



FÖRVALTNING SOM VERKSAMHET  
*bidrag till offentlig rättens allmänna läror*

Tormod Otter Johansen

Förvaltning som verksamhet

Denna digitala version av verket är nedladdad från [juridikbok.se](http://juridikbok.se).

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>





Tormod Otter Johansen

# Förvaltning som verksamhet

bidrag till  
offentligrättens  
allmänna läror

Juridiska institutionens skriftserie  
Handelshögskolan vid Göteborgs universitet  
Skrift 031  
2019

Förvaltning som verksamhet –  
bidrag till offentligrättens allmänna läror

978-91-87869-19-8  
Verket på omslaget är »Grimm White Shark» av Karl Norin.  
Tryckt av BrandFactory, Kålleröd.

Avhandlingen är publicerad med stöd från  
Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

*till Klara*



Conventional constitutional theory has sought to explain away the administration, rather than to define and develop it.

Eoin Carolan, *The New Separation of Powers*

Her som over alt staa den juridiske Videnskab overfor en Livets Mangfoldighed, som kun modstræbende lader sig klassificere eller udtrykke i juridiske Begreber. Fra Barnet, det med Sværd ved Lænd leger Konge og Kejser, udsteder sine befalninger och ikender sine Straffe, til den fuldt fejlfri og derfor fuldt gyldige Forvaltningsakt ligger en Skala med ofte umærkelige Overgange ...

Poul Andersen, *Om ugyldige forvaltningsakter*

Som jurister veta vi, huru begränsade normens möjligheter äro i förhållande till livets mångskiftande och överskådliga företeelser; icke minst gäller det inom förvaltningsrätten.

Nils Herlitz, »Förvaltningsrättsliga  
framtidsperspektiv»

Alles gesellschaftliche Leben ist wesentlich *praktisch*. Alle Mysterien, welche die Theorie zum Mystizismus[us] veranlassen, finden ihre rationelle Lösung in der menschlichen Praxis und in dem Begreifen dieser Praxis.

Karl Marx, »Thesen über Feuerbach»

# INNEHÅLL

<b>1</b>	<b>Förvaltning, legalitet, verksamhet</b>	<b>1</b>
1.1	Inledning och tes . . . . .	1
1.1.1	Disposition . . . . .	4
1.2	Legalitet . . . . .	8
1.2.1	Skön . . . . .	17
1.2.2	Tröskeeffekten hos legalitetskravet . . . . .	29
1.2.3	Normbundenhetens begränsning . . . . .	33
1.3	Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap . . . . .	35
1.3.1	Ragnemalms fackla och ljuset utifrån . . . . .	39
1.3.2	Internationell förvaltningsrätt . . . . .	46
1.3.3	Staatslehre och Neue Verwaltungsrechtswissenschaft . . . . .	48
1.3.4	Politi . . . . .	53
1.3.5	Politisk jurisprudens . . . . .	62
1.4	Teoretiska utgångspunkter . . . . .	67
1.4.1	Realism . . . . .	68
1.4.2	Suveränitet och förvaltning . . . . .	72
1.4.3	Samfällt handlande och konkret ordning . . . . .	79
1.5	Metod . . . . .	94
1.5.1	Beskrivning och arkiv . . . . .	94
1.5.2	Materialism och immanent kritik . . . . .	99
<b>2</b>	<b>Ärende, beslut, myndighetsutövning</b>	<b>109</b>
2.1	Verwaltungsakt och Mayers restkategori . . . . .	112
2.2	Hushållslagfarenhet . . . . .	116

## Innehåll

2.3	Systematik och statens ändamål (Rabenius, Ask, Blomberg) . . . . .	117
2.4	Höghetsrättigheter och politi (Reuterskiöld) . . . . .	123
2.5	Subjektivering och »icke alltför stor skada skedd» (Herlitz) . . . . .	130
2.6	Varje rättssubjekt har en förvaltning (Sundberg) . . . . .	141
2.7	Den offentligrättsliga regleringens särart (Strömberg) . . . . .	146
2.8	Administrativt handlande (Wennergren) . . . . .	153
2.9	Den allmänna förvaltningsrättens kodifiering . . . . .	155
2.10	Omöjligt att särskilja, inget faktiskt problem (Lavin) . . . . .	165
2.11	Inte reflektera för mycket & faktiska handlingar (Strömberg) . . . . .	167
2.12	Det som kunnat uniformeras (Ragnemalm) . . . . .	170
2.13	Reformer samt en väg som inte togs (1986 års FL) . . . . .	173
2.14	Funktionell bestämning och legalitet (Marcusson) . . . . .	175
2.15	Ytterligare precisering inte nödvändig . . . . .	180
2.16	Politi till ärende-beslut-myndighetsutövning . . . . .	182
2.16.1	Ständigt svårgreppbart . . . . .	182
2.16.2	Förvaltning som rest . . . . .	183
2.16.3	Ärende-beslut-myndighetsutövning . . . . .	186
2.16.4	Faktisk verksamhet . . . . .	191
2.16.5	Fragment till ett alternativt perspektiv . . . . .	193
3	Allmänna läror och begreppsutveckling . . . . .	197
3.1	Ärendets utmaningar . . . . .	199
3.1.1	Avgränsningen mot faktisk verksamhet . . . . .	200
3.1.2	När inleds ett ärende? . . . . .	209
3.1.3	Skillnaden mellan interna och externa ärenden . . . . .	212
3.1.4	Ärendets olika inre delar . . . . .	213
3.1.5	Förvaltningsrättsliga avtal . . . . .	215
3.1.6	Dold myndighetsutövning och konkludent handlande . . . . .	220
3.1.7	Myndighetsutövning mot tjänstepersoner . . . . .	225
3.1.8	De många typerna av ärenden . . . . .	227

3.2	Verkställighet . . . . .	228
3.2.1	Gynnande myndighetsutövning . . . . .	231
3.2.2	Verkställighet av frihetsberövande . . . . .	232
3.2.3	Brottslig myndighetsutövning . . . . .	236
3.2.4	Konstitutionell nödrätt . . . . .	238
3.3	Nya begrepp och analytiska förslag . . . . .	244
3.3.1	Oreglerad förvaltning . . . . .	245
3.3.2	Åtgärd som grundläggande begrepp . . . . .	248
3.3.3	Handlingsformer . . . . .	250
3.3.4	Myndighetsutövningens två dimensioner . . . . .	253
3.3.5	Konsumtion av myndighetsutövning i beslut . . . . .	258
3.3.6	Den speciella förvaltningsrelationen . . . . .	261
4	Mot en framtida statslära . . . . .	269
4.1	Potentia, konkret ordning och politi . . . . .	269
4.2	Rationalisering av verksamhet i centrala begrepp . . . . .	275
4.3	Materialistisk realism, immanent kritik och legalitet . . . . .	278
4.4	Systematiska begrepp . . . . .	282
4.5	Framtida forskning . . . . .	284
	Referenser . . . . .	287
	Förkortningar . . . . .	311
	Figurer och tabeller . . . . .	313
	Sakregister . . . . .	314
	Summary . . . . .	320
	Efterord . . . . .	327



*Den tomma Silvertronen på kronprinsessan Victorias myndighetsdag, 1995.*

# KAPITEL 1

## FÖRVALTNING, LEGALITET, VERKSAMHET

### 1.1 INLEDNING OCH TES

Den faktiska verksamheten<sup>1</sup> utgör en blind fläck i förståelsen av den offentliga förvaltningen. Denna studie vill ifrågasätta den mest centrala distinktionen inom den svenska förvaltningsrätten: skillnaden mellan ärendehandläggning och faktisk verksamhet. Tesen är att det är den faktiska verksamheten istället för ärendehandläggningen som borde vara förvaltningsrättens grundläggande begrepp. Med andra ord: att *offentlig förvaltning är faktisk verksamhet*.

»Faktisk verksamhet» är här inte en term som används i en allmänspråklig betydelse. Istället har det en specifik rättslig betydelse. Hittills har förvaltningsrätten behandlat den faktiska verksamheten som en relativt sett ointressant del av förvaltningen. Den faktiska verksamheten har varit i periferin jämfört med disciplinens kärna – ärenden som handläggs, leder fram till beslut som sedan verkställs.

<sup>1</sup>Termerna »faktisk verksamhet» och »faktiskt handlande» används huvudsakligen som synonymer i det följande. »Faktisk verksamhet» är dock den term jag föredrar då den visar att själva förvaltningsverksamheten snarast är ett flöde, en kontinuerlig process av arbete och handlingar, än momentana handlingar. Se Warnling-Nerep, *En introduktion till förvaltningsrätten*, 30, 32 där termen är »faktisk verksamhet» och FL 1 § »annan förvaltningsverksamhet».

## *Kapitel 1. Förvaltning, legalitet, verksamhet*

Beslut i dess skiftande varianter (dom, slutliga beslut i ärenden, momentant handlande som begränsar en enskilds frihet, ...) har varit både den offentlighetsrättsliga rättsvetenskapens fokus och den positiva definition som dominerat det juridiska tänkandet kring offentlig förvaltning under i varje fall femtio år. Denna förklarliga upptagenhet har skymt källan till och lösningen på flera problem som offentlighetsrätten står inför.<sup>2</sup>

Den faktiska verksamheten är inte positivt definierad inom förvaltningsrätten. Verksamheten är enbart negativt definierad i relation till andra centrala förvaltningsrättsliga begrepp, särskilt ärendehandläggningen.<sup>3</sup> Det som inte är ärenden eller som inte leder fram till beslut i gängse mening, har ansetts utgöra en sekundär restkategori som kallats faktisk verksamhet. Den dominerande föreställningen i den offentlighetsrättsliga doktrinen har varit att faktisk verksamhet är en perifer aspekt av den offentliga förvaltningen. Den faktiska verksamheten behöver inte bara behandlas som ett viktigt förvaltningsrättsligt tema. Denna studie vill kasta om detta förhållande, och hävda att den faktiska verksamheten är den offentliga förvaltningens egentliga grund.

Skiftet till den faktiska verksamheten som utgångspunkt innebär inte att de centrala begreppen ärende, beslut och myndighetsutövning försvinner bort, eller för den delen får inta den undanskymda position som den faktiska verksamheten hittills fått i rättsvetenskapen. Snarare handlar det om att försöka förstå komplexet ärende–beslut–myndighetsutövning på allvar, och se hur det varit verksamt och överskuggat en bredare förståelse av den offentliga förvaltningen.

Inger Johanne Sand har påpekat att inom offentlighetsrätten har det mesta som rör den interna verksamheten i den offentliga förvaltningen betraktats som ett slags svart låda. De delar av den statliga förvaltningen som försiggår inne i myndigheternas verksamhet, och som omfattar stora personella och ekonomiska resurser, samt omfattande organisatoriska och administrativa processer, har neglige-

<sup>2</sup>Se vidare kapitel 3.

<sup>3</sup>Detta är ett centralt tema för kapitel 2.

rats. Fokus har istället varit det som rört myndigheternas relation till enskilda.<sup>4</sup> Den inre organiseringen har »normalt vært betraktet som et administrativt og internt og ikke et rettslig anliggende», även om den alltid varit normativt styrd och formaliserad genom organiseringen och budgetbeviljningen till förvaltningen.<sup>5</sup> Kaarlo Tuori har också påpekat hur det under det rättsstatliga paradigmet funnits ett starkt fokus på förvaltningsakten. »Det centrala begreppet i förvaltningsrättens rättsstatliga allmänna lärör är 'förvaltningsakt'; enligt standarddefinitionen är förvaltningsakten ett ensidigt och konkret förvaltningsbeslut som omedelbart påverkar ett privat rättssubjekts rättsposition. Om man bevarar den begreppsliga bundenheten till rättsstatens perspektiv, hamnar förvaltningens aktiva och målmedvetna styrning av samhälleliga processer och förhållanden utanför rättsdogmatikens synfält.»<sup>6</sup> Successivt under 1900-talet har statens verksamhet expanderat och vuxit långt utanför de strikt rättsstatliga ramar och uppgifter som den under 1800-talet ägnade sig åt.<sup>7</sup> I den epok av offentlig verksamhet vi nu lever i, oavsett om

<sup>4</sup>»Den interne organiseringen av den statlige offentlige forvaltningen har i rettslige sammenhenger, i vid utstrekning, vært sett på som en 'sort boks'. Den rettslige oppmerksomheten, i forvaltningsretten, har vært fokusert på regler og prinsipper for statens utøving av myndighet i forhold til private rettssubjekter, som legalitetsprinsippet, myndighetsmisbrukslæren og forvaltningsloven. [...] *Den statlige forvaltningen som organisasjon, som en rettslig enhet* som (1) innad skal fordele of bruke store ressurser, som (2) skal administreres personalpolitisk og på andre måter, som (3) består av relativt store enheter som kommuniserer med hverandre både mellom og på tvers av de hierarkiske nivåene, og som (4) handler rettslig med andre, utenfor myndighetsutøvingens område, *har derimot neppe fått tilstrekkelig rettslig oppmerksomhet.*» Sand, *Styring av kompleksitet*, 17, kursivering i original (härefter anges endast mina kursiveringar vid citat).

<sup>5</sup>Ibid, 18.

<sup>6</sup>Tuori, »Har förvaltningsrätten en framtid?», 562. Jämför Kumlien, »Från kamerallagfarenhet till rättsvetenskap», 64.

<sup>7</sup>»Forvaltningens virksomhed er selv i små lande meget omfattende og meget broget og uensartet. De, som beskæftiger sig med forvaltningsret og dermed med denne brogede virksomheds retlige problemer, har brug for et fast og nogenlunde overskueligt udgangspunkt, sådan som det findes i forvaltningsrettens traditionelle kerne. Men de har et lige så stort behov for at være opmærksomme på grænseområderne.», B. Christensen, »Forvaltningsrettens grænseområder», 253. Det har hävdats att just förvaltningsakten som Otto Mayer uppfann hade den oavsedda



## Kapitel 1. Förvaltning, legalitet, verksamhet

den samlas under begrepp som välfärdsstat,<sup>8</sup> marknadsstat,<sup>9</sup> nätverksstat,<sup>10</sup> servicestat<sup>11</sup> eller postvälfärdsstat,<sup>12</sup> så är det tydligt att det som samlas under termen offentlig förvaltning är en omfattande och heterogen uppsättning verksamheter.<sup>13</sup>

Tesen som driver den följande undersökningen – att offentlig förvaltning är faktisk verksamhet – utlovar nya möjligheter att rättsligt förstå och greppa den mångfaldiga verklighet som staten och de offentliga verksamheterna utgör.

### 1.1.1 DISPOSITION

Detta arbete består av två huvudsakliga delar, ett historiskt kapitel 2 och ett konstruktivt kapitel 3, samt detta inledande kapitel 1 och ett avslutande kapitel 4. Det historiska kapitlets främsta bidrag är en genomgång av hanteringen av de centrala begreppen ärende, beslut, myndighetsutövning samt det undanskymda begreppet faktiskt verksamhet i den svenska offentlighetsrättsliga doktrinen. Det konstruktiva kapitlets främsta bidrag är en utveckling av dessa begrepp,

effekten att förstärka statens makt snarare än begränsa den, Flaatten, »Rettslige övergangsformer», 136.

<sup>8</sup>Vahlne Westerhäll, *Den starka statens fall?*, 51ff.

<sup>9</sup>Graver, »Förvaltningsrett i markedsstaten».

<sup>10</sup>Sand, *Styrning av komplexitet*, 167ff.

<sup>11</sup>Vahlne Westerhäll, *Den starka statens fall?*, 613.

<sup>12</sup>H. Gustafsson, »Rättighetifiering», 63.

