perspektiv. Men i Sverige har det fått ett mycket litet användningsområde, framför allt i ärenden som rör rättsprövning och kommunalbesvär.

Vid rättsprövning är det i första hand domstolarnas förhållande till regeringen som är i fokus medan ärenden om kommunalbesvär vidrör kommunernas ställning som självförvaltningsorgan där högsta beslutanderätten är hos valda församlingar (RF 1 kap. 7 §). I båda relationerna slår de argument som allmänt talar för en åtskillnad mellan laglighet och lämplighet till med särskild kraft. Lämplighetsfrågor som lagstiftningen

överlämnat till regeringen eller till kommunfullmäktige avgörs bäst där de hör hemma i ett demokratiskt samhälle: hos politiskt ansvariga organ och inte i självständiga domstolar. Men också dessa organ är bundna av den konstitutionella principen om lagbunden maktutövning.

Den gordiska knuten måste alltså huggas itu. Här skall vi koncentrera oss på förhållandet mellan domstolarna och regeringen.

Rättsprövningslagen blev införd efter att Sverige i ett för västeuropeiska länder onormalt stort antal fall hade fällts av människorättsdomstolen i Strasbourg för brott mot Europakonventionen, som stadgar att envar har rätt att få sina ”civila” rättigheter prövade av en oberoende domstol (art. 6). Den centrala innebörden av den nya lagen – och den som kvarstår efter de senaste reformerna på området – är att Regeringsrätten som högsta förvaltningsdomstol fått möjlighet att upphäva förvaltningsbeslut som fattats av regeringen, men endast om beslutet ”strider mot någon rättsregel”.

Denna kontroll ger domstolarna en viktig roll – en roll som flertalet andra länder i Europa länge sett som något av en självklarhet. Men kontrollen är ändå begränsad jämfört med svenska förvaltningsdomstolars befogenheter när de prövar överklaganden av myndigheters beslut enligt huvudreglerna om förvaltningsbesvär. Här har förvaltningsdomstolarna frihet att pröva inte bara lagligheten utan också lämpligheten i förvaltningens beslut. Det innebär att de har samma makt att bedöma dess innehåll som förvaltningen själv.

Detta svenska särdrag kan endast förklaras historiskt;⁶ först vid 1974 års regeringsform ansågs förvaltningsdomstolarna definitivt vara åtskilda och frigjorda från förvaltningsapparaten. Men i vår tid måste även avsaknaden av reflexion och debatt – kanske i kombination med avsaknaden av den förmåga att se systemet från utsidan som kan ges av en komparativ blick – ge en viktig del av förklaringen.

Det svenska systemet, som rättsprövningsinstitutet klart och medvetet avviker ifrån, innebär att förvaltningsdomstolarna inte bara har makt att tolka de beslut som fattats av de politiskt ansvariga organen, utan också att själv skapa de normer som kontrollen ska bygga på. Även om domstolar i andra länder oftast har likartade befogenheter på särskilda områden, t.ex. när förvaltningen kan vidta tvångsåtgärder över enskilda, är det här tal om en komparativt mycket stark ställning för förvaltnings-

⁶ Jfr E. Smith, ”Sverige som konstitutionell demokrati”, op.cit. s. 17 ff med hänvisningar.

domstolarna i Sverige. På skilda områden kan den ha bidragit till det ”domstolstrots” som stundtals har beklagats i den svenska debatten.

Med all sannolikhet måste en del av det traditionella motståndet mot domstolskontroll av regeringsbeslut (och vissa beslut av myndigheter) som Europadomstolen ingrep mot, ha varit grundat på sådana överväganden.⁷ De principer som arbetsfördelningen mellan domstolar och förvaltning i flertalet europeiska länder vilar på, gör det inte enkelt att godta att en domstol prövar de skönmässiga sidorna av regeringsbeslut. När lagen ger frihet att välja mellan olika resultat är det för att valfriheten skall utövas under det särskilda politiska ansvar som åvilar regeringen.

Med detta perspektiv på förhållandet mellan domstolar och regering är det lättare att förstå Sveriges särställning i Europa på denna punkt, varför man dröjde så länge med att låta Regeringsrätten överpröva regeringsbeslut och varför man grovt sett valde en minimilösning då reformen slutligen kom.