<sup>13</sup>Privatiseringen och flyttandet av uppgifter mellan olika privata och offentliga aktörer har ytterligare komplicerat bilden. Jämför exempelvis Marcusson, *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet* och som ett exemplifierande axplock flera uppsatser i Marcussons festskrift, Bull, Lundin och Rynning, *Allmänt och enskilt – offentlig rätt i omvandling*. Från ett tyskt perspektiv: »So where do we stand today? Fixing a position is famously difficult if one is moving at great speed. One may well debate whether, following the era of agriculture (the primary sector) and subsequently industrialization (the secondary sector), we have entered a post-industrial age of services (the tertiary sector). Be that as it may, there is no doubt that the law of administration has, on the one hand, enormously expanded the sphere of its application, while, on the other hand, having lost its conventional contours and the reliability of its doctrine.» Stolleis, *Public Law in Germany*, 164.

framhävandet av ett par nya begrepp samt förslag på alternativa systematiseringar av förvaltningsrättens centrala delar.

Återstoden av kapitel 1 inleds med en genomgång av ett centralt offentlighetsrättsligt tema, legalitet, som utgör en utgångspunkt och beskrivning av avhandlingens tema och problem. Den förvaltningsrättsliga faktiska verksamheten har inte samma krav på bundenhet vid rättsliga normer som ärendehandläggningen och myndighetsutövningen. Samtidigt förutsätts att all offentlig verksamhet principiellt och konstitutionellt är bunden av lagar, men frågan är vad det innebär. Avsnittet innehåller också två konkreta exempel på förvaltningsverksamhet som har ett begränsat eller problematiskt förhållande till legalitetsprincipen (Saudiaffären och Sveriges internationella insatser). Genom denna principiella diskussion och exemplen beskriver jag därmed legaliteten som en central problematik för den offentliga rätten och som manar till en utveckling av de allmänna lärorna. Medan legaliteten huvudsakligen har setts som en apriorisk förutsättning för den offentliga verksamheten föreslås att den snarare bör ses som en kvalitet hos verksamheten som kan bedömas i efterhand. Motivet till att redan inledningsvis placera diskussionen om legalitet är att den behövs för att beskriva och motivera projektet som helhet. Därmed presenteras redan här en del av studiens vetenskapliga bidrag.

Nästa avsnitt i kapitlet (1.3) beskriver närmare vad allmänna läror är och knyter an den inhemska kontext som detta arbete framläggs i till europeisk och internationell forskning. En del utgörs av de allmänna europarättsliga vindar som blåst in i den svenska förvaltningsrätten via bland annat Ragnemalms utredning *En ny förvaltningslag* (SOU 2010:29). Den kompletteras av de ansatser till en ny internationellrättslig förvaltningsrätt som utvecklats under 2000-talet. Utöver detta anknyts till den tyska traditionen av statslära (*Staatslehre*) som sedan länge utgjort en implicit bakgrund för den svenska förvaltningsrätten. Men även den nya tyska förvaltningsrättsvetenskap som under 2000-talet stigit fram som ett perspektiv bortom den snävare rättsdogmatiska synen på förvaltningsrätten kommer här behandlas. Här utvecklas också en diskussion om ett

bredare perspektiv på offentlighetsrätten som ämne, med anknytning till både de internationella trenderna och historiska perspektiven, särskilt de historiska politivetenskaperna och Martin Loughlins begrepp politisk jurisprudens.

Efter dessa utläggningar av avhandlingens tematik, problem och kontext så återstår två avsnitt i första kapitlet. Avsnitt 1.4 beskriver de teoretiska utgångspunkter som väglett studien, det vill säga de grundläggande föreställningar och antaganden som författaren anammat. Dessa rätts- och politiskt teoretiska perspektiv är inte som sådana inriktade på den här studiens mer begränsade område, förvaltningsrättens centrala begrepp. De är dock till hjälp för att motivera och förstå det angreppssätt på dessa avgränsade problem som studien kräver. Diskussionen utgör därmed också en delvis självständig argumentation för ett visst rättsteoretiskt perspektiv baserat på realism fokuserad på verksamhet och den konkreta ordning som förvaltningens verksamhet utgör. Avsnittet pekar mot den potential som en fördjupad förståelse och teoretisk utveckling av förvaltningsrättens centrala problem kan ha som ett bidrag till dessa mer övergripande teorier.<sup>14</sup>

Det sista avsnittet (1.5) beskriver de två metoder som jag använt i kapitel 2 respektive 3. Kapitel 2 består av läsningen av ett visst konstruerat »arkiv» som syftar till att ge en bättre beskrivning av förvaltningen och dess centrala begrepp (ärende, beslut, myndighetsutövning). Arkivet och ansatsen att skapa bättre beskrivningar är här inspirerade främst av Anne Orfords arbeten. Kapitel 3 är mitt konstruktiva bidrag till offentlighetsrätten och förvaltningsrätten och här drivs ansatsen av en »immanent kritik», inspirerad främst av Karl Marx arbeten inom den politiska ekonomin. Den viktigaste aspekten här är att försöka att hitta en väg som varken begränsar sig till helt interna, av traditionen styrda, sätt att diskutera de centrala pro-

<sup>14</sup>Om än inte vidare utvecklat i den här studien hyser jag en förhoppning om att dessa lokala studier av vissa förvaltningsrättsliga begrepp och deras materiella bas i den offentliga verksamheten, kan bidra till en mer realistisk beskrivning och teoretisering av den moderna staten. Även möjligheten att fokuset på verksamheten kan bidra till exempelvis privaträttens och andra rättsområdens utveckling av nya allmänna läror. Jag återkommer till detta avslutningsvis i avsnitt 4.5.

blemen. Samtidigt skall en utveckling av begreppen och systematiken i disciplinen inte bara bestå i inplantering av helt nya och på så sätt externa begrepp. Medelvägen som den immanenta kritiken strävar efter är att med hjälp av en kritik av de gängse begreppen och utveckling av desamma föra disciplinen framåt.

Kapitel 2 utgörs av en läsning av den svenska offentlighetsrättsliga litteratur som utvecklar och diskuterar de centrala begreppen ärende, beslut, myndighetsutövning och faktisk verksamhet. Det arkiv som därmed konstrueras består huvudsakligen av verk i doktrinen och förarbeten till lagar från mitten av 1800-talet fram till idag.<sup>15</sup> Syftet med denna genomgång är att utgöra en komplett beskrivning av de centrala begreppens utveckling i svensk rätt. De idéer om den offentliga förvaltningen som de skilda författarna erbjudit bidrar här till att beskriva den successivt förhärskande teoretiseringen av den offentliga förvaltningen inom ramen för komplexet ärende-beslut-myndighetsutövning. Men vi finner även perspektiv som inte plockats upp av andra författare och fragment till ett alternativt perspektiv som styrker den centrala tesen om att förvaltningen skall betraktas primärt som verksamhet.

Kapitel 3 inleds genom att först kritisera dels ärendebegreppet och dels verkställighetsbegreppet. På ett sätt som liknar legalitetsprincipens vaghet, är även dessa centrala aspekter av den förvaltningsrättsliga systematiken svåra att få grepp om. Båda visar fram hur teoretiska och systematiska framställningar av förvaltningsrätten är i behov av att betrakta den offentliga förvaltningen primärt som verksamhet. I den avslutande delen, som ett resultat av den immanenta kritik som kapitlet består av, föreslås ett antal nya eller utvecklade begrepp (oreglerad förvaltning, åtgärd, handlingsformer) och systematiska figurer (myndighetsutövningens två dimensioner, konsumtion av beslut, den speciella förvaltningsrelationen) för att fånga in och bättre kunna beskriva förvaltningen som rättslig verksamhet. Dessa förslag är grundade i läsningen av den förvaltningsrättsliga doktrinen och dess etablerade begrepp, men utvecklar des-

<sup>15</sup>Se nedan avsnitt 1.5.1 för utveckling av arkivbegreppet.

sa genom en immanent kritik. Det vill säga, begreppen fördjupas, omtolkas och kompletteras på ett kritiskt sätt.

Kapitel 4 sammanfattar studiens resultat och diskuterar vad dessa kan ha för potentiella effekter inom rättsvetenskapen och den rättsliga praktiken, möjligheten att anlägga ett perspektiv där verksamheten är primär även inom andra rättsområden samt behovet av att knyta den rättsvetenskapliga forskningen till andra vetenskapliga discipliner. Kapitlet pekar vidare mot potentialen och behovet av att utveckla en offentligrätt med ett sådant bredare perspektiv – en ny statslära.<sup>16</sup>

## 1.2 LEGALITET

Under det senaste seklet har en föreställning vuxit fram om den offentliga förvaltningen som a priori normbunden och legal, till skillnad från äldre tiders föreställning om maktöverhöghet och en bred politibefogenhet.<sup>17</sup> Detta hänger ihop med att beslutet i förvaltningsärenden, med eller utan myndighetsutövning, har kommit att betraktas som normalfallet för den offentliga förvaltningen. Det går

<sup>16</sup>Se även nedan, avsnitt 1.3.3.

<sup>17</sup>Lebeck sammanfattar i sin fylliga artikel: »Den förvaltningsrättsliga legalitetsprincipen i svensk förvaltningsrätt har således förelöpare långt tillbaka i tiden men är i sin moderna form en tämligen ny företeelse. I äldre förarbeten har man ansett att det inte finns någon legalitetsprincip även om betungande retroaktiva beslut i förhållande till enskilda har ansetts böra undvikas. Genom den konstitutionella utvecklingen och anpassningen till svensk rätt i förhållande till EKMR och i vissa delar även till EU-rättens allmänna förvaltningsrättsliga principer framstår den uppfattningen inte som ett uttryck för gällande rätt idag. Det förhindrar dock inte att det i svensk rätt idag i vissa avseenden finns flera parallella källor till legalitetsprincipen vilka också har delvis överlappande tillämpningsområden. Den svenska rättsordningens interna legalitetsprincip, EU-rättens legalitets- och rättssäkerhetsprinciper och EKMR:s krav på lagstöd för inskränkningar i begränsningsbara rättigheter och förbud mot retroaktivitet i förhållande till lagstiftning som i materiellt hänseende är att se som straffrättslig är de källor som legalitetsprincipen (eller legalitetsprinciperna) har i svensk rätt.» Lebeck, »Den förvaltningsrättsliga legalitetsprincipen i svensk rätt I : teoretisk och konstitutionell bakgrund», 127f. Se också *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*.

att identifiera detta gradvisa skifte med den allmänna förvaltningsrättens långa kodifieringsprocess som inleddes redan under 1940-talet och som ledde fram till 1971 års FL.<sup>18</sup>

Detta perspektiv behöver vändas och den relativt sett fria faktiska verksamheten istället betraktas som normalfallet. Inom denna verksamhet finns ärenden och i vissa fall utgör dessa partsärenden. I ytterligare vissa fall har dessa ärenden dessutom myndighetsutövningskaraktär. (Se figur 1.1.)



Figur 1.1: Fyra delar av förvaltningsverksamheten

Detta är inte uttryck för någon alternativ tolkning av rättsläget när det gäller den allmänna förvaltningsrättens centrala systematik. Snarare är det ett teoretiskt uppmärksammande av att utgångspunkten i verksamheten som helhet, snarare än beslutet som slutpunkt på ett ärende, redan är så som den offentliga förvaltningen rättsligt är strukturerad. Myndigheternas verksamheter pågår kon-

<sup>18</sup>Se avsnitt 2.9.

tinuerligt och ofta är dessa endast i en mycket bred och vag mening förankrade i vissa uppgifter eller ändamål som pekar ut verksamheternas riktning. I vissa delar av denna verksamhet, på mikronivå, är dessutom verksamheten rättsligt förstådd eller kategoriserad som ärende-beslut-myndighetsutövning. Inom den faktiska verksamheten och de ärenden som inte utgör partsärenden, återfinns vi det mesta av den offentliga förvaltningen.

Vad har då detta för betydelse för legalitetsprincipen eller det allmänna kravet på normbundenheten i den offentliga förvaltningen? Legaliteten i dess olika formuleringar utgör ju en grundsten i den moderna konstitutionella synen på staten, särskilt inom ramen för den centrala diskursen om rättsstaten och rättsstatsbegreppet.<sup>19</sup> Idén att förvaltningen och hela den offentliga verksamheten skall vara underkastad och följa de rättsliga normer som lagstiftaren ställt upp är en grundbult i den allmänna diskursen om en rättsstat.<sup>20</sup> Detaljerna är dock inte lika självklara, särskilt när man rör sig utanför området för beslut i partsärenden.

Det är inte ovanligt att det med eftertryck påpekas i rättskällor eller doktrin att all offentlig verksamhet måste ha stöd i skrivna normer. Som ett exempel uttrycker regeringen det i sin proposition till 2017 års FL i samband med en diskussion om övergången från »klassisk förvaltning» till en med »ökade inslag av informationsuppgifter och kundrelaterade aktiviteter» att risken ökat för att myndigheterna hoppar över stöd i rättsordningen:

Det är därför angeläget att ge en klar signal om att all offentlig verksamhet, oavsett dess karaktär, ytterst måste grundas på skrivna regler i rättsordningen ... Skil-

<sup>19</sup>Legalitetsprincipen blir nödvändig att behandla i någon utsträckning i de flesta offentligrättsliga arbeten. Exempelvis Markus Naartijärvis avhandling om SÄ-PO:s preventiva tvångsmedel som lämpligt och typiskt diskuterar bland annat förutsebarhet, proportionalitet och precision. Naartijärvi, *För din och andras säkerhet*, 48ff.

<sup>20</sup>En översikt över »rule of law» i en europeisk kontext återfinns i Dijk m. fl., *Report on the Rule of Law*. »Det rättsstatliga domesticerandet av förvaltningen» är en tankeväckande formulering av denna process, se Cassese, »The Administrative State in Europe», 65.

jelinjen mellan privaträttsliga subjekts principiella rätt till ett fritt agerande och myndigheternas skyldighet att fullgöra bestämda uppgifter i det allmännas tjänst bör alltså tydligt markeras.<sup>21</sup>

Det framstår kanske som en rimlig utgångspunkt att godtycke är det privata handlandets primära rättsliga kvalitet, i motsats till det offentliga handlandet. Det vill säga att det privata handlandet är negativt reglerat – man får göra vad man vill så länge det inte är förbjudet. På motsvarande sätt vore normenlighet då det offentliga handlandets primära kvalitet. Utgångspunkten (i varje fall från en ideologisk ståndpunkt om en liberal stat) är att staten bara får göra det den har befogenhet att göra i enlighet med någon rättslig norm. Vi gör oss dock en otjänst om vi utgår från denna ideala föreställning om ett aprioriskt normstöd i offentligt handlande. Det är ännu mer problematiskt om vi utesluter verksamheter som inte går att inlemma i denna rättsstatliga struktur, som ickerättsliga.<sup>22</sup> Snarare bör vi utgå från den motsatta hypotesen: att det inte finns någon på förhand given skillnad mellan det privata och offentliga handlandet när det gäller normstöd.

<sup>21</sup> Prop 2016/17:180, 58.

<sup>22</sup> Loughlin har från ett något annat perspektiv påpekat hur rättsstatlighet inte kan vara ett grundbegrepp för offentligrätten. »My argument will be that although a coherent formulation of the general concept can be devised, this formulation is entirely unworkable in practice. The rule of law therefore cannot be conceived as a foundational concept in public law. So far as it has any use, it must be deployed with precision, especially because the fact that it is unrealizable in practice renders it peculiarly susceptible to being used for ideological purposes. The concept has value only for its aspirational qualities. Nevertheless, the extent to which the directing idea can be realized is an essentially political task.» Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 314. Han refererar även till Joseph Raz som menar att *rule of law* bara kan handla om en aspiration som kan uppnås gradvis, men inte fullständigt. »Conformity to the rule of law—or, more precisely, rule by law—can therefore only be a matter of degree, and though, other things being equal, the greater the conformity the better—other things are rarely equal.» *ibid*, 334.



Fredrik Sterzel har uttryckt kärnan i legalitetsprincipen som ett krav på maktutövningens normbundenhet i motsats till godtycke.<sup>23</sup> I den svenska förvaltningsrätten brukar detta konkretiseras i två punkter:

- (1) Myndigheternas beslutanderätt måste alltid ha något slags författningsstöd. (2) Deras rätt att fatta vissa för medborgarna betungande beslut kräver därutöver ett särskilt stöd i lag.<sup>24</sup>

Sterzel antyder något annat än endast krav på lagstöd i myndighetsutövning – »maktutövningens normbundenhet» antyder något bredare, och motsättningen till »godtycke» pekar mot att legalitetsprincipen kan förstås som stående mot något mer allmänt än endast myndighetsutövningsfrågan. Det Sterzel beskriver som »den grundläggande självklarheten» är att det behövs normativ »täckning». Det hänger samman med generella idéer om rättsstaten.

Vilken praktisk betydelse har då detta krav? För de statliga myndigheterna räcker det med att ha täckning i instruktionen. Det måste krävas ett ordentligt »hopp över skaklarna» för att legalitetsprincipen skall sägas vara åsidosatt. För de kommunala myndigheterna träder andra rättsregler i funktion vid skakelhopp: främst

<sup>23</sup>Den straffrättsliga legalitetsprincipen kan sammanfattas i punkterna: retrospektivitetförbudet, analogiförbudet, utan lag inget brott, utan lag inget straff. Legalitetsprincipen, även inom straffrätten, är kanske framförallt en idealtyp. Jan-Olof Sundell har i en uppsats om legalitetsprincipen inom svensk straffrätt från 1800 till idag formulerar det så: »Det framstår därmed som berättigat att betrakta en fullt genomförd legalitetsprincip mer som en idealtyp än något som faktiskt förekommer inom det svenska rättssystemet. Frågan är om något modernt rättssamhälle kan kosta på sig att tillämpa legalitetsprincipen i dess idealtypiska fulländning. Med detta konstaterat kan man å andra sidan inte förneka behovet av att slå vakt om den enskilde medborgarens rättssäkerhet. Som ledstjärna för en sådan strävan kan legalitetsprincipen trots allt fortfarande spela en viktig och värdefull roll.» Sundell, »Legalitetsprincipen inom svensk straffrätts historia», 111.

<sup>24</sup>Sterzel, »Legalitetsprincipen [2009]», 113. Sterzels text är en utökad och reviderad version av »Legalitetsprincipen [2005]».

de om (inre och yttre) kommunal kompetens och om laglighetsprövning. Det är svårt att se att legalitetsprincipen tillfogar något av praktisk betydelse.<sup>25</sup>

Här menar Sterzel alltså att legalitetsprincipen inte aktualiseras i praktiken, eller inte blir i praktiken så intressant om inte (den statliga) förvaltningen går långt utanför de ramar som lagstiftningen satt upp. Sterzel sammanfattar sin genomgång av den förvaltningsrättsliga legalitetsprincipen som att den innehåller ett allmänt hållet föreskriftskrav (det vill säga att det krävs någon föreskrift i lag eller annan författning), som förstärkts till ett krav på lag när det gäller betungande beslut.<sup>26</sup> Samt att strikt lagtolkning skall användas när det avgörs om legalitetsprincipen iaktagits, men alltså inte när det gäller tolkandet av lag i allmänhet inom förvaltningsrätten.<sup>27</sup> Det vill säga: lagen behöver inte tolkas strikt, men det är ett strikt krav att någon lag ger rätt att fatta ett betungande beslut.

Sterzel menar att legalitetsprincipens ställning stärkts, särskilt sedan 90-talet, vilket enligt honom är positivt. Det är »angeläget att arbetet drivs på» och »doktrinen [har] en viktig uppgift».<sup>28</sup> Det är alltså bra med mer allmänna rättsprinciper som legalitetsprincipen och det åligger oss som författar doktrin att driva på utvecklingen. Särskilt som utvecklingen i rättsväsendet med nödvändighet är långsam. Men han konstaterar också att principen lider av att vara både självklar och oklar på samma gång.

<sup>25</sup> »Legalitetsprincipen [2009]», 129.

<sup>26</sup> »Föreskriftskravet måste i huvudsak förstås som ett krav på en formellt giltig rättslig grund för myndighetens handlande. Gemensamt för de delvis överlappande föreskriftskrav som finns i svensk rätt är dock att de inte är oförenliga med att myndigheter kan tillerkännas ett betydande skön i sin verksamhet, i synnerhet vad gäller gällande åtgärder mot enskilda. I det avseendet tycks det också klart att föreskriftskravet ensamt knappats kan bilda grunden för all rättslig kontroll av myndigheter utan måste ses i ljuset av skyddet för grundläggande rättigheter och kraven på lika behandling och proportionalitet i den offentliga maktutövningen.» Lebeck, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, 406.

<sup>27</sup> Sterzel, »Legalitetsprincipen [2009]», 132.

<sup>28</sup> *Ibid*, 132.

Det som fattas, i en ickevärderande bemärkelse, i Sterzels text är en diskussion om legalitetsprincipen när det gäller den faktiska verksamheten. Sterzels text håller sig inte helt strikt inom ramen för komplexet ärende–beslut–myndighetsutövning, men den har samma slagsida som många andra diskussioner i doktrinen. Samtidigt kan vi dra slutsatsen att om endast ett allmänt hållet föreskriftskrav gäller för beslut inom förvaltningen, så kan knappast något högre krav gälla för de åtgärder som inte utgör beslut. Enligt Sterzel räcker det för de statliga myndigheterna att »ha täckning i instruktionen» för att kunna ägna sig åt maktutövning.<sup>29</sup> Carl Lebeck har uttryckt det som att det »finns ett relativt stort utrymme för rättslig osäkerhet vad gäller den exakta omfattningen av det allmännas kompetens, p.g.a. myndigheters skön, extensiva och vaga befogenheter och vaga syften med åtgärder och p.g.a. av faktisk osäkerhet och oklarheter angående rationaliteten i myndigheters handlande.»<sup>30</sup> Det skulle i så fall betyda att när det gäller faktiskt handlande innebär en eventuell legalitetsprincip endast ett minimalt eller formellt krav på stöd i författning. Denna slutsats sticker något i ögonen från ett konstitutionalistiskt perspektiv, men framstår som en riktig analys när förvaltningen betraktas primärt som faktisk verksamhet.<sup>31</sup>

En fråga blir om kravet till och med fortsätter ned till den nivå som Sterzel återger att Halvar Sundberg beskrev på 1940-talet. Sundberg menade att förvaltningsmyndigheterna får »inom lagstiftningens och statsregleringens ram och med iakttagande av Kungl. Maj:ts befallningar använda alla de maktmedel, som äro erforderliga för fullgörandet av de uppgifter, vilka blivit dem anförtrodda».<sup>32</sup> Myndigheterna behöver alltså inte för sin maktutövning »åberopa något annat stöd än själva ändamålsenligheten».<sup>33</sup> Även om Sterzel

<sup>29</sup>»Legalitetsprincipen [2009]», 129.

<sup>30</sup>Lebeck, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, 414.

<sup>31</sup>För ytterligare diskussion till stöd för detta påstående se avsnitten 3.1 och 3.2.

<sup>32</sup>Sundberg, *Allmän förvaltningsrätt*, 113f.

<sup>33</sup>ibid, 114. Även Sterzels referens till Gustaf Petréns avhandling om offentlig-rättslig våldsanvändning, Petrén, *Om offentligrättslig användning av våld mot person*, enligt vilken det ofta ansågs »ligga i sakens natur» att det våld som krävdes fick användas. Sterzel, »Legalitetsprincipen [2009]», 116. Nils Herlitz beskriver

menar att denna ytterst tunna legalitetsprincip (kanske inget legalitetskrav alls) inte längre gäller inom svensk förvaltningsrätt när det gäller beslut och myndighetsutövning, kan man i varje fall tänka sig att den bättre uttrycker legalitetsprincipen inom det förvaltningsrättsligt reglerade faktiska handlandet. Den faktiska verksamheten i snäv mening, till skillnad från den procedurrellt reglerade ärendehandläggningen, är då som utgångspunkt oreglerad.<sup>34</sup> Ofta är det styrt av en logik som inte är rättslig, i den meningen att andra professioners kompetens och kultur både styr och överhuvud kan förverkliga verksamhetens syften. Jurister kan inte vara lärare, poliser eller läkare.<sup>35</sup>

Viktigt att notera här är att legalitet inte blir en ickefråga, eller att det inte skulle finnas i stora delar en hög grad av legalitet i den svenska offentliga verksamheten. Det handlar dock om att lyfta bort antagandet om legaliteten som både en förutsatt och naturlig del av verksamheten och som den primära drivande kraften bakom förvaltningsverksamheten generellt. Legalitet finns, och finns ofta i relativt hög grad, men den är ingen essens som följer med politiska initiativ och lagar som initierar nya förvaltningsverksamheter. Lagar och legalitet är varken ofrånkomligt sammanknutna eller oberoende av varandra. Dock kräver legaliteten att någon lag eller an-

koncist den tidiga förvaltningens karaktär som obunden av normer. I äldre tid var »förvaltningen åtminstone på många håll i huvudsak haft att, obunden av alla normer, lösa sina uppgifter med hänsyn till vad som i de särskilda fallen funnits riktigt och lämpligt; detta innebär frihet gentemot all lagstiftning, även den enbart materiella». Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 33

<sup>34</sup>Som ett intressant exempel fortsätter citatet från propositionen i början av detta avsnitt med ganska anspråklösa krav på legaliteten i förvaltningens verksamhet: »Principen bör i enlighet med utredningens förslag gälla för all verksamhet hos myndigheten, dvs. för såväl handläggning av och beslutsfattande i enskilda ärenden som s.k. faktiskt handlande. Avsikten är alltså att hindra myndigheterna från att agera *helt vid sidan* av sina i författning angivna åligganden.» Prop 2016/17:180, 58, min kursivering.

<sup>35</sup>Jämför: »Men även den faktiska förvaltningsverksamheten är av förvaltningsrättsligt intresse, i den mån den är underkastad rättslig reglering och kontroll.» Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 17.

nan rättsnorm finns där som en måttstock mot vilken legaliteten kan mätas.

Legalitetsfrågan blir därmed mindre av en binär relation. Till följd av den faktiska verksamhetens företräde blir legalitet snarare en emergent effekt av det faktiska handlandets konkreta normbundenhet. Legalitet skiftar här från att vara ett primärt normativt imperativ eller påbud till att vara en kvalitet som kan bedömas (i efterhand). Denna invertering innebär dock att legaliteten förlorar sin just imperativa normativa form och därmed blir ett begrepp för verksamhetens relativa relation till normerna och koherensen i systemet. Legaliteten är då också en effekt av systemets totala funktion. Utan förvaltningsverksamheten uppstår ingen ordning i vilken legalitet kan existera.<sup>36</sup>

Detta bidrar troligen till den upptagenhet vid och normativa strävande efter koherens i rättsordningen som många traditionella rättsteorier ger uttryck för. Om lagen, oavsett källa (naturen, Gud, suveränen, lagstiftaren, folket) är utgångspunkt och det som den generella och partikulära förståelsen av varje juridiskt fenomen kretsar kring är det nödvändigt att sträva efter koherens. Det är bara i ett koherent, det vill säga i ett regelbundet (notera ordets dubbla betydelse) och de facto normbundet system som lagarna kan inta den imperativa positionen som gör att vi kan förlita oss på (eller i varje fall hoppas på) deras styrande kraft.<sup>37</sup> Legaliteten finner därmed sin grund inte i lagstiftandets befallning, utan i tillämpningen som handling. Befallningen existerar, men legaliteten är en effekt av den partikulära och generella tillämpningen.

Legalitetsprincipen har brett normativt anspråk, men den förmår inte att instrumentellt realisera legalitet i den offentliga förvaltningen.<sup>38</sup> Ett nytt sätt att betrakta legalitetsprincipen vore därför att mer anspråkslöst se den som ett utvärderingsinstrument. Legalite-

<sup>36</sup>Detta knyter an till diskussionen i avsnitt 1.4.3 om konkret ordning.

<sup>37</sup>Schmitt påpekar hur 1800-talets stabila politiska samhällen i Västeuropa innebar en vurm för just positivism, Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, 66.

<sup>38</sup>Lebeck påpekar att legalitetsprincipen i både svensk rätt och EU-rätt har »en utpräglad formell karaktär», Lebeck, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, 415

tens kontingens, dess större eller mindre närvaro som en kvalitet hos vissa åtgärder och verksamheter, matchas därmed med möjligheten att bedöma hur mycket eller i vilken utsträckning dessa handlingar följer de normer som anses råda.

### 1.2.1 SKÖN

Frågan om legalitet knyter också nära an till skönsmässigheten eller skönet. Att skönsmässigt handlande eller bedömningar präglar mycket av förvaltningsverksamheten är väl känt och inte i sig ett problem från ett legalitetsperspektiv.<sup>39</sup> En modern rättsstat innehåller en mängd disparata verksamheter och alla kan inte underkastas samma strikta legalitetskrav som det kanske främsta exemplet: rättegångar i brottmål. Alf Ross påpekade redan 1953 angående skön på den offentliga rättens område att exemplen är så talrika att det är orkeslöst att anföra exempel.<sup>40</sup> Therese Bäckman beskriver det utrymme för tillämpning som gäller på socialrättens område:

Många av välfärdsstatens socialrättsliga lagregler kännetecknas av uppställandet av vissa yttre gränser, inom vilka det finns utrymme för andra former av regelbildning. Besluten fattas också i hög grad på myndighetsnivå. Lagen anger endast de ramar som myndigheterna måste hålla sig inom. De kan framstå som detaljerade och preciserade men vid en närmare granskning visar det sig att de lämnar utrymme för en tämligen vidsträckt normavvägning på tillsyns- och tillämparnivån. Vid denna normavvägning hämtas ledning från andra

<sup>39</sup>Vahlne Westerhäll, »Regel och skön i nordisk förvaltningsrätt», 196. Andersen vänder sig mot att betrakta det fria skönet som förvaltningen utövar som liktydigt med det privata handlandets frihet. »Forvaltningen vælger – som det er sagt – ikke paa samme Maade frit, som den, der udvælger sig Smørrebrød efter en Smørrebrødsseddel. Det handlende Forvaltningsorgan er *bundet til at forfølge en udenfor Personen selv liggende Interesse.*» Andersen, *Om ugyldige forvaltningsakter*, 17.