Som redan nämnts är det svårt att acceptera att det inte skall finnas några möjligheter att pröva om regeringen hållit sig inom lagens gränser (och på vissa punkter är det alltså i strid med Sveriges åtaganden enligt art. 6 i Europakonventionen). Men i den mån valet står mellan ett system där oberoende domare kan sätta sitt eget godtycke i regeringens ställe och ett system där regeringens ord i lämplighetsfrågor är det slutliga, finns det mycket goda grunder att välja det senare alternativet. Det skulle i så fall innebära att en historiskt betingad ordning som rättsligt sett gör domstolarna starkare visavi myndigheterna än i andra europeiska länder, visade sig stå i vägen för att de fullt ut kunde spela den roll som normalt tillkommer oberoende domstolar i en demokratisk rättsstat.

4 Är ”laglighetskontroll” mycket formalistisk och snäv?

I detta perspektiv representerar införandet av rättsprövningens modell ett viktigt steg i riktning mot en bättre balans mellan regeringen och domstolarna. Det är i och för sig korrekt att begränsningen av domstolarnas kontroll till frågan om huruvida regeringen håller sig inom rättsreglernas gränser, reducerar deras makt i förhållande till utgångspunkten att dom-

⁷ För ett exempel, se B. Holmström, *Domstolar och demokrati*. Uppsala: Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala, 1998, s. 15.

stolarna har möjlighet att granska alla sidor av det överklagade beslutet. Men alternativet – ingen kontrollmöjlighet alls – är värre.

Emellertid är det kanske – i avsaknad av en väletablerad förvaltningsrättslig litteratur med förmåga och vilja att analysera och förklara hur skillnaden mellan laglighet och lämplighet kan och bör göras – lätt att överdriva konsekvenserna av denna distinktion för domstolskontrollens omfattning i praktiken. Den som är bekymrad för ”rättssäkerheten” i vid mening och mycket mån om att den enskildes intressen visavi förvaltningen bevakas på bästa möjliga sätt, vill kanske därför argumentera mot införande av en sådan skillnad. Några ord om denna sida av saken är därför på sin plats.

Ett särdrag i detta sammanhang är det ljumma intresset för att studera distinktionen mellan laglighet och lämplighet i ljus av praxis från både rättsprövningens och kommunalbesvärens områden, och för att på denna grund utveckla en teoribildning som i sin tur kan bidra till vidare praxis på de två områdena. Är det t.ex. sant att prövningen av kommunala beslut enligt det ena systemet är mer restriktiv än prövningen av beslut av regeringen under den andra, något många lär mena? Och om så vore fallet: Vad – om något – gör sådana skillnader väl grundade?

Uttrycket laglighets- eller legalitetsprövning kan inbjuda till tankar om ett slags formalistisk ordmagi – vad som direkt kan utläsas av lagens ord, osv. I flertalet europeiska länder är kontroll av ”lagligheten” emellertid mycket vidare än vad den som inte är förtrolig med litteratur och praxis från till exempel Frankrike, Tyskland, Danmark, Norge eller – varför inte? – Storbritannien kanske föreställer sig. Men även om konsekvenserna av skillnaden för utsträckningen av kontrollen långt ifrån alltid är dramatisk, är det ändå viktigt av principiella skäl att skillnaden görs.

Den potential som rättsprövningen innefattar framträder väl av Regeringsrättens ursprungliga *dictum* om att kontrollen av om ett beslut strider mot någon rättsregel ”förutom ren lagtolkning” omfattar

”även sådana frågor som faktabedömning och bevisvärdering samt frågor om beslutet strider mot kravet på saklighet, opartiskhet och allas likhet inför lagen. Prövningen omfattar också fel i förfarandet som kan ha påverkat utgången i ärendet. Om de tillämpade rättsreglerna är utformade så att myndigheten har en viss handlingsfrihet vid sitt beslutsfattande omfattar rättsprövningen frågan om beslutet ryms inom handlingsfriheten”.⁸

⁸ RÅ 1989 ref. 95.

Denna formel är nära besläktad med den europeiska standarden på området. Om den läses i detta ljus, skulle den positivt kunna uttryckas så att domstolarna har rätt – och plikt – att kontrollera om besluten är fattade av rätt organ, om de är fattade efter något fel i förfarandet som kan ha påverkat utgången i ärendet, om de vilar på rätt lagtolkning och i huvudsak korrekt bedömda fakta, och om de strider mot någon rättsregel i annan lagstiftning osv. som förvaltningen är skyldig att respektera, t.ex. RF 1 kap. 9 § (likhet inför lagen, saklighet och opartiskhet) eller Europakonventionen om mänskliga rättigheter.