<sup>40</sup>Ross, *Om ret og retfærdighed*, 367, not 3.

källor än de traditionella rättskällorna, t.ex. handböcker rörande handläggningsrutiner.<sup>41</sup>

Om än skön ofta refererar till utrymmet att göra en friare bedömning i en enskild regel<sup>42</sup> går också skönsmässighet att betrakta som en relativ frihet i förvaltningens kontinuerliga verksamhet. Att vara fri i en privat (privaträttslig) mening innebär att ens handlingar inte fångas in i en juridisk logik – de pågår bara som en del av det kontinuerliga flöde som utgör det liv som individen lever.<sup>43</sup> Rättshandlingen, det vill säga en handling fångad i en juridisk logik, dekonstruerar subjektets verksamhet till något där vi på allvar kan ställa frågan om det är ett rättsligt sett fritt handlande eller inte. Det innebär också att själva den kontinuerliga verksamheten sönderfaller och den går att analysera som »x är faktiskt handlande», »y är myndighetsutövning». Flödet byter dynamik och kristalliserar. Skönsmässigheten handlar då om utövandet av frihet, beslutande, i det kristalliserade fallet. Det som kallas ett fritt handlande i privaträttslig mening motsvaras i förvaltningen av skön.<sup>44</sup>

Det är meningslöst att ropa på legalitet i allmänhet, eller så mycket legalitet som möjligt. Rättsstaten må vara ett reglerande ideal, men den är inte ett uppnåeligt mål för förvaltningens verksamhet. Därför bör vi istället i rättsliga analyser utgå från att den offentliga förvaltningens representanter är fria att agera så länge inte lagligt stöd för motsatsen uppställs. Lebeck har formulerat myndigheternas relativa frihet så här:

Rörande faktisk verksamhet gäller generellt att såvitt myndigheten inte betungar enskilda är det i allmänhet tillräckligt att myndighetens åtgärder bidrar till att uppfylla de syften som följer av den tillämpliga lagstiftningen, faller inom myndighetens kompetens och inte stri-

<sup>41</sup>Bäckman, *Gynnande besluts negativa rättskraft och rättssäkerhet*, 61.

<sup>42</sup>Jämför Wallerman, *Om fakultativa regler*, 46.

<sup>43</sup>Detta i varje fall från en idealtypisk utgångspunkt, det vill säga, det krävs att man tror på att friheten är sådan och att individen finns som ett sådant subjekt.

<sup>44</sup>Se vidare diskussion om oreglerad förvaltning nedan i avsnitt 3.3.1.

der mot andra rättsregler. I detta avseende finns alltså relativt få begränsningar av myndigheternas roll.<sup>45</sup>

Här finns inget att invända så länge distinktionen mellan myndighetsutövning och faktisk verksamhet kan upprätthållas på traditionellt sätt. Som denna studie i sin helhet kommer visa är dock varken distinktionen mellan dessa typer av förvaltningsverksamhet eller begreppens interna koherens tillfredställande. För att illustrera detta kommer nu två exempel från svensk förvaltning som visar på hur det skönsmässiga, fria, utrymmet att agera kan vara mycket stort. Spänningen mellan en rent formellt uppfylld legalitetsprincip (det finns en lag som ger en viss kompetens) och en mer materiell legalitet där tjänstepersoner agerar inom ramen för de uppställda normerna blir därmed tydlig.

#### *Lagstöd för internationella insatser*

Förslaget från Fredsinsatsutredningen om en lag för användningen av våld och tvång i internationella insatser utgör här ett belysande exempel.<sup>46</sup> Medan intentionen hos utredningen var god, att ge någon rättslig grund för de otvivelaktigt väldigt allvarliga handlingar som svenska soldater under fredsinsatser måste ägna sig åt, blev resultatet ändå magert. Som en ersättning för de oskrivna ansvarsfrihetsgrunder och interna policybeslut som Försvarsmakten baserar sin verksamhet på, föreslog utredningen en lag om sammanlagt fyra paragrafer.

1 § i förslaget angav att lagen var tillämplig på Försvarsmaktens personal i internationella insatser. 3-4 §§ angav att användningen av våld och tvång måste vara nödvändig, proportionerlig, följa begränsningarna i vissa rättighetskonventioner och dessutom att den humanitära rätten måste följas av Sverige oavsett om Sverige är part i väpnad konflikt eller inte. 2 § bestod i en koncis formulering som skulle innebära att det finns ett uttryckligt lagstöd och en generell befogenhet i stället för bara ett regeringsbeslut.

<sup>45</sup>Lebeck, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, 416.

<sup>46</sup>SOU 2011:76.



## Kapitel 1. Förvaltning, legalitet, verksamhet

Sådan personal som avses i 1 § får använda våld och tvång, eller ge order om detta, för att fullgöra insatsen, under förutsättning att det sker i enlighet med mandatet för insatsen, tillämplig folkrätt samt 3-4 §§ i denna lag.<sup>47</sup>

Om än man kan diskutera hur substantiellt det väldigt korta författningsförslaget vore om det blev lag, skulle det dock råda bot på den brist som utredningen sammanfattar så här:

I vad mån Försvarsmaktens personal vid internationella insatser får använda våld och tvång, vid genomförandet av den operativa verksamheten, framgår alltså inte av några svenska författningar, utöver av vad som följer av nödvärnsrättens bestämmelser ...<sup>48</sup>

Det finns alltså inget stöd för att »ingripanden med våld och tvång, vid genomförandet av den operativa verksamheten, i princip inte kan göras med stöd av svenska författningar, exempelvis skyddslagen, polislagen, militärpolisförordningen, eller med stöd av särskilda riksdags- och regeringsbeslut».<sup>49</sup> För utredningens syfte koncentreras dessa frågor kring ansvarsfriheten för de tjänstepersoner (soldater) som bedriver själva verksamheten.

För närvarande verkar ansvarsfriheten för vålds- och tvångsutövandet av soldaterna endast vila på en så kallad oskriven ansvarsfrihetsgrund. Försvarsmakten arbetar utifrån denna position<sup>50</sup> och den har också framförts i doktrinen av Magnus Sandbu som varit verksam inom myndigheten.<sup>51</sup> I detta sammanhang hänvisar och diskuterar utredningen ett fall från HD som rörde en lärare och en

<sup>47</sup>SOU 2011:76, 41.

<sup>48</sup>SOU 2011:76, 185.

<sup>49</sup>SOU 2011:76, 137.

<sup>50</sup>SOU 2011:76, 148.

<sup>51</sup>Sandbu, »Det straffrättsliga ansvaret vid militära fredsframtvängande insatser».

elevassistent och huruvida vissa åtgärder från dem utgjorde straffbar misshandel eller olaga frihetsberövande.<sup>52</sup> Utredningen menar att det är en otillfredsställande situation att arbeta med så bristfälligt normstöd:

Det är i klarhetens intresse inte tillfyllest att behöva falla tillbaka på enbart mandatet från säkerhetsrådet, ett osäkert internationellt rättsläge och allmänna resonemang om vad som ter sig rimligt enligt någon oskriven ansvarsfrihetsgrund. Klarhet kan skapas genom att det *i svensk lag anges att våld och tvång får användas i fullgörandet av mandatet under vissa förutsättningar.*

En övergripande lagregel i nationell rätt som klargör att användning av våld och tvång under vissa angivna förutsättningar är tillåtet under internationella militära insatser skulle bidra till att minska den osäkerhet som nu råder avseende på det individuella straffansvaret och vara att föredra framför att rättsläget ska bestämmas av en oskriven och därmed tämligen oklar ansvarsfrihetsgrund.<sup>53</sup>

I de internationella insatserna finns en överordnad »global» förankring i folkrättsliga beslut och normer, men själva verksamheten på marken är framförallt reglerad genom policys utfärdade inom ramen för myndighetens skönsmissiga befogenhet. Här finns alltså en låg grad av legalitet i den betydelse som diskuterats ovan.<sup>54</sup>

Myndigheten har samtidigt givits en befogenhet och ett rättsligt utrymme för att lösa en uppgift eller genomföra en verksamhet. Inom ramen för detta skönsmissiga utrymme får myndigheten själv vara normgivare och etablera de regler som skall styra verksamheten. Här finner vi hur verksamheten blir primär i relation till dess

<sup>52</sup>NJA 2009 s 776. Se också intressant diskussion om det fortsatta oklara rättsläget gällande våldsanvändning i skolan, A. Gustafsson och Enkvist, »Ett likvärdigt fri- och rättighetsskydd i skolan?»

<sup>53</sup>SOU 2011:76, 21.

<sup>54</sup>Se avsnitt 1.2.

rättsliga reglering. Viktigt med just internationella insatser är också att det mycket kraftfulla våld och tvång som verksamheten innebär inte kopplas till några sådana processuella rättssäkerhetsgarantier som vanlig förvaltningsverksamhet. Som utredningen konstaterar:

Det våld som personalen i en internationell militär insats kan tvingas använda för att genomföra sina tjänsteuppgifter kan inkludera dödligt våld.

De åtgärder som vidtas kan bl.a. innefatta upprättande av vägsärrar, skingrande av folksamlingar, ingripanden mot upplopp och kravaller, genomförande av husrannsakan, identitetskontroller och visitation, liksom frihetsberövanden av personer och tagande i beslag av egendom, och i sin mest extrema form väpnad strid, allt beroende på situationens krav och förutsättningar. Alla sådana åtgärder innebär en tydlig maktutövning mot enskilda.<sup>55</sup>

Här bedrivs alltså en verksamhet inom ramen för en svensk myndighets uppdrag, med tydlig maktutövning mot enskilda, men utan något uttryckligt lagstöd i svensk rätt. Särskilt uppseendeväckande är att det finns och har funnits alla möjligheter att täcka upp i varje fall den mest grundläggande bristen när det gäller legalitetsprincipens uppfyllande. Det som de internationella insatserna också tydligt visar, särskilt med tanke på icke-implementeringen av ens den mycket koncisa lagstiftningen som utredningen föreslår är att ens ett formellt uppfyllande av föreskriftskravet inte verkar ligga i lagstiftarens direkta intresse. Detta förstärker ytterligare bilden av att verksamheten, som bland annat ett utlopp av den rådande politiken, är det primära i relation till legaliteten.

Det finns inget särskilt att invända mot att en sådan lag skulle införas.<sup>56</sup> Det finns inte något fel i att försöka skydda de däri utpekade rättigheterna för enskilda. Men även kravet på en så-

<sup>55</sup>SOU 2011:76, 178.

<sup>56</sup>Vilket intressant nog ännu inte gjorts.

dan formalisering av lagstödet för verksamheten missar ändå på något sätt målet när det gäller att förstå vad denna typ av verksamhet egentligen är. Sveriges militära insatser, oavsett om de rör försvar vid väpnad konflikt eller internationella fredsinsatser under FN:s beskydd, ligger vid själva kärnan av den suveräna maktutövningen som staten har monopol på. Den enda egentliga effekten av den »legalisering» som en lag om militära insatser skulle ge är att skydda den militära personalen från åtalshotet när de utför sina arbetsuppgifter, vilket såklart är nog så lovvärt.

Men i praktiken handlar det inte om att utöka den lagliga grunden för agerandet, mer än i absolut formell mening. De handlingar som tjänstepersonerna i uniform utför under insatserna är i grunden ett kontinuerligt faktiskt handlande. Och med mindre än att en mobil domstolsorganisation med effektiva rättsmedel för de som beskjuts, fängslas eller vars individuella rättigheter berörs på allsköns sätt, är det tveksamt om den rättsliga regleringen av verksamheten verkligen kan sorteras in under ens den mest generösa och lösliga definitionen av rättsstat. Militära insatser utgör kanske det främsta exemplet på hur statens makt är en polismakt och bara i begränsade delar kan sägas vara underkastad rättsstatliga begränsningar.<sup>57</sup>

### *Saudiaffären*

Ett annat fall värt att uppmärksamma är den så kallade Saudiaffären som rörde händelser i och kring Försvarets forskningsinstitut (FOI) under framförallt 2007-2008.<sup>58</sup> Under våren 2012 avslöjade Sveriges Radios Ekoredaktion att FOI samarbetat med den saudiska regimen med mål att bygga en vapenfabrik i Saudarabien. Sveriges regering hade ett så kallat samförståndsavtal med den saudiska regeringen om viss export av krigsmateriel och kunskap. Samförståndsavtalet utgjorde bara ett ramverk för möjliga framtida konkreta avtal om export. För att svensk intern rätt skulle följas krävdes det

<sup>57</sup> Se avsnitt 1.3.4 om politi.

<sup>58</sup> Jag har tidigare behandlat den i Johansen, »Tjänstemannens suveränskap», 25, som i sin tur baserades på mitt examensarbete »Den suveräna tjänstemannen» och följande genomgång är delvis baserad på redogörelsen i det senare arbetet.

## Kapitel 1. Förvaltning, legalitet, verksamhet

att man hade ett svenskt bolag som motpart till Saudiarabien, medan den saudiska regeringen föredrog att ha en svensk myndighet som motpart. Lösningen blev att ett nytt företag, Swedish Security Technology & Innovation AB (SSTI), bildades som utåt mot saudierna framstod som en del av svenska staten, medan det inåt mot svensk rätt framstod som ett fristående bolag. En medarbetare vid FOI, Dick Sträng, fick för ändamålet kontanter i en plastpåse från Militära underåttelsetjänsten (MUST). Dessa pengar användes för att köpa in ett lagerbolag som sedan omvandlades till SSTI.<sup>59</sup>

Efter avslöjandena inleddes en förundersökning rörande eventuella enskilda personers straffansvar under affären. Åklagaren konstaterade i sitt beslut att det saknades anledning att anta att brotten *trolöshet mot huvudman* eller *tjänstefel* begåtts. Vidare var brottet *osant intygande* preskriberat. Inga brott kunde styrkas. Däremot var det inte uppenbart att det som faktiskt förekommit varit *lagligt*. Åklagaren resonerar så här under avsnittet om trolöshet mot huvudman:

Enligt den kapitalförsörjningsförordning ... som gällde vid tiden för bildandet av SSTI får inte en myndighet utan regeringens medgivande använda statens medel till att bilda bolag (10a §). Enligt den kapitalförsörjningsförordning som gäller sedan mars 2011 får en myndighet inte utan regeringens medgivande förvärva aktier eller andelar i ett företag eller göra kapitaltillskott i ett företag (2 kapitel 7 §). Några straffbestämmelser finns inte i förordningarna.

En av grundtankarna bakom kriminaliseringen i 10 kapitel 5 § brottsbalken är att förtroendemannens gärning ska ha karaktären av missbruk av hans makt-

<sup>59</sup>Avslöjandet och beskrivningar av händelseförloppet gjordes av Sveriges radio <http://sverigesradio.se/sida/gruppsida.aspx?programid=3437&grupp=17277&artikel=5071431> (besökt 2018-11-06) som senare bekräftades under KU-förhören och i betänkandet, KU 2012/13:KU20, 273, 275. Journalisterna har även dokumenterat reportaget och händelserna i bokform, Bodin och Öhman, *Saudi-vapen*.

position. Det ska också finnas ett uppsåt att skada huvudmannen.<sup>60</sup>

Sedan går åklagaren vidare och diskuterar varför bolaget bildades och den oklarhet som råder i och med skiftande uppgifter om hur beslutet att bilda bolaget fattades. Skälen var att »bulvan»-konstruktionen möjliggjorde för FOI att fullfölja avtalet med Saudi. Som statlig myndighet kunde FOI enligt gällande regelverk inte vara motpart i avtalet och var därmed »förhindrat att vidta vissa åtgärder som avtalet förutsatte». Lösningen blev att skapa SSTI som ett slags front »inåt» i relation till det svenska regelverket. »Genom att bilda ett 'FOI-company', ett företag med en stark koppling till FOI, skulle man både kunna leva upp till avtalets krav och samtidigt skulle det i *praktiken* fortfarande vara FOI som var Saudiarabiens motpart i avtalet.»<sup>61</sup> Genom SSTI-lösningen kunde FOI från saudiskt perspektiv vara motpart, medan det från svenskt perspektiv såg ut som om SSTI var ett fristående bolag som exporterade krigsmateriel. För förundersökningen, vars uppgift i det här fallet var att undersöka om någon enskild person kunde lagföras, blir dock frågan huruvida det här förfarandet var lagligt eller inte ointressant. Det viktiga är om rekvisiten i de aktuella straffparagraferna är täckta, huruvida någon brottslig gärning har begåtts.

Oavsett vilket eller vilka skäl i förening som lett fram till bildandet av SSTI och avsett [sic] om någon missbrukat sin förtroendeställning eller inte kan jag inte finna att det funnits någon avsikt att *skada* svenska staten eller myndigheten FOI. Man har försökt att hantera en svår situation och trots att SSTI skulle kunna lösa problem för både Sverige och FOI.<sup>62</sup>

Åklagarens svar är enkelt och koncist. De tjänstepersoner som köpt in det bolag som senare skulle bli SSTI har inte velat skada sta-

<sup>60</sup> Åklagarkammaren för säkerhetsmål, *Förundersökningsbeslut (0105-K027-12)*, 4-5

<sup>61</sup> Ibid, 5, min kursivering.

<sup>62</sup> Ibid, 6.

ten eller myndigheten. Åklagaren påpekar att det fortfarande inte är klarlagt vem som tagit beslutet och att det är »anmärkningsvärt att åtgärder vidtagits för att dölja finansieringen av bolaget».<sup>63</sup> Men ingen av de enskilda har agerat »mot» statens intressen. Man har tvärtom försökt göra det som staten, både regeringen och myndigheten, velat. Man har velat fullfölja avtalet med Saudiarabien, och det här var sättet man försökt lösa det på.<sup>64</sup>

Avslutningsvis var brottet *tjänstefel* inte aktuellt eftersom rekvisiten kräver att det är fråga om myndighetsutövning, vilket enligt förundersökningen »innebär meddelande av formella beslut som får rättsverkningar för enskilda eller juridiska personer».<sup>65</sup> Bildandet av bolaget, oavsett vem som fattade beslutet, var inte myndighetsutövning enligt denna definition. De två författningar utöver BrB som nämns i förundersökningen är kapitalförsörjningsförordningen (SFS 1996:1188) och förordning (2000:606) om myndigheters bokföring. Dessa förordningar säger i relevanta delar att myndigheter inte får bilda bolag samt att bokföring skall föras på särskilt sätt. Men ingen av förordningarna innehåller några straffbestämmelser. Det är alltså fråga om att visst handlande är »olagligt» i den meningen att det förbjuds eller inte görs på det särskilda sätt som påbjuds, men att ingen kan ställas till svars eller därmed straffas för att inte ha följt dessa regler.

Att myndigheten i det här fallet inte följt det regelverk som regeringen ställt upp, leder inte till några juridiska konsekvenser för någon enskild. I KU:s senare granskning framkom inte i sak något mer än det som redan framkommit genom Sveriges Radios granskning och åklagarens förundersökning. KU påpekade, likt åklagaren, att myndigheter enligt den då rådande förordningen inte får bilda eller

<sup>63</sup>Detta skulle inte heller få sin lösning i KU-granskningen, i varje fall inte i de delar som inte blev sekretessbelagda.

<sup>64</sup>Gällande osant intygande konstaterar åklagaren kort att även om fakturering från MUST av FOI för pengarna som användes för att köpa bolaget inte var riktig, är brottet preskriberat.

<sup>65</sup>*Förundersökningsbeslut (0105-K027-12)*, 7. Man kan fråga sig om inte beslutet i varje fall hade rättsverkningar för den juridiska personen SSTI och den enskilda personen Dick Sträng.

tillföra kapital till bolag utan regeringens medgivande och FOI inte hade fått något sådant medgivande.<sup>66</sup> Regeringen fick dock motta kritik av KU för sin bristande styrning av myndigheten, särskilt med tanke på risken för skada för Sveriges internationella relationer. KU konstaterade att mycket talade för »att planerna på att bilda bolaget SSTI och låta detta bolag få en aktiv roll i samarbetsprojektet inte bara var en enskild FOI-medarbetares idé»,<sup>67</sup> men menade att även om regeringen inte var medveten om bildandet av bolaget, så borde den ha varit det med tanke på ärendets viktiga och känsliga natur.<sup>68</sup>

Hur skall vi då rättsligt förstå de ageranden som medarbetarna vid FOI ägnade sig åt? Kanske skall handlingarna snarare förstås som enbart frågor om politik, det vill säga handlingar där tjänstepersonerna egentligen agerade som regeringens förlängda arm, snarare än att förstå dem som delar av den rättsligt reglerade förvaltningsverksamheten.

Handlade medarbetarna vid FOI i egenskap av tjänstepersoner, anställda vid FOI, eller som privatpersoner? Går frågan ens att besvara? Var handlandet myndighetsutövning? I så fall vilket handlande – Dick Strängs, handlandet av de som eventuellt beordrade honom att agera som han gjorde genom att starta bolaget? Om det inte var myndighetsutövning – var det då faktisk verksamhet? Vad vi kan konstatera av åklagarens utredning är att det inte gick att lagföra någon för ett brott, även om agerandet var olagligt. Det verkar inte bero på brister i utredningen (det vill säga bevisläget) utan på att de olagliga handlingar som utfördes helt enkelt inte var kriminaliserade.

Det är svårt att på allvar argumentera för att tjänstepersonerna på FOI följde lagen, och det är samtidigt svårt att se hur deras hand-

<sup>66</sup>KU 2012/13:KU20, 264ff,269.

<sup>67</sup>KU 2012/13:KU20, 285.

<sup>68</sup>»Trots att det varit ett känsligt ärende som orsakat oro för utrikespolitisk och ekonomisk skada för Sverige som stat och för svenskt näringsliv, sker, enligt den dåvarande försvarsministerns och Regeringskansliets uppgifter, ingen synbar uppföljning av instruktionerna till myndigheterna att lösa problemen och upplägget med FOI som konsult.» KU 2012/13:KU20, 287.



lande skulle vara reglerat på ett annat sätt än det som motsvarande personer i egenskap av privatpersoner skulle göra.

Detta pekar mot behovet av en teoretisk förståelse som inte fokuserar på myndighetsutövning och vissa eventuellt brottsliga handlingar. Här har vi en uppenbarligen viktig del av den offentliga verksamheten (export av militärmateriel och -teknologi) som verkar fungera i en relativ gråzon jämfört med långt mindre allvarliga verksamheter. Om den förvaltningsrättsliga strukturen inte kan fånga in det handlande som här försiggår i strid med reglerna, utan det lämnas helt till det politiska fältet, verkar det svårt att hävda premissen om legalitet för den offentliga förvaltningens verksamhet.

De facto var alltså tjänstepersonerna inom ramen för verksamheten fria att lösa de uppgifter regeringen föresatt dem, oberoende av detaljer rörande vissa lagliga eller olagliga handlingar. Det visar hur förvaltningsverksamheten inte bara är primär, utan i grunden obrydd av legalitetsfrågan. Legaliteten blir också kronologiskt sekundär i relation till verksamheten. Rationaliteten som löper ur verksamheten så som verksamhet med vissa syften går före den rättsliga rationalitet som uppställer krav på legalitet och vissa procedurer för beslut.

Här ser vi hur verksamheten primärt måste förstås som ett verkställande av politiska beslut (regeringens önskemål i det här fallet) och hur legalitetsfrågan därmed (i linje med den frånvarande kriminaliseringen) blir sekundär i förhållande till förvaltningsverksamheten som politiskt genomförande.

Ytterligare visar Saudiaffären hur den del av förvaltningsverksamheten som går att sortera in under ärendebegreppet eller inom ramen för myndighetsutövningen, blir helt obetydlig trots att det rör en såpass omfattande och känslig verksamhet som projektet rörde. Den gängse systematiken och begreppen i den allmänna förvaltningsrätten kan inte få grepp om verksamheten och de problem som uppstår i ett fall som Saudiaffären. Frågan som åklagaren fick ställa sig – fanns någon enskild tjänsteperson som gjort sig skyldig till

ett brott – är av den binära karaktären att normbundenheten i verksamheten inte kan fångas in.

Eftersom någon sådan enskild handling inte fanns, visar exemplet behovet av nya begrepp som i varje fall i ett första steg gör det möjligt att mer adekvat beskriva vad som faktiskt föregick. När komplexet ärende–beslut–myndighetsutövning utgör de enda relevanta begreppen faller inte bara faktisk verksamhet i allmänhet, utan även så allvarliga händelser som Saudiaffären, under den förvaltningsrättsliga horisonten. Det som skulle behövas i sådana situationer är en systematik som fångar in verksamheten, snarare än enskilda handlingar.<sup>69</sup> Andra begrepp hade kunnat skapa andra beskrivningar av händelseförloppet. Även om ingen enskild kunde ställts till svars, hade det politiska ansvarutkrävandet, i KU eller från regeringens sida, i så fall kunnat fånga in verksamheten och händelserna på ett bättre sätt och i förlängningen möjliggjort en högre grad av legalitet.

### 1.2.2 TRÖSKELEFFEKTEN HOS LEGALITETSKRAVET

Rättighetsskyddet, det vill säga skyddet av den enskildes fri- och rättigheter är en av de viktigaste aspekterna av legalitetsprincipen. Det är den samling normer som till skydd för den enskilde begränsar det handlande, den verksamhet, som staten ägnar sig åt.<sup>70</sup>

Förutom den omfattande diskursen om mänskliga rättigheter som vuxit sig allt starkare de senaste decennierna,<sup>71</sup> har skyddet av individuella rättigheter en mycket äldre historia. Inom straffrättens område har principen funnits sedan innan förvaltningsrätten framväxte som egen disciplin. Dess innehåll och tillämpning har skiftat över tid. Den allmänna trenden har gått från en skönsmässig eller

<sup>69</sup>Se kapitel 3.

<sup>70</sup>Enligt Vahlne Westerhäll är begreppet »rättighet» det kanske viktigaste begreppet som övertagits av förvaltningsrätten från civilrätten, Vahlne Westerhäll, *Den starka statens fall?*, 48.

<sup>71</sup>Se bidragen i antologin Lind och Namli, *Mänskliga rättigheter i det offentliga Sverige*, bland annat Marcusson, »Det offentliga uppdraget och de mänskliga rättigheterna», 27f.

godtycklig tillämpning av lag mot allt högre ställda krav på både lagstöd och utöver tydliga straff- och brottsbestämmelser även hänsyn till individuella fri- och rättigheter.<sup>72</sup> Inom straffrättens område betyder legalitetsprincipen att den enskildes rättighet till egendom och frihet kan inskränkas genom straff endast då det finns ett uttryckligt och preciserat lagstöd. Man kan på det sättet säga att det är nära kontakt mellan kravet på legalitet i straffrätten och rättighetsskyddet för den enskilde. Min rätt att inte vara fängslad och att få behålla mina pengar inskränks endast av direkt uttryckliga lagbestämmelser. Legalitet och rättighetsskydd blir på det sättet direkta spegelbilder.<sup>73</sup>

När det gäller förvaltningsrätten i allmänhet finns det som utgångspunkt ingen sådan nära kontakt mellan legalitetskravet och rättighetsskyddet. Istället kan vi se legaliteten på en skala mellan de åtgärder som kräver en striktare legalitet – det vi normalt kallar myndighetsutövning – och de övriga åtgärder som inte är lika allvarliga eller inte direkt riktade mot enskilda. Även här uppstår dock ett slags kontakt i det att om en åtgärd antas inkräkta på någons enskilda fri- och rättigheter definieras det också materiellt som sådan maktutövning som vi bör sortera in under myndighetsutövningen (med dess ökade krav i enlighet med FL).<sup>74</sup>

Om vi antar att myndighetsutövningen definieras av att den inkräktar på någons fri- och rättigheter, definieras det faktiska handlandet just av att det inte inkräktar på någons rättigheter på motsvarande sätt. Parallellt med det blir en striktare legalitetsprincip aktuell på myndighetsutövningens område. När det gäller all övrig offentlig verksamhet aktiveras varken ett strikt krav på legalitet (normstöd) eller rättighetsskyddet. Åtgärder som faller under kategorin faktiskt handlande är inte riktade *direkt* mot någons fri- och

<sup>72</sup>Sundell, »Legalitetsprincipen inom svensk straffrätthistoria».

<sup>73</sup>Jag bortser här från att många andra rättigheter aktualiseras av straffrättens ingrepp i människors liv, exempelvis principerna om rättvis rättegång, förbud mot tortyr och omänsklig behandling, förvaltningsrättsliga krav som de om kommunikation och partsinsyn, för att bara nämna ett litet axplock.

<sup>74</sup>Se exempelvis JO 5877–2011.

rättigheter. Däremot kan ju en enskilds rättigheter påverkas av en åtgärd som en tjänsteperson företar som ett faktiskt handlande.

Här uppstår troligen ett slags tröskeffekt. Mina rättigheter kan alltid påverkas i någon mån utan att en åtgärd blir myndighetsutövning. JO menar exempelvis att förflyttning av en intagen mellan två likvärdiga avdelningar inom en anstalt inte utgör myndighetsutövning.<sup>75</sup> Att bli flyttad mellan olika avdelningar får i någon enkel mening ändå anses vara en del i det allmänna frihetsberövande som fängelsevistelsen innebär. Varje del i den myndighetsutövning som verkställigheten av ett fängelsestraff utgör betraktas dock inte som en inskränkning av friheten som når upp till nivån för myndighetsutövning. Om en intagen däremot flyttas mellan icke likvärdiga avdelningar når åtgärden upp till tröskeln och effekten av detta är att åtgärden definieras som myndighetsutövning med följderna att FL:s hela normpaket aktiveras (krav på kommunikation, överklagande, etcetera).<sup>76</sup>

Detsamma kan antas gälla för en mer allmänt riktad åtgärd. Om en polisman spärrar av en gata inskränker det många människors rörelsefrihet som de normalt utnyttjar (bland annat tillgång till sina egna hem). Polismannen stödjer sig (förhoppningsvis) på någon rättslig norm som ger rätt att för ordning, säkerhet eller i utrednings syfte spärra av gatan. Men eftersom åtgärden inte är riktad mot enskild faller den inte in under definitionen av myndighetsutövning och därmed aktiveras inte FL:s regler. Inte heller här kan man säga att enskildas rättigheter är oviktiga. Tvärtom måste en avspärrning både ha ett syfte, stöd i lag, vara proportionerligt, etcetera. Och skulle avspärrningen exempelvis påverka en enskilds hem och vara över längre tid kan det krävas ett formligt beslut som i sin tur går att överklaga.<sup>77</sup> I det sista exemplet kan vi dock se hur det finns ett utrymme

<sup>75</sup>JO 5877-2011 med hänvisning till JO 2375-2009.

<sup>76</sup>Se diskussion i avsnitt 3.3.5.

<sup>77</sup>Se diskussionen nedan (avsnitt 3.1.6) om beslut dolda i faktiskt handlande med följande referenser: JO 1999/2000, 60, SOU 2010:29, 97. Jämför också JO 5877-2011.

mellan en åtgärd som har lagstöd (avspärrningen av gatan) och någons enskilda rättigheter (en persons rätt att röra sig fritt på gatan).

Rena legalitetsbedömningar (är en viss handling laglig eller olaglig) är centrala för den allmänna förvaltningsrätten från ett rättsstatligt perspektiv, men inte tillräckliga. Förutom att fler frågor återstår när en viss handling hamnat på ena eller andra sidan av den bedömningen (laglig/olaglig), finns många handlingar som inte enkelt går att placera i den dikotomin. Framförallt handlar det om sådana handlingar som inte kan bedömas vara olagliga, men som ändå kan vara behäftade med mer eller mindre allvarliga legitimitetsproblem. Den lika centrala distinktionen mellan myndighetsutövning/faktiskt handlande fungerar också som en slags avskiljande process där många fenomen inom den offentliga förvaltningen helt lämnas till sidan. Utgör ett visst handlande inte myndighetsutövning i den snäva bemärkelsen som utvecklats i svensk rätt, är det i princip helt ointressant huruvida det från andra perspektiv kan förstås som makt- eller myndighetsutövning. Det enda område där handlande som faller utanför myndighetsutövningen på allvar hanteras inom det förvaltningsrättsliga systemet är JO:s kritik av myndigheternas agerande.