Utnyttjat med flit och respekt för rättsstatens krav är inte detta lite. Om formeln utnyttjas till fullo, ger den domstolarna vidsträckta befogenheter att överpröva förvaltningsbeslut. Om erfarenheterna från t.ex. Frankrike har det varit sagt att det knappast är några sidor av förvaltningens skönsmässiga kompetens som inte alls kan tänkas bli underkastade viss kontroll.⁹

I ett geografiskt mer närliggande land som Norge gäller mycket av detsamma.¹⁰ Detta är inte konstigt. Även norsk förvaltningsrätt är – direkt eller via Danmark – inspirerad av den allmänneuropeiska utvecklingen med en grundläggande åtskillnad mellan legalitet och lämplighet. Sverige står rätt ensam vid sidan av.

Men kompetensen är inte obegränsad. Det som då och då lämnas kvar till förvaltningens slutgiltiga skön är uteslutande den så kallade *subsumtionen* av etablerade fakta under den färdigtolkade rättsregeln, kanske behövs det en tekniskt svår bedömning, lagstiftningen låter det vara avgörande om något är ”skäligt”,¹¹ eller den lämnar valet mellan agerande eller passivitet till förvaltningen själv (som alltså ”kan”, men inte måste, agera).¹²

⁹ Se till exempel M.-C. Rouault, *Contentieux administratif*, Paris 2000, s. 196.

¹⁰ Se till exempel T. Eckhoff och E. Smith, *Forvaltningsrett*, 8. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2006 kap. 24 och 29.

¹¹ I rättspraxis och offentlig debatt har rätten till bistånd till ”skälig levnadsnivå” enligt socialtjänstlagen (1980:620) § 6 st. 2, som den löd före 1997 (SFS 1997:313), spelat en viktig roll som exempel på den oklara gränsen mellan laglighet och lämplighet och det möjliga intrånget på områden som kanske hellre borde överlämnas åt kommunerna själv – eller åt den nationella lagstiftaren. Lagen blev då också ändrat till följd av kritiken. – Om bakgrund och praxis, se H. Esping, *Ramlagar i förvaltningspolitiken*, Stockholm: SNS Förlag, 1994 s. 194 f.

¹² Om några kriterier för gränsdragningen enligt norsk förvaltningsrätt, se Eckhoff och Smith, *Forvaltningsrett*, op.cit. kap. 24 IV–VI.

Och även om lagtolkningen ger som resultat att det finns ett rum för frihet för förvaltningen till en skönsmässig bedömning, är det mycket viktigt att den som vill förstå systemet och det tankesätt som ligger bakom kommer ihåg att de värderingar som är knutna till subsumtion under en rättsregel aldrig är helt "fria". Konstitution, konvention, lagstiftning och andra rättsregler drar alltid upp yttergränser för förvaltningens handlingsrum. Huruvida dessa gränser är överskridna kan alltid prövas. Det finns alltså inte något "fritt skön" i absolut bemärkelse.¹³

Endast i den grad lagen inte lämnar något handlingsutrymme alls blir det möjligt att pröva alla sidor av beslutet. I den moderna förvaltningsstaten är detta dock knappast något dominerande drag. Lagen lämnar vanligen ett större eller mindre rum för lämplighetsbedömningar. Domstolskontrollen kommer då, i ett system av rättsprövningslagens typ att bli motsvarande begränsad, vilket den också bör vara. När beslutet rymms inom den rättsligt bestämda handlingsfriheten är det förvaltningens sak att bestämma hur den vill utnyttja denna frihet. Om inte lagen säger annat är sådana skälighetsbedömningar i princip inte underkastade domstolskontroll.

Det närmare omfånget av förvaltningens befogenheter bestäms alltså av lagstiftningen vid varje tidpunkt, såsom vederbörande domare tolkar den i det enskilda fallet. Det är den lagstiftande makten som har sista ordet i arbetet med att, för framtiden, utvidga eller begränsa regeringens och förvaltningens valfrihet inom lagens gränser.

Ett uppmärksammat exempel är det fall där Regeringsrätten upphävde ett regeringsbeslut avseende Norra länken-projektet och som innebar att byggandet av en tunnel genom nationalstadsparken i Stockholm skulle tillåtas.¹⁴ Domstolen ansåg att regeringsbeslutet stred mot naturresurslagen. Men den tog inte ställning till lämpligheten av att bygga motsvarande motorväg. Detta ingick heller inte i dess befogenheter enligt denna lag – något som det knappast finns skäl att kritisera. Om beslutet bara hade varit fastställt i laga ordning, skulle säkert inte regeringsråden ha motsatt sig motorvägsbyggandet – och de borde i alla fall inte ha gjort det.