Som konstaterades i förra avsnittet (1.2) går det här att betrakta legaliteten snarare som en kvalitet eller egenskap som finns i olika stor grad inom olika delar av förvaltningsverksamheten. Vissa förvaltningsverksamheter följer mycket nära de rättsliga normernas processuella och materiella krav, medan andra i mindre grad gör det. Det senare kan bero på att resurser av olika slag saknas, personella, ekonomiska eller helt enkelt viljan hos tjänstepersonerna att uppfylla lagens krav. Men det kan också vara de rättsliga reglerna som ger ett stort utrymme för skönsmissiga bedömningar, och legaliteten blir då bara uppfylld i en formell mening, medan verksamheten bedrivs på det sätt som tjänstepersonerna finner lämpligt.<sup>78</sup>

<sup>78</sup>Lebeck formulerar det som att jämfört med straffrättens starka legalitetsprincip är den förvaltningsrättsliga en »svag legalitetsprincip», »i betydelsen att den kräver något föreskriftsstöd fr det allmännas handlande, den söker förhindra helt oförutsebara beslut från myndigheter och den söker förhindra orimliga eller orätt-

Det är därmed möjligt att utvärdera hur mycket legalitet som finns i en verksamhet snarare än att fokusera på huruvida det i just ett enskilt beslut varit i enlighet med lagens bokstav. Myndighetsutövningsbegreppet försöker fånga in bedömningen av legalitet genom att mer tydligt avgränsa vissa åtgärder, där sedan en binär bedömning kan göras: var åtgärden laglig eller inte? En tillsyn som inte bara fokuserar på om en åtgärd var myndighetsutövning kan vara mer värdefull för att se hur väl den offentliga verksamheten lever upp till legalitetskravet.<sup>79</sup>

Dessutom är det fokus på legalitet som här förespråkas snarare ett fokus på det *procedurella* än på det *normativa*.<sup>80</sup> Det vill säga, inte idealet om en normbunden verksamhet, utan hur olika sätt att arbeta och organisatoriska strukturer kan leda till en verksamhet som närmare överensstämmer med lagens krav. De begrepp som utvecklas i kapitel 3 utgör bland annat ett slags verktygslåda för att bedöma graden av legalitet i förvaltningsverksamheten.

### 1.2.3 NORMBUNDENHETENS BEGRÄNSNING

Vad innebär då detta för möjligheten att realisera ett fullständigt normativt stöd eller ett verkligt heltäckande genomförande av legalitetsprincipen inom förvaltningen? Svaret måste vara detsamma som för all verksamhet som är eller potentiellt kan vara föremål för juridisk normering: Det går inte. Den rättsstatliga logiken och legalitetsprincipens utbredning i fler sektorer av förvaltningen kan säkerligen fortgå och ytterligare ökas. På varje enskilt förvaltningsrättsligt område, det vill säga inom varje särskild del av förvaltningens verksamhet, kan fler detaljregler, kompetensnormer och tillsynsför-

visa former av retroaktiv rättstillämpning.» Lebeck, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, 431.

<sup>79</sup>Jämför också *ibid*, 432

<sup>80</sup>Ett exempel på hur legalitet förverkligas procedurellt och är beroende av vissa institutionaliserade och konkreta former för verksamheten, är den utökade skyldigheten att hantera ärenden som innebär klagomål från patienter som infördes 1 januari 2018, Axelsson, »Hälsa- och sjukvård», 169, regleras i 3 kap 8-8e §§ PSL.

faranden införs. Det kommer dock aldrig täcka den rest av fritt/skönsmässigt handlande som verksamheten i grunden utgör.

Det innebär också att staten och det offentliga verksamhet inte intar någon särställning i relation till andra mänskliga verksamheter. Från den processrättsliga forskningens område är det välbekant att den juridiska processen att avgöra vad målet eller saken består i bara innebär att rättsväsendet fångar in en skärva av den komplexa väv av verkliga händelser, konflikter och känslor som de faktiska händelserna innebär.<sup>81</sup> På motsvarande sätt måste vi acceptera att detta begränsade grepp om verkligheten är vad juridiken alltid är dömd till. Detta innebär inte att exempelvis förvaltningsrätten skall sluta sträva efter att förstå mer av själva förvaltningsverksamheten, eller att lagstiftaren skall sluta upp med än mer detaljerad normgivning på olika områden, eller att domstolarna skall bli mindre noggranna i sin juridiska bedömning av fall som kommer för dem. Men det innebär att perspektivet bör ändras från att förstå den offentliga förvaltningen som i grunden en fråga om förvaltningsakter (myndighetsutövning och ärenden) med den övriga förvaltningsverksamheten som epifenomen.

Vad det inte innebär är att förvaltningen eller staten skulle basera sin verksamhet på något slags allmän generalklausul eller oskriven allmän befogenhet.<sup>82</sup> Det är ett för snävt och juridiskt sätt att förstå förvaltningsverksamhetens och rättens grund. Snarare utgör verksamheten som faktisk praktik förutsättningen för rätten överhuvudtaget.

Vad vi har tillgång till inom förvaltningsrätten som juridisk disciplin är en terminologi och begreppsapparat för den sociala verklighet som utgör förvaltningens substrat. Med en utvecklad förståelse och systematisering av förvaltningsverksamhetens mångfaldiga former kan vi från ett inomrättsligt perspektiv bygga ut en bredare förståelse av de rättsliga fenomen som inte fångas inom den gängse systematiken av ärende-beslut-myndighetsutövning. Om verksamheten som helhet blir det som sätts under luppen i den allmänna för-

<sup>81</sup>Se Bladini, *I objektivitetens sken*, och Björling, *Rättstillämpningens tystnad*.

<sup>82</sup>Jämför Tuori, »En sista tillflyktsort för polisens allmänna befogenhet?», 502f.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

valtningsrätten betyder det inte att vi får omedelbar tillgång till en perfekt beskrivning av vad som faktiskt händer i den offentliga förvaltningen. Utmaningarna som vetenskapliga undersökningar och bra beskrivningar innebär löses inte genom en ny teori. Men detta nya perspektiv ändrar kunskapsintresset hos disciplinen (det vill säga dess forskare) och utvecklar verktygen för att förstå den verklighet som ligger till grund för statens vara.

### 1.3 ALLMÄNNA LÄROR OCH FÖRVALTNINGSRÄTTSVETENSKAP

Detta arbete blir därmed ett bidrag till utvecklandet av förvaltningsrättens allmänna läror som Tuori redan 2003 menade måste återupprättas och förnyas.<sup>83</sup> Det finns all anledning att fortsätta arbetet med de grundläggande begreppen och systematiken inom förvaltningsrätten. Tuori pekar själv ut den oreda som begreppen »offentlig förvaltningsuppgift», »offentlig makt» och »förvaltningsavtal» orsakade i och med den nya finska grundlagen och förvaltningslagen i början av 00-talet. Situationen är bara möjligen gradvis bättre för svenska förhållanden idag. Detta arbete är dock inte enbart ett bidrag till de förvaltningsrättsliga lärorna, utan snarare ett förvaltningsrättsligt bidrag till offentligrättens allmänna läror.<sup>84</sup>

Vad betyder då allmänna läror? Thomas Wilhelmsson noterar 2003 att begreppet »allmänna läror» är välkänt i Finland, men att det inte är det i övriga nordiska länder.<sup>85</sup> Behovet av allmänna läror

<sup>83</sup>»Har förvaltningsrätten en framtid?», 569. Jag är medveten om att mina ansträngningar knappast passar väl in i Tuoris eget kritiskt rättspositivistiska projekt. Jämför Tuori *Critical Legal Positivism; Rättens nivåer och dimensioner*. Kritiken från 2003 har sin föregångare redan 1987, där kritiken av rättsdogmatiken enligt Tuori ännu inte lett till några systematiska försök att utveckla en offentligrättslig dogmatik i socialstatens era, i »The General Doctrines in Public Law», 187, 195. Det tål här att påpekas att detta arbete bara är ett begränsat bidrag till att lösa detta problem, och inte en fullt utvecklad systematik eller dogmatik.

<sup>84</sup>Mer om detta nedan i avsnitt 1.3.5. Jämför *ibid*.

<sup>85</sup>Wilhelmsson, »De allmänna lärorna under trycket från rättens fragmentering och avnationalisering», 33.



kommer sig enligt honom av att den specialiserade och »överpraktiska» rättsvetenskapen leder till en förlust av helhetsbilden av det rättsområde inom vilken den verkar.<sup>86</sup> »Med allmänna läror avser jag (i) den grundläggande begreppsapparaten och (ii) de allmänna principerna såväl inom rätten och civilrätten i allmänhet som också inom mer begränsade områden av rätten.»<sup>87</sup> Dessa allmänna läror utgör från detta perspektiv en central del av den rättsvetenskapliga disciplinen, och befinner sig någonstans mellan de filosofiska reflektionerna över rättens grund eller vara och den positivrättsliga eller materiella verksamheten i den rättsliga praktiken.<sup>88</sup> I Norden är utvecklingen av allmänna läror enligt Wilhelmsson en uppgift för doktrinen, i varje fall i civilrätten, till skillnad från andra delar av Europa där kodifieringsprojekten producerat de centrala begreppen och deras systematik.<sup>89</sup> När det gäller offentlighetsrätten i Sverige

<sup>86</sup> »Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna», 33. Peczenik gör en liknande poäng, fast från en annan teoretisk utgångspunkt, Peczenik, »Juridikens allmänna läror», 254.

<sup>87</sup> Wilhelmsson, »Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna», 36, se vidare i *Social civilrätt*, 19ff. Jämför även följande formulerat sjutton år senare: »Till de allmänna lärorna hör de rättsliga begreppen, med vilkas hjälp man kan beskriva rättsliga normer, och de rättsliga principerna, i vilka avspelas mer eller mindre grundläggande normativa utgångspunkter för ifrågavarande del av rätten. Med hjälp av de allmänna lärorna binder man samman det konkreta rättsmaterialet, såsom lagbestämmelser och rättsfall, till större helheter. Formuleringen av de allmänna lärorna innebär att man systematiserar det rättsliga materialet. De allmänna lärornas roll är att göra rätten eller mer begränsade delar av rätten till system, eller åtminstone att ge sken av detta.», Wilhelmsson, »De allmänna lärorna under trycket från rättens fragmentering och avnationalisering», 33.

<sup>88</sup> Jämför från ett historiskt perspektiv: »In crafting such concepts, legal scholarship creates for itself an autonomous area of discourse and argumentation, a sort of middle level between natural law, which is primarily within the competence of philosophy and theology, and the concrete provisions of positive law, which fall within the direct purview of politics and the courts.», Bogdandy, »The past and promise of doctrinal constructivism», 373. Termen allmänna läror har använts mycket sparsamt i svensk doktrin. För ett sentida undantag, se Hanqvist, *Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder*, 38, som försöker utveckla den kommersiella förvaltningsrättens allmänna läror.

<sup>89</sup> Wilhelmsson, »De allmänna lärorna under trycket från rättens fragmentering och avnationalisering», 33.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

framstår det som om det snarare rört sig om ett växelspel mellan lagstiftaren och doktrinen arbete.<sup>90</sup>

Det här föreliggande arbetet kommer vara ett bidrag till allmänna läror i Wilhelmssons mening, men det är inte heller allt. Om steg 1 hos Wilhelmsson i citatet ovan är utveckling av de grundläggande begreppen och steg 2 de allmänna principerna, så försöker jag snarare först komma åt ett steg 0, vad den offentliga förvaltningen är från ett teoretiskt rättsligt perspektiv. De allmänna lärorna blir då inte bara något mellan filosofi och praktik, som hos Wilhelmsson, utan innefattar också filosofiska reflektioner.<sup>91</sup> Sådana reflektioner är explicit inkluderade i de allmänna lärorna av rättsdogmatikens främsta företrädare i Sverige, Alexander Peczenik.<sup>92</sup> Resultatet av nedanstående undersökning är en utveckling av vissa centrala begrepp, inte minst genom undersökningen av det minst behandlande rättsvetenskapliga begreppet, faktiskt handlande eller faktisk verksamhet.<sup>93</sup> Men det är samtidigt ett arbete i just grundläggande rätts-teori, då det kommer visa sig att den blinda fläcken som den faktiska verksamheten utgjort också är nyckeln till en ny grundläggande teoretisk förståelse av den offentliga rätten.<sup>94</sup>

Arbetet med att reda ut begrepp och systematisera rätten är tidsbundet, det vill säga att det måste vara ett arbete som görs i varje historisk epok. Jag instämmer med Tuori om att rättsstatens princi-

<sup>90</sup>Se nedan, avsnitt 2.9, passim.

<sup>91</sup>Ett annat sätt att uttrycka det är att jag försöker beskriva rättens ontologi, vad (den offentliga) rätten är.

<sup>92</sup>Se hans uppräknings som förvisso avslutas med det jag vill börja med: »debatt om filosofiska grundpositioner bakom den allmänna rättsläran», Peczenik, »Juridikens allmänna läror», 250f. Den övriga diskussionen i artikeln avslöjar dock att allmän rättslära i Peczeniks mening ligger nära Wilhelmsson, då »filosofiska grundpositioner» just återfinns bakom de allmänna lärorna, som exemplifieras med »lärorna om culpa och adekvat orsakssammanhang i skadeståndsrätt», ibid, 251. Även i en senare uppräknings i samma kapitel hamnar dogmatiska frågor som vad som utgör rättskällor först, medan »filosofiska frågor» som ontologi hamnar sist, och det kommenteras: »Filosofiska fördjupningar är meningsfulla inom ämnen endast om de genomförs med sikte på djupare förståelse av den juridiska arbetsmetoden.», ibid, 252.

<sup>93</sup>Detta görs huvudsakligen i kapitel 3.

<sup>94</sup>Detta utvecklas i det avslutande kapitel 4.

per inte är förlegade i välfärdsstatens (eller post-välfärdsstatens) era, men också att de inte skall återupprättas inom förvaltningsrätten likt zombies från 1800-talet.<sup>95</sup> Å andra sidan är det »allmänna» i de allmänna lärorna inte bara ett tidsbundet allmänt, utan pekar också mot att samma grundläggande problem återkommer i det juridiska tänkandet och praktiken genom historien. Det finns ingen anledning att tro att de problem som den oklara distinktionen mellan ärende och faktisk verksamhet ger upphov till kommer att försvinna. Jag menar därför att ett absolut samtida och absolut historiskt perspektiv på varje förvaltningsrättsligt grundproblem är nödvändigt för att kunna bidra till de allmänna lärorna.

Den normativa utgångspunkten för studien är att det finns ett behov av en mer realistisk beskrivning av den offentliga verksamheten för att skydda enskildas intressen. I en förenklad dikotomi kan vi se statens behov av att uppfylla vissa syften, bedriva verksamhet med vissa ändamål och förverkliga olika politiska projekt å ena sidan; å andra sidan finns de enskilda som både är objekt för dessa projekt i form av medborgare eller invånare, men också som de personer som faktiskt skall bedriva verksamheten som tjänstepersoner eller i andra roller inom ramen för den offentliga verksamheten i bred mening.

I en västerländsk parlamentarisk demokrati som Sverige finns både i författningar och rättighetsdeklarationer flera centrala principer uttryckta som syftar till att skydda enskilda från övergrepp från staten. Även om det inte genomgående gjorts explicit i den följande undersökningen, så är omtanken om människor och deras skydd mot orättvisa, orättfärdiga och skadliga handlingar det bakomliggande intresset. Oavsett vilken normativ position man in- tar kring de olika individuella rättigheter som idag erkänns och positivt fastslagits, eller vilken ideologisk position man har visavi statens roll i samhället, så finns det enligt min mening inget argument mot bättre beskrivningar av hur de offentliga verksamheterna faktisk fungerar. Utmaningen är att finna sätt att skapa mer realism i

<sup>95</sup>Tuori, »Har förvaltningsrätten en framtid?», 570.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

den vetenskapliga undersökningen. Det är inte självklart hur man åstadkommer det.<sup>96</sup>

I linje med den normativa utgångspunkten drivs undersökningen av en grundläggande skepsis mot att en stat, även en relativt demokratiskt styrd och rättsstatligt välrenommerad sådan, i grunden är god.<sup>97</sup> Det är rimligt att utgå ifrån att statens ingrepp i enskildas liv behöver aktivt legitimeras, snarare än att vi antar att dessa åtgärder sker för det allmännas och enskildas goda. Annorlunda uttryckt, det staten gör behöver försvaras, inte bara motiveras. Med det sagt är syftet med den här avhandlingen inte att presentera en radikal kritik av den offentliga verksamheten i Sverige. Det vill säga, jag hävdar inte att verksamheterna vi samlar under beteckningen »offentliga» skulle vara illegitima eller endast orättfärdiga ingrepp mot de enskilda som deltar eller utsätts för dem. Men inte heller är syftet att skriva en apologi för den offentliga förvaltningen.

Det jag vill åstadkomma är att utveckla den rättsvetenskapliga systematiken och de juridiska begreppen så att de i sin tur kan bidra till bättre beskrivningar av vad som konkret pågår i förvaltningen.<sup>98</sup> Eftersom den rättsliga diskursen såväl på en konstitutionell normativ nivå som på ett praktiskt plan är och skall vara djupt involverad i dessa beskrivningar av vad förvaltningsverksamheten är, hyser jag hopp om att sådana bättre beskrivningar kan bidra till att skydda enskilda och kontrollera maktövergrip från staten.

#### 1.3.1 RAGNEMALMS FACKLA OCH LJUSET UTIFRÅN

En av de viktigaste impulserna för föreliggande arbete var Hans Ragnemalms förslag att begreppet myndighetsutövning bör utrensas från den nya förvaltningslag som hans utredning presenterade 2010. Han förde fram flera argument för att begreppet gör mer skada än nytta. Begreppets bristande definition och varierande användning,

<sup>96</sup> Detta diskuteras mer ingående i avsnitt 1.4 och 1.5.

<sup>97</sup> »Utgångspunkten för rättslig reglering av förvaltningen måste vara misstro – den offentliga makten ska avgränsas och begränsas till skydd för medborgarna.», Marcusson, »Det offentliga uppdraget och de mänskliga rättigheterna», 25.

<sup>98</sup> Jämför Hanqvist, *Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder*, 35.

bristande rättssäkerhet samt försvårat europeiskt rättssamarbete är de främsta argumenten som Ragnemalm för fram för att utmönstra begreppet.<sup>99</sup> Förslaget var menat som en pragmatiskt inriktad förbättring av den svenska förvaltningslagen. Men det är också möjligt att förstå Ragnemalms förslag som en indikation på en djupare problematik i förvaltningsrätten, delvis som praktisk disciplin, men framförallt som rättsvetenskaplig disciplin.<sup>100</sup> Denna problematik har djupa rötter.

Utredningen som lett fram till 2017 års förvaltningslag kan förstås som kulmen på en historisk rörelse som kapitel 2 kommer behandla. Tillsättandet av en utredning beslutades av regeringen i april 2008. Motiven för en översyn sades vara dels tiden som förflutit sedan 1971 års reform och den då gällande FL från 1986, dels internationaliseringen av förvaltningsrätten, särskilt med avseende på Sveriges medlemskap i EU och de krav på tidsfrister eller rätt till domstolsprövning som finns där, samt den växande betydelsen av Europakonventionen inom förvaltningsrätten.<sup>101</sup> Regeringen påpekar i kommittédirektivet bland annat att vissa viktiga delar av förvaltningsförfarandet och centrala begrepp knutna till detta inte är reglerade eller definierade i FL:

<sup>99</sup>SOU 2010:29, 109, passim. Frågan har även tagits upp i Höök, »Dags att mönstra ut begreppet myndighetsutövning?»

<sup>100</sup>Distinktionen mellan förvaltningsrätt som praktisk disciplin och rättsvetenskap spelar ingen avgörande roll i den föreliggande studien. Vad jag avser är inte mer än att de förvaltningsrättsliga begreppen och rättsnormerna hanteras inom ramen för myndigheternas verksamhet av handläggare, av biträden i domstol samt domare och andra jurister. Detta utgör förvaltningsrätten som praktisk verksamhet. Den rättsvetenskapliga behandlingen av förvaltningsrätten har både rättsnormerna, begreppen och den tidigare praktiska verksamheten som sitt objekt och bedrivs huvudsakligen av jurister anställda vid universitet och högskolor. Det finns dock inget som hindrar, och är tvärtom vanligt, att jurister både ägnar sig åt praktisk verksamhet och vetenskaplig verksamhet, eller mellanformer som deltagande i det statliga kommittéväsendet.

<sup>101</sup>SOU 2010:29, Bilaga 1, 717. Det kan noteras att reformivrande under 00-talet förekommit i doktrinen, exempelvis Sterzel, »Den allmänna förvaltningsrättens kodifiering», 245f.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

Förvaltningslagen innehåller som nämnts endast grundregler för förvaltningsförfarandet. Många centrala frågor lämnas åt rättstillämpningen. Det framgår t.ex. inte av lagen vad som är ett beslut eller om ett beslut är överklagbart och i så fall vem eller vilka som har rätt att överklaga det. Vidare är tillämpligheten av vissa regler i lagen beroende av om myndigheten i ett enskilt fall ägnar sig åt myndighetsutövning, ärendehantering eller s.k. faktiskt handlande. Vad dessa begrepp innebär anges inte i lagen.<sup>102</sup>

Regeringen såg ett behov av att utveckla eller förtydliga innebörden i de centrala principerna kring objektivitet, legalitet och proportionalitet samt officialansvaret. Men också att förtydliga när lagen eller delar av den skall vara tillämplig beroende på om det rör sig om myndighetsutövning, ärendehandläggning eller faktiskt handlande. Det som efterfrågades var alltså bland annat begreppsutveckling.

I utredningen finns ett intressant spänningsförhållande. Utredningen och förslaget är troget den svenska förvaltningsrättens traditionella perspektiv och föreslår huvudsakligen en reform av denna i mer systematisk och effektiv riktning. Samtidigt når de inneboende spänningarna i försöket att förankra all offentlig verksamhet i rättsliga normer en ny nivå. De två viktigaste förslagen pekar båda i denna riktning: utrensningen av myndighetsutövningsbegreppet<sup>103</sup> och underkastandet av all förvaltningsverksamhet under det övergripande begreppet »god förvaltning».<sup>104</sup> Sammantaget innebär detta att Ragnemalm försöker stå fast kvar i den svenska förvaltningsrättsliga traditionen samtidigt som han pekar mot den potentiella som finns i ett överskridande av det nuvarande förvaltningsrättsliga paradigmet, centrerat kring ärende-beslut-myndighetsutövning. I någon mening är det en återgång till försöken från de besvärssak-

<sup>102</sup>SOU 2010:29, 724f. Detta är alltså en återgivning av regeringens kommittédirektiv.

<sup>103</sup>SOU 2010:29, 109.

<sup>104</sup>SOU 2010:29, 139ff och 1 § 2 st FL (2017:900)

kunniga i SOU 1964:27 att skriva en förvaltningslag som rör alla ärenden inom förvaltningen, inte enbart partsärenden.<sup>105</sup>

Ragnemalm konstaterar att åtskiljande av faktiskt handlande och ärendehandläggning »vållar i praktiken knappast några allvarligare problem» och att svårigheterna är överdrivna.<sup>106</sup> Utmönstrandet av begreppet myndighetsutövning handlar om att det inte fungerar för att avgränsa vissa regler från andra i förvaltningslagen.<sup>107</sup> Det handlar inte om att all faktisk verksamhet skall underkastas reglerna i FL. Sedan kodifieringen fram till idag har FL främst reglerat handläggningen av partsärenden. Det är alltså gränsen för vad som utgör handläggning av förvaltningsärenden till skillnad från annan verksamhet som bestämmer lagens huvudsakliga avgränsning.<sup>108</sup> I och med detta är det mesta av förvaltningsverksamheten utesluten från lagens tillämpningsområde.<sup>109</sup>

Ragnemalm konstaterar att både »ärende» och »beslut» har någorlunda tydliga vardagspråkliga betydelser. När det gäller *myndighetsutövnings*begreppet är innebörden dock för de flesta »höljd i dunkel». Skall begreppet användas bör det därför definieras, men innan dess behöver man fråga sig om begreppet alls behövs. Beslutet blir här den springande punkten, eftersom det både definierar vad som utgör ett ärende (nämligen den verksamhet som leder fram

<sup>105</sup>Se avsnitt 2.9.

<sup>106</sup>SOU 2010:29, 99.

<sup>107</sup>Se genomgång SOU 2010:29, 104ff

<sup>108</sup>SOU 2010:29, 95f. »I flera fall är det sakligt omotiverat att reservera stadgandenas tillämpningsområde för ärenden avseende myndighetsutövning. Begränsningen synes ibland ha tillförts utan närmare reflexioner eller ha övertagits från tidigare lagstiftning, som mera präglats av önskemål om att myndigheternas arbete inte alltför mycket bör betungas av formalia än av en vilja att stärka medborgarnas rättssäkerhet. Då möjligheter att i särskilda fall göra avsteg från processuella åligganden varit sakligt befogade, har man ofta inte nöjt sig med att försöka ange när så är fallet (typ 'uppenbarligt obehövt') utan samtidigt låtit föreskriftens hela tillämpningsområde vara beroende av att det är fråga om myndighetsutövning.» SOU 2010:29, 108. Ragnemalm påpekar också att det försvårar det europeiska samarbetet då begreppet inte finns i andra rättsordningar samt att det »på intet sätt är djupt rotat i den svenska rättstraditionen och något att slå vakt om», SOU 2010:29, 109.

<sup>109</sup>SOU 2010:29, 113.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

till ett beslut) och också vad som kan utgöra myndighetsutövning (sådana beslut som har vissa verkningar). Besluten förstås som uttalanden »varigenom myndigheten vill påverka andra förvaltningsorgans eller enskildas handlande» och som klargör hur myndigheten »anser att en viss fråga bör lösas». <sup>110</sup> Avgörande för effektiviteten är lojalitet och eventuella påtryckningsmedel som myndigheten besitter. Det är dock inte alldeles enkelt att skilja handlingar som är beslut och handlingar som så att säga bara är handlingar: Utredningen konstaterar att det normalt sett är enkelt att skilja mellan rent faktiska åtgärder och beslut som föregåtts av handläggning, men att det inte är ovanligt med fall då det är svårt. <sup>111</sup> Uttrycken *befogenhet, enskild, bestämma om* från 1971 års FL har sedan länge ansetts precisera begreppet myndighetsutövning. <sup>112</sup> Än mer koncist sammanfattar regeringen senare under lagstiftningsprocessen det hela i sitt försvar för att inte närmare definiera gränsen mellan ärendehandläggning och faktiskt handlande:

Som framgår av avsnitt 5.1 är det en svår uppgift att definiera begreppen ärende och beslut på ett sådant sätt att gränsen mellan ärendehandläggning och faktiskt handlande klargörs på sätt som blir helt invändningsfritt. Gränsen mellan handläggning och faktiskt handlande är trots det i många fall förhållandevis tydlig. Som nämns i nämnda avsnitt karaktäriseras verksamhet som innefattar handläggning av ett ärende av att detta avslutas med ett beslut, medan ett faktiskt handlande karaktäriseras av att myndigheten helt enkelt vidtar en viss åtgärd. <sup>113</sup>

<sup>110</sup>SOU 2010:29, 97. Se diskussion nedan i avsnitt 2.16.3.

<sup>111</sup>SOU 2010:29, 97.

<sup>112</sup>Dock menar Ragnemalm: »Skalar man bort den ideologiska överbyggnaden och analyserar realiteterna bakom den från äldre doktrin hämtade vokabulären, återstår av begreppet myndighetsutövning inte mycket mer än att det ska vara fråga om ett i offentligrättsliga normer grundat beslutsfattande, som i väsentlig mån påverkar den enskildes personliga eller ekonomiska situation.», SOU 2010:29, 102.

<sup>113</sup>Återfinns i både: Prop 2016/17:180, 52f och Lagrådsremiss: En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag, 52.



Regeringen landar i lagrådsremissen och den efterföljande propositionen i att det inte finns något behov att definiera ärenden och annan förvaltningsverksamhet. Det är alltså samtidigt både svårt och inte alls särskilt svårt att avgränsa ärendehandläggningen från det faktiska handlandet. Med hänvisning till det så kallade olivoljefallet<sup>114</sup> och möjligheten att ett beslut kan behöva utläsas utan att ett formligt beslutsdokument upprättats, eller att beslutet endast går att förstå genom sammanläggande av olika informationskällor, knyter utredningen ihop resonemanget på detta sätt:

Vad nu sagts torde ha gett en ungefärlig bild av vad som avses med ett beslut och därmed med ett ärende. Redovisningen kan däremot svårligen påstås lämpa sig för omsättning i en legaldefinition. Behovet av en sådan kan enligt vår mening också starkt ifrågasättas. Att skilja mellan faktiskt handlande och ärendehandläggning vållar i praktiken knappast några allvarigare problem. De påstådda svårigheterna framstår enligt vår mening som överdrivna.<sup>115</sup>

Hur detta konstaterande hänger samman med det tidigare citerade resonemanget om att faktiskt handlande kan dölja både beslut och handläggande, är inte helt tydligt. Det faktiska handlandet och de verksamheter som faller utanför den gängse ärendehanteringens reduceras här till de (förvisso viktiga och intressanta) frågorna om när information, rådgivning och service funktionellt kan definieras som beslut.

<sup>114</sup>RÅ 2004:8. »Att Livsmedelsverkets information om vissa produkters påstådda hälsofarlighet inte getts formen av ett konventionellt beslut, upprättat och under-tecknat på sedvanligt sätt, utan presenterats i vissa delar i en skrivelse benämnd 'Information' och i andra delar i uppgifter på myndighetens webbsida, hindrade enligt Regeringsrätten inte att uttalandena sammantaget bildade ett beslut. Uttalandenas innehåll och syfte avgjorde alltså beslutskaraktären, inte den yttre formen.» SOU 2010:29, 99. Samma princip har senare bekräftats gällande en anmodan till en biståndstagare vid en socialförvaltning om att sälja sin bil, där anmodan inte hade rättsverknningar, men hade »karaktär av ett åläggande» vilket hade »kännbara effekter» för den enskilde, RÅ 2007:7.

<sup>115</sup>SOU 2010:29, 99.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

Återigen ser vi ett fragment till en diskussion med väsentligt större potential än som vad som utvecklats. Ragnemalms utredning rörde aldrig mer än ärendehandläggningen, men som vi kommer att se nedan är gränsen mellan ärendehandläggning och faktisk verksamhet inte mindre diffus än gränsen mellan ärenden med och utan myndighetsutövning.