Är det inte rimligt att anta att båda "politiken" och "juridiken" vinner på att gränsdagningen sker på ungefär detta sätt?

Om så är fallet, skulle en koncentration till laglighetsaspekten stärka domstolarnas legitimitet som en del av det demokratiska systemet. Genom

¹³ Se även Eckhoff och Smith, *Förvaltningsrett*, op.cit. s. 344 och 346.

¹⁴ RÅ 1997 ref. 18.

rättsprövningslagen har Sverige fått ett system som liknar det som numera förekommer i övriga Europa. Det reflekterar huvuddragen i den maktindelning mellan politiska och rättsliga organ som bör råda i en demokrati. Domstolar ska som huvudregel pröva laglighet, men inte politisk lämplighet.

5 Kan förvaltningsmyndigheternas ”oberoende” rättfärdiga huvudregeln om förvaltningsbesvär med full prövning?

I ett fågelperspektiv är vad som nu har sagts relevant inte bara på områden där det redan är nödvändigt att skilja mellan laglighet och lämplighet i domstolarnas kontroll över förvaltningen i Sverige, i första hand alltså rättsprövning och kommunalbesvär. Den principiella tankegången gör sig gällande på ungefär samma sätt även på det område där förvaltningsdomstolarna kan pröva såväl laglighet som lämplighet av förvaltningens beslut och där de kan sätta sina egna beslut i stället för de sistnämnda. Som vi vet är detta område praktiskt sett mycket större än de där laglighet och lämplighet i princip måste skiljas åt.

På en viktig punkt måste det ändå diskuteras om det är befogat med undantag. Jag tänker inte då på det behov för oavhängig kontroll av alla sidor av förvaltningens beslut som kan finnas i alla länder på områden med särskilda behov (såsom administrativa tvångsåtgärder). I stället syftar jag på själva huvudregeln om full prövningskompetens för förvaltningsdomstolarna vid förvaltningsbesvär.

Sverige har en unik, historiskt betingad modell för statsförvaltningens centrala organisation. Till skillnad från de kontinentala staternas jättelika ”ministerier”, har Sverige jämförelsevis små ”departement” medan huvuddelen av den centrala statsförvaltningen sköts av fristående ämbetsverk. Enligt RF 11 kap. 7 § åtnjuter dessa myndigheter en betydande grad av oavhängighet visavi regeringen rörande beslut i ”särskilt fall”; motsvarande drag finns för övrigt också i kommunerna. Kravet på kollektiva regeringsbeslut (RF 7 kap. 3 §) representerar en annan markant avvikelse från hierarkisk organiserade, ministerstyrda system såsom vi finner dem inte bara i västnordiska länder som Danmark och Norge, utan också i så gott som samtliga europeiska länder.

Om dessa drag i systemet kan det sägas mycket gott; jag har tidigare gett uttryck för att det inte alls bör avvecklas, utan snarare vårdas – men

självklart också raffinerats.¹⁵ Det innebär att politiskt ansvariga organ skall styra förvaltningen och att det företrädesvis skall ske i generell form – främst genom normgivning. Uppgiften att tolka och tillämpa normerna i det enskilda fallet åligger ämbetsverk och domstolar. Men styrning genom generella normer står inte i motsättning till kravet på medborgarstyrelse enligt regeringsformens portalparagraf. Grundlag, lag och annan författning – i denna ordning – utgör tvärtom folkviljans förnämsta uttryck.

Den nedärvda ordningen i Sverige på just denna punkt kan likväl ge en viss rätt att hävda att systemet där domstolar träder in på förvaltningsmyndigheters plats inte erbjuder så stora problem i förhållande till de allmänuropeiska principerna om arbetsdelningen mellan domstolar och förvaltning. Inom dessa områden har ju domstolarna i uppgift att pröva beslut fattade av myndigheter som i princip har ungefär samma självständighet i förhållande till politiska organ som domstolarna själva. Därmed sviktar väl argumenten om att lagstiftningsbaserad frihet att välja mellan olika resultat borde utövas under det särskilda politiska ansvar som vilar på regeringen (eller kommunfullmäktige), men inte oberoende domstolar?

Ändå är det inte uppenbart att detta påpekande räcker till för att försvara den tradition som institutionen förvaltningsbesvär vilar på och som stadigt lär bli förstärkt. Innan den ovannämnda frågan besvaras jakande, förtjänar bland annat följande anmärkningar att bli tagna i betraktelse.

Som redan påpekats är lagstiftning som innebär att åtskilliga beslut kan fattas av myndigheterna på starkt skönsmässiga grunder relativt vanliga i den moderna förvaltningsstaten. Ändå finns det stora målgrupper där besluten i allt väsentligt avgörs enligt lagstadgade och andra skrivna rättsregler som inte lämnar mycket utrymme för individuellt skön. I praktiken lär körkortsärenden och mål om beskattning utgöra mycket viktiga exempel där förvaltningsdomstolarna så gott som aldrig värderar de överklagade beslutens lämplighet.

¹⁵ Se bl.a. O. Petersson m.fl., *Demokrati på svenskt vis*, op.cit. på s. 70–73 och s. 139. – Kanske borde ett visst förbehåll mot för omfattande föreskriftsmakt för självständiga myndigheter läggas till det jag sade då. I detta sammanhang är det värt att observera att länder med ministerstyre, i åtskillig grad utvecklar modeller med förvaltningsorgan som i rättsligt avseende njuter ett betydligt större oberoende visavi politiskt ansvariga organ än det som följer av utgångspunkten om en hierarkisk organiserad apparat under regeringens och sektorministerns ledning. En sådan utveckling kan observeras inte bara i Norge och Danmark, men även i centrala länder som Frankrike och Storbritannien (se även vid not 17).

Det är svårt att tänka sig att (förvaltnings)domstolarna i Sverige avgör sådana mål på ett sätt som egentligen skiljer sig från vad motsvarande organ i andra länder skulle göra. Men om detta är rätt uppfattat, så betyder det i själva verket att kontrollen sedan länge koncentrerat sig på de överklagade beslutens "legalitet". Det som då fattas är en öppenhet om att vad som egentligen försiggår i förvaltningsdomstolarna är precis en form för legalitetskontroll, inte något mer, samt en rättslitteratur som är betydligt mer benägen att utveckla gränsdragning och terminologi på denna punkt än i dag.

På sådana områden är det fullt tillräckligt med legalitetskontroll enligt huvudregeln i den praxis och doktrin som är utvecklad i andra europeiska länder. För stora grupper av mål finns det knappast något behov av den tilläggskompetens för kontroll som förvaltningsdomstol har enligt huvudregeln om förvaltningsbesvär. Men då skulle ingenting heller gå förlorat om systemet ändrades i enlighet med detta.

Med sikte på områden där lagstiftningen är utformad på ett sådant sätt att skillnaden mellan legalitet och lämplighet är av intresse, kan först nämnas att den konstitutionella basen för myndigheternas oberoende inte alls är så tydlig som den vid första blick kan ge intryck av; hur är till exempel förhållandet mellan RF 11 kap. 7 § (se ovan) och 6 § om att statliga ämbetsverk "lyder under regeringen"?

Vidare är det utan vidare klart att det rättsliga oberoendet under RF inte i något fall är fullständigt. Omfattande förvaltningsverksamhet rör inte "tillämpning av lag", och vissa myndigheter driver inte alls verksamhet som innebär att de åtnjuter det skydd från politisk "inblandning" som RF 11 kap. 7 § kan ge. Då kommer i alla fall huvudregeln i RF 11 kap. 6 § in med full styrka.

Vidare tycks ett försvar för huvudregeln om full prövning förutsätta att förvaltningsmyndigheterna, åtminstone på de områden som omfattas av RF 11 kap. 7 §, även i praxis är avskärmade från olika former av politisk styrning av mer informell karaktär. Men åtskillig statsvetenskap – och sannolikt åtskilliga observationer av mer personlig natur – lär indikera att så inte alls är fallet.¹⁶

Ett drag i den sistnämnda delen av bilden – och därmed ett element i myndigheternas förhållande till politiska organ i allmänhet – rör det tro-
ligen rätt utbredda tänkandet om starka politiska inslag i rekryteringen

¹⁶ Se t.ex. A. Lindbom, *Ministern och makten: Hur fungerar ministerstyre i praktiken?*, SOU 1997:54.

till ämbetena som chef för myndigheter. Från mycket centralt politiskt håll i Sverige har jag hört sägas att det där med myndigheternas oberoende inte är något stort problem – det är ju regeringen själv som tillsätter cheferna. Kanske någon borde se närmare på realiteten i detta tänkande visavi oberoendet enligt RF 11:7?

Av vikt i ett resonemang kring dessa frågor är också att ett flertal av förvaltningsmyndigheterna besitter fackkunskaper, teknisk kunskap eller lokalkännedom osv. på sina områden som domare vanligen saknar. Det är väl därför befogenheten är lagd just till vederbörande myndighet, eller – omvänt – den är organiserad och bemannad på det sätt som är fallet.¹⁷

Ett moment av något annan karaktär gäller säkerheten för att organ som kan pröva alla sidor av ett beslut – och som i praktiken rätt ofta lär göra det – fäster tillräcklig vikt vid ”legalitetskontrollen” i redan skisserad bemärkelse. Ett av många argument för att sådan hierarkisk prövning inte kan ersätta rätt till att gå till domstol som brukar nämnas i länder där klagan i förvaltningshierarkin själv spelar en praktiskt viktig roll som supplement till domstolskontroll, är att andra och kanske mer intressanta sidor av ärendet tenderar att undanskymma prövningen av ”formalia” såsom fel i handläggning, lagtolkning och annat. På denna punkt kan man vara ganska säker på att bilden blir en annan när kontrollinstansen i princip måste fästa all vikt vid att upptäcka och undersöka sådana typer av fel, såsom domstolarna enligt huvudregeln i länder där de måste skilja mellan legalitet och lämplighet.

En för den enskilde praktiskt mycket viktig nackdel med det svenska systemet lär slutligen vara att enskilda inte kan få krav på ersättning avgjort i förvaltningsdomstol, utan måste gå åt annat håll (Justitiekanslern eller allmän domstol) för att få avgjort eventuella ekonomiska krav som följd av förlust som han eller hon har lidit som en konsekvens av påstått fel i förvaltningen. Detta får väl ses som en följd av just den vida kompetensen för förvaltningsdomstolarna enligt gällande huvudregel om förvaltningsbesvär. Ersättning betingar ju normalt att något rättsligt relevant fel är begånget. Men konstaterande av fel är inget nödvändigt inslag i förvaltningsdomstolarnas ordinarie kontroll av förvaltningen.

¹⁷ I länder där åtskillnad mellan legalitet och lämplighet är huvudregeln, kan sådana argument tala för att domstolarna drar gränsen på ett sådant sätt att utrymmet för förvaltningens eget skön utökas i förhållande till vad som eljest vore fallet. Om norsk rätt på denna punkt, se t.ex. Eckhoff och Smith, *Forvaltningsrett*, op.cit. s. 364–366.

Mot denna bakgrund vore det rimligt att åter värdera förhållandet mellan förvaltningen och dess domare genom systemet för förvaltningsbesvär: Är det verkligen uppenbart att den konstitutionella utgångspunkten om oavhängiga förvaltningsmyndigheter i vissa typer av ärenden i sig själv räcker till för att försvara ett system där förvaltningsdomstolarna genomgående – och inte bara i särskild begrundade undantagsfall – har samma befogenhet som förvaltningen själv?

Redan nu ger förvaltningslagen en rik möjlighet för att ompröva det initiala beslutet. Och vid förvaltningsbesvär måste den myndighet som beslutat i första instans värdera saken på nytt innan klagan eventuellt sänds vidare till länsrätten med förvaltningens egna observationer.

Om debatten skulle leda till något i riktning mot att införa en skillnad mellan legalitet och lämplighet införs som huvudregel för domstolarnas kontroll, eller åtminstone mot att ge den ökat utrymme i förhållande till i dag, borde man kanske ändå värdera införandet av en mer formaliserad rätt att få alla sidor av vissa beslut (som anses som särskilt svåra, känsliga, kontroversiella osv.) prövade på nytt i förvaltningsapparaten själv innan en eventuell klagan till förvaltningsdomstol. Det vore knappast svårt att inpassa till exempel klagonämnder med viss grad av oberoende i det svenska systemet, på ungefär det sätt som i ökande utsträckning redan kan observeras i många länder med ministerstyre, som till exempel Danmark och Norge.¹⁸ Detta borde avlasta de verkliga (förvaltnings)domstolarna och göra det lättare för allmänheten att förstå varför domstolarnas befogenhet är mer begränsad.

Vidare måste förvaltningsrättslitteraturen med större flit än i dag fullfölja sin självklara uppgift att bearbeta och operationalisera begrepp som ”laglighet” och ”lämplighet”. En komparativ utblick vore säkerligen till god hjälp.

Och ändå finns det ett huvudargument åt samma riktning som ännu inte har nämnts: Under systemet för förvaltningsbesvär i Sverige tar den som dömer den offentliga förvaltningen själv del i dess verksamhet i mycket större grad än i andra europeiska länder. Varför skall vi då insistera på att prövningen sker i organ av en helt annan karaktär än övriga ”myndigheter”? Varför inte hellre återvända till situationen före regeringsformen och

¹⁸ I Norge rapporterar Statskonsult för nuvarande om ungefär 50 olika system för avgörandet av klagomål vid nämnder med visst oberoende innanför den offentliga förvaltningen själv. Se även t.ex. Eckhoff och Smith, *Förvaltningsrett*, op.cit. s. 134 f och s. 484 ff och s. C. Bragdø, ”Domstolsprøving av forvaltningsvedtak: et komparativt perspektiv”, *Lov og rett* 2005 s. 68–89 (om Frankrike, Norge och Sverige). – Se även i not 14.

se förvaltningsdomstolarna som delar av förvaltningen med särskilt uppgift att pröva klagomål som inte kan eller bör avgöras i övriga delar av apparaten?¹⁹ De få mål avseende regeringsbeslut enligt rättsprövningslagen som i praktiken uppkommer, skulle nog Högsta domstolen klara av.

6 Är starka domstolar i verkligheten svaga?

Med detta återvänder vi till de principiella grunderna för åtskillnaden mellan legalitet och lämplighet i praktiskt taget alla andra europeiska länder: På samma sätt som Regeringsrätten har länsrätter och kammarrätter helt enkelt trätt in i rollen som klagoinstanser. Denna tradition fullföljdes så sent som 1998, då rätten att överklaga till förvaltningsdomstol i stället för högre förvaltningsmyndighet infördes som huvudregel. Men varför skall domare som har till uppgift att sköta ungefär samma uppgift som de politiker och ämbetsmän som de skall kontrollera, åtnjuta en särskild oberoende ställning?

Många länder ser på domstolarna som den tredje statsmakten, mer eller mindre likställd med den lagstiftande och den verkställande makten. I Sverige är det massmedierna som brukar bära denna hedersbeteckning. Domstolarna räknas inte – eller snarare: Regeringsformen 1 kap. 8 § reflekterar fortfarande en tradition där de nämns på lik linje med förvaltningsmyndigheter.

Det är ingen tillfällighet att Sverige har en sådan bild av sina domstolar. Språkkonventionen ligger i linje med regeringsformens beskrivning. I synnerhet som landet bara för några årtionden sedan fick en helt nyskriven grundlag finns det anledning att betrakta den som en auktoritativ källa för det officiella Sveriges syn på sig självt och sina statsinstitutioner.

Många länders konstitutioner tar utgångspunkt i en annan syn. I den norska grundlagen från 1814 framträder den klassiska tredelningen av statsmakten mycket tydligt genom egna kapitel för den verkställande, den lagstiftande och den dömande makten. Samma sak gäller för Förenta Staternas konstitution från 1787. I den danska grundlagen, där texten från 1953 på många punkter går tillbaka till 1849 års grundlag, fick tredelningen – programmatiskt uttryckt i § 3 – en dramatisk tillämpning den 19 februari 1999, då Danmarks högsta domstol (i det såkallade

¹⁹ Det kan inte alls uteslutas att klagoinstanterna ändå skulle kunna organiseras på ett sådant sätt att de klarar av kravet på ”oberoende” enligt Europakonventionen art. 6. Men denna fråga lämnas här utan svar.

Tvind-målet) underkände en lag om friskolor eftersom den ansågs bryta mot maktdelningsprincipen enligt § 3.²⁰ Den tyska förbundsrepublikens grundlag från 1949, som är en av de mest inflytelserika i vår tid, ägnar ett särskilt kapitel åt den dömande makten. Även Finlands nya grundlag anger redan i första kapitlet (3 §) uppdelningen i den lagstiftande makten, regeringsmakten och den dömande makten, som "utövas av oberoende domstolar".

Sverige avviker starkt från det väletablerade mönstret. Regeringsformen uppmärksammar visserligen domstolarna redan i inledningskapitlet, men både i paragraf 8 och 9 omnämns de tillsammans med förvaltningsmyndigheterna. Detta särdrag bekräftas av regeringsformens kapitel 11, som behandlar domstolarna under titeln "Rättskipning och förvaltning". Få andra länder skulle på detta sätt komma på tanken att blanda samman den dömande och den verkställande makten.

Sammanställningen av de två begreppen utvecklas i flera av de närmare bestämmelserna, däribland den principiellt viktiga paragrafen om den så kallade normprövningsrätten (RF 11:14). Inte endast domstolar, utan även "annat offentligt organ", har rätt att hävda principen att en överordnad rättsregel skall ges företräde om den träds för när (*lex superior*-principen). Samma sak avser de gränser (som anges av bestämmelsen att felet måste vara "uppenbart") som gäller för denna princip i de fall som den lägre av de två motstridande normerna har fastställts av riksdagen eller regeringen.

Detta synsätt avviker alltså starkt från uppfattningen om domstolarnas plats i statsapparaten som återfinns i de flesta av Europas länder. Förklaringen ligger i svensk konstitutionell och politisk historia, med dess centralisering av statsmakten kring kung, regering och regeringskansli. Till bilden hör också andra särdrag, däribland det förhållandet att den som vill göra karriär som domare helst bör växla mellan tjänstgöring i domstolar och departement.

Mycket talar för att denna likställning av domstolarna med (andra delar av) den verkställande makten bildar ett problem för domstolarnas legitimitet i ett demokratiskt samhälle och därmed för domstolarna själva. Inte heller är det väl orimligt att tänka sig att både traditionen och det perspektiv som finns uttryckt i Regeringformen påverkar domarnas egen självbild.

²⁰ Den så kallade Tvind-domen finns tryckt i UfR 1999.841 H.

När förvaltningsdomstolarna fått i stort sett samma roll vid överklaganden som högre förvaltningsorgan och regeringen, blir det likväl inte lätt att förklara varför denna beskrivning – och denna självbild – i själva verket är falsk. Men då rör frågan om förvaltningsdomstolarnas vida befogenheter i förhållande till förvaltningsmyndigheterna enligt systemet för förvaltningsbesvär alltså vid den även mer grundläggande frågan om domstolarnas – och om rättsstatens – ställning i Sverige.

I ett större perspektiv skulle införande av laglighetskontroll som huvudregel sannolikt stärka förvaltningsdomstolarnas ställning. Detta borde göra det lättare att se vad som i första hand är lagstiftande och dömande uppgifter i en konstitutionell demokrati och i sin tur stärka domstolarnas anseende mer allmänt. Det vore bra i ett land där konstitutionen går långt i att likställa domstolar av båda slag med förvaltningsmyndigheter. Kontroll genom starka, oberoende domstolar är ju en av de grundläggande förutsättningarna för en god förvaltning.

Litteratur m.m.

Böcker och artiklar

- S. C. Bragdø, "Domstolsprøving av forvaltningsvedtak: et komparativt perspektiv", *Lov og rett* 2005 s. 68–89.
- T. Eckhoff och E. Smith, *Forvaltningsrett*, 8. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2006.
- H. Esping, *Ramlagar i förvaltningspolitiken*, Stockholm: SNS Förlag, 1994.
- B. Holmström, *Domstolar och demokrati*. Uppsala: Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala, 1998.
- A. Lindbom, "Ministern och makten: Hur fungerar ministerstyre i praktiken?", *SOU* 1997:54.
- L. Marcusson, "Laglighets- och lämplighetsprövning. En titt i backspejeln och framåt", *Festskrift tillägnad Håkan Strömberg*, Lund 1992 s. 121–138.
- O. Petersson m.fl., *Demokrati på svenskt vis*, Stockholm: SNS förlag, 1999.
- J. Reichel, *God förvaltning i EU och i Sverige*, Stockholm: Jure förlag, 2006
- M.-C. Rouault, *Contentieux administratif*, Paris: Gualino 2000.

- E. Smith och O. Petersson (red.), *Konstitutionell demokrati*, Stockholm: SNS Förlag 2004.
- E. Smith, "Sverige som konstitutionell demokrati", *SvJT* 2000 s. 11–35.
- E. Smith, "Politikernas konstitution – eller folkets?", *SvJT* 2004 s. 676–706.
- C. Taube, "System för lagstiftningskontroll", i E. Smith och O. Petersson (red.), *Konstitutionell demokrati*, op.cit. s. 205–232.

Rättsfall

Svenska rättsfall:

RÅ 1989 ref. 95

RÅ 1997 ref. 18

Danska rättsfall:

UfR 1999.841 H