Det är i ljuset av Tuoris kritiska synpunkter och Ragnemalms radikala förslag intressant att se att den förvaltningsrättsliga doktrinen i Sverige sedan sina första mer fasta steg under 1800-talets mitt har brottats med frågan om en definition av förvaltningen. En förhoppning har länge funnits om att kunna förena en formell definition av förvaltningen eller den offentliga rätten som objekt med en materiell definition. En tidig formulering om denna förhoppning finner vi 1866 hos Rabenius:

Betraktar man neml. innehållet af de författningar, som bilda denna del af lagstiftningen, så finner man att det hufvudsakligen utgöres af de reglor [sic], efter hvilka de förvaltande myndigheternas verksamhet är ordnad, hvilket sålunda är det för dem gemensamma. Enheten, sålunda uppfattad, är visserligen blott en formell och yttre, men torde dock kunna motsvaras af en materiell och inre, till hvars angifvande ett försök i förevarande arbete äfven blifvit gjordt.<sup>116</sup>

Här presenteras för första gången tydligt idén om att förvaltningen kan fångas in rättsligt, inte bara från ett formellt perspektiv (vilket alltsedan Rabenius ansetts som otillfredsställande för författarna i doktrinen) utan också från ett materiellt perspektiv.<sup>117</sup> Rabenius uttrycker här förhoppningen om att den formella enheten

<sup>116</sup>Rabenius, *Handbok i Sveriges gällande lagstiftning om förvaltningens organisation och embetsmännen*, Förord, onummerat.

<sup>117</sup>Jämför exempelvis Marcusson, *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, 72. Problemet med formella definitioner har kritiserats från många håll, se exempelvis Schmitt, *Constitutional theory*, 184f.

skall motsvaras av en »materiell och inre» enhet. Denna förhoppning skall komma att vägleda förvaltningsrättens definitionsförsök in i vår tid.

### 1.3.2 INTERNATIONELL FÖRVALTNINGSRÄTT

Medan förvaltningsrätten historiskt sett huvudsakligen har varit en nationell angelägenhet, både i meningen att den rör statens interna verksamhet och därmed inte varit internationell samt att den utvecklats olika karaktär inom ramen för olika rättstraditioner, har de senaste decennierna sett ett ökat intresse för en »global förvaltningsrätt». Global Administrative Law-projektet (GAL) vid New Yorks universitet<sup>118</sup> har under det senaste decenniet vuxit till en relativt omfattande rörelse som framförallt fokuserar på den förvaltningsrätt, eller de förvaltningsrättsliga system, som används inom ramen för *global governance*, det vill säga i de internationella, eller »transgovernmentala», regimer som hanterar en mycket bred palett bestående av bland annat säkerhetsfrågor, telekommunikation, miljöskydd, reglering av finansiell sektor, handel samt migration. Detta har lett till utökning av de nationella förvaltningsrättsliga systemen till en mellanstatlig nivå och samtidigt utvecklingen av nya specifikt internationella förvaltningsrättsliga mekanismer.<sup>119</sup>

Trots att GAL både introducerat ett bredare perspektiv genom att se förvaltningsrätten som något som går utanför och bortom staten, och dessutom fört in ett komparativt perspektiv i kärnan på disciplinen<sup>120</sup>, lider den fortfarande av en snäv idé om förvaltningsrätten som både rättsvetenskaplig disciplin och juridisk praktik. Problemet med angreppssättet är att det, likt förvaltningsrättsve-

<sup>118</sup><http://www.iilj.org/GAL/>

<sup>119</sup>Kingsbury, Krisch och Stewart, »The Emergence of Global Administrative Law», 16.

<sup>120</sup>Harlow konstaterar skillnaden mellan ett mer anglosaxiskt och liberalt synsätt på förvaltningsrätten som kontrollen av statens makt till skydd för de enskilda, till skillnad från en mer fransk modell där förvaltningsrätten definieras som alla lagar och regler som är tillämpliga på förvaltningen, Harlow, »Global Administrative Law : The Quest for Principles and Values», 191f.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

tenskapen överlag, fokuserar på *idéerna* om förvaltningen som föremålet för den rättsvetenskapliga studien, och i sin förståelse av förvaltningsrätten är upptagen av förvaltningsakterna, men inte av förvaltningen som en kontinuerlig praktik eller verksamhet.<sup>121</sup>

En ytterligare rörelse inom den internationella förvaltningsrätten är International Public Authority-projektet (IPA) vid Max Planck-institutet för komparativ offentlig rätt och folkrätt i Heidelberg. IPA står i en kritisk relation till GAL och den generella trenden kring *global governance*.<sup>122</sup> Spänningen mellan att uppfatta »governance» som en ren process och att fånga in den i ett offentlighetsligt schema där vissa förvaltningsakter kan identifieras och analyseras från allmänna principer och rättsstatliga krav, är en av de drivande aspekterna bakom IPA. Medan *global governance* tenderar att bara betrakta styrning som ett slags kontinuerlig process, kräver ett offentlighetsligt perspektiv att beslut analyseras med kategorier som just beslut, ärende och myndighetsutövning (*exercise of public authority*) enligt företrädarna för IPA.<sup>123</sup>

En aspekt av den globala utvecklingen av nya internationella regimer för styrning/governance är att en formell distinktion mellan offentliga och privata organ alltmer tappar sin potential och att distinktionen mellan privat och offentligt är svår att upprätthålla på ett konsekvent sätt överlag. I den inhemska rätten finns nya utmaningar i form av exempelvis förvaltningsrättsliga avtal eller privatisering av tidigare offentliga verksamheter. I diskussionen om den framväxande internationella förvaltningsrätten har det påpekats att utmaningarna grundar sig i inte minst en mängd privata organisationer som successivt vuxit i betydelse och fått avgörande regleran-

<sup>121</sup>Kingsbury, Krisch och Stewart, »The Emergence of Global Administrative Law», 17. För andra kritiska röster, se Harlow, »Global Administrative Law : The Quest for Principles and Values», Möllers, »Ten years of global administrative law», Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, 199.

<sup>122</sup><http://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/voelkerrecht/ipa.cfm> (besökt 2018-11-07).

<sup>123</sup>Bogdandy, Goldmann och Venzke, »From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority», 12.

de och administrativa funktioner globalt. Institutioner som Världshandelsorganisationen (WTO), Internationella standardiseringsorganisationen (ISO), Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), World Anti-Doping Agency (WADA), med flera, är nominellt privata eller rent mellanstatliga organisationer, men hur deras verksamhet förhåller sig till krav på legalitet och rättssäkerhet kräver ett nytt kvalitativt och funktionellt angreppssätt.<sup>124</sup> IPA-projektet har också tagit sig an förvaltningsrättsliga studier av dessa varierande internationella företeelser genom fallstudier.<sup>125</sup>

Det är intressant att frågan om myndighetsutövning och liknande grundläggande förvaltningsrättsliga frågor nu lyfts inom den internationella rätten, eller på en internationell nivå. Samtidigt står inte utvecklingen still inom de nationella rättsordningarna. Samtida utvecklingar inom ramen för en lång tradition präglar också den tyska inhemska förvaltningsrätten.

### 1.3.3 STAATSLEHRE OCH NEUE VERWALTUNGSRECHTSWISSENSCHAFT

Martin Loughlin beskriver statsläran (*Staatslehre*) som den uppstod i Tyskland under början 1800-talet som en vetenskap om staten som omfattade politisk teori, sociologi och juridik. Mot slutet av seklet övergick detta bredare angreppssätt till en mer insnävad positivistisk och juridisk behandling av de statsrättsliga frågorna.<sup>126</sup> Det innebar dock inte slutet på ett bredare perspektiv på staten.

De allmänna läror som Tuori efterfrågade ovan ligger nära vad som i den tyska traditionen kallas *Allgemeine Staatslehre*, först etablerad genom Georg Jellineks bok med samma titel.<sup>127</sup> Denna all-

<sup>124</sup>Kingsbury, Krisch och Stewart, »The Emergence of Global Administrative Law», 54, passim. Jämför också Goldmann, *Internationale öffentliche Gewalt*, 564.

<sup>125</sup>Bogdandy, Wolfrum m. fl., *The Exercise of Public Authority By International Institutions*. För en intressant kommentar från GAL-perspektivet på IPA-projektet, se Cassese, »Is There a Global Administrative Law?»

<sup>126</sup>En koncis genomgång finns i Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 190ff

<sup>127</sup>Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*. På engelska kan det snarast översättas till »general theory of public law», Bogdandy, »Pondering Schmitt's Concept of the Poli-

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

männa statslära sammanför juridiskt tänkande med politisk teori och historia. Med hjälp av ett eklektiskt och synkretistiskt tillvägagångssätt utgör den en experimenterande subdisciplin som är fruktbar för att förstå grundläggande frågor om rätten.<sup>128</sup> Värdet hos bidrag till denna disciplin består enligt Armin von Bogdandy i hur väl de systematiserar, tolkar och kritiserar rättsliga fenomen. Den är också med nödvändighet intradisciplinär.<sup>129</sup>

De senaste decennierna har också sett en renässans inom den tyska förvaltningsrätten under namnet *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*.<sup>130</sup> Riktningen eller rörelsen består också i att utveckla ett

tical for International Public Authority: On Methods, Standards and Disciplinary Settings for Public Law Theory», 11 ff.

<sup>128</sup> I ett svenskt sammanhang har Sundberg använt en liknande »pluralistisk metod, där olika tänkbara källor syddes ihop till en vetenskaplig enhet», Kumlien, »Från kamerallagfarenhet till rättsvetenskap», 83.

<sup>129</sup> »Indeed, this sub-discipline offers an *intradisciplinary* space where interdisciplinarity can be practiced. Academics who are legal scholars by training, institutional affiliations, and identity can reach out for topics, research questions, methods, and insights of other disciplines. Within this sub-discipline, public law scholarship meets historical research and political thought, but also sociology, political science, economics, psychology, brain research, or theology. In the European tradition, political theory, practical philosophy and history are the most common interlocutors.» Bogdandy, »Pondering Schmitt's Concept of the Political for International Public Authority: On Methods, Standards and Disciplinary Settings for Public Law Theory», 12.

<sup>130</sup> Viktiga är här Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann samt presidenten för den tyska författningsdomstolen, Andreas Voßkuhle. Voßkuhle, »Neue Verwaltungsrechtswissenschaft». Värt att notera är att den tyska förvaltningsrätten och förvaltningsrättsvetenskapen har varit den viktigaste influensen över svensk (och nordisk) dito under de avgörande decennierna kring 1900. Efter nazisternas maktövertagande 1933 och krigsutbrottet vände sig svenska förvaltningsrättare bort från den tyska doktrinen. Intresset har sedan dess varit mer sporadiskt, Björne, *Realism och skandinavisk realism: 1911-1950*, 563. Undantag på senare år är Persson, *Rättsliga ramar för gränsöverskridande samarbete*, 22, passim, samt Wenander, *Erkännande av utländska förvaltningsbeslut*, passim, som båda rör just gränsöverskridande frågor inom förvaltningsrätten. Vad jag kan bedöma har dessa inte haft någon avgörande återverkan på den svenska *allmänna* förvaltningsrätten. Även Hanqvist, *Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder*, 56 har påpekat det allmänna behovet av att bredda den språkliga receptionen för svensk doktrin.

bredare angreppssätt och försöka förstå förvaltningen inte enbart utifrån den snävare rättsdogmatiken och »juridiska metoden». Enligt Andreas Voßkuhle har det traditionella vetenskapliga angreppssättet inom den tyska förvaltningsrätten, i linje med Otto Mayers tidigare arbeten, för det första varit upptagen av vissa karakteristika hos den juridiska metoden. Upptagenheten av detta metodologiska perspektiv har inneburit ett begränsat perspektiv fokuserat på rättsakterna. Dessa har lyfts ut från den väv av skrivna och oskrivna, individuella och generella normer som antas finnas oberoende av förvaltningens faktiska uppgifter.

För det andra utgår den från rättsstatsidén om att den offentliga förvaltningen skall vara baserad på demokratiskt legitimerad lagstiftning. Kontrollen av innehållet i denna bindning baseras på i första hand kontrollen genom förvaltningsdomstolarna. Därmed blir den primära vetenskapliga uppmärksamheten riktad mot offentliga avgöranden (*abschließenden staatlichen Entscheidung*) och deras rättsverkningar i relationen mellan stat och medborgare. Den interna process som leder fram till dessa beslut utgår helt från ett domarfokuserat perspektiv och har bara i undantagsfall ett fokus på processuella regler.

För det tredje utgår metoden från att en effektiv rättsbindning baserar sig på ett behärskande av hela normmassan. För detta ändamål används en systematisk metod, med en mängd utvecklade begrepp och strukturer som samlas inom ramen för en formell och rationell ordning. Den centrala operationen här är att upprätta olika binära relationer, utifrån den centrala relationen mellan korrekta/lagliga i motsats till rättsvidriga beslut. Exempelvis effektivitet/nullitet, offentlig-/privaträtt, utom-/inomrättsligt eller stat/samhälle.

För det fjärde är detta förbundet med utvecklingen av en rättsdogmatik. Ett antal satser bestående av definitioner, principer, etcetera, utvecklade ur en tolkning av den positiva rätten och domstolsavgöranden (oberoende av de specifika beskrivningarna i det enskilda fallet) tolkas och bedöms normativt. På detta sätt är rättsdogmatiken samtidigt »systemanvändning och systemskapande» och hand-

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

lar i grunden om konstruerandet av en normativ relevans för samhället genom rättsproduktion.<sup>131</sup> Här kan kort sägas att detta även framstår som en riktig beskrivning av den svenska förvaltningsrättens huvudfåra under 1900-talet.

Voßkuhle ser förvisso fördelar med den juridiska metoden som den här är beskriven. Den leder till en systematik och möjligheter att orientera sig inom förvaltningsrätten, förenklar avgöranden i enskilda fall (en avlastningsfunktion) och möjliggör en kontroll, förtydligar värdekonflikter och behov av utveckling, och möjliggör en konsekvent reception av nyare rättsutveckling.<sup>132</sup> I den mening som är den nya tyska förvaltningsrättsvetenskapen inte en ren negation av förvaltningsrättens landvinningar. Däremot riktar den in sig på vissa nyckelbegrepp<sup>133</sup> och på ett juridiskt systemtänkande som går bortom den juridiska metoden och dogmatiken. Detta sammankopplande av en styrningsansats med ett juridiskt systemtänkande görs i tre steg:

1. Reflexion och ordnande av den diffusa förvaltningsverkligheten genom typologisk förberedelse, primärt med en heuristisk funktion.
2. Formulering av nya ledande idéer (*Leitideen*) och förståelsegivande nyckelbegrepp.
3. Utveckling av nytt allmänt rättstänkande, principer, värderingar, institut, handlingsformer, etcetera.<sup>134</sup>

Medan juridiskt tänkande enligt Voßkuhle alltid ägnat sig åt de två första stegen,<sup>135</sup> har den traditionella juridiska metoden varit

<sup>131</sup> Voßkuhle, »Neue Verwaltungsrechtswissenschaft«, 6f.

<sup>132</sup> Ibid, 7.

<sup>133</sup> Ibid, 37.

<sup>134</sup> Ibid, 41.

<sup>135</sup> »... standard works on administrative law in Germany start with the of public administration, its evolution, purpose, functions and responsibilities. After such description, administrative law is defined as the law of the administration or, at the most, the law about the powers, functions and organisation of public administration.» Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, 4



helt fokuserad på *rättsakten* på ett sätt som den nya förvaltningsrättsvetenskapen inte är.<sup>136</sup> Enligt Voßkuhle bör den enskilda aktören och dess konkreta rättsliga handlingsmöjligheter och plikter stå i centrum för rättsvetenskapen. Den strävan som den nya förvaltningsrättsvetenskapen innebär betyder mer strävan efter ett ideal. Den innebär inte heller att den juridiska metoden blir överflödigt, snarare att den skall kompletteras med andra nivåer av reflektion.<sup>137</sup> Eberhard Schmidt-Assmann har beskrivit ett perspektiv på förvaltningsrätten som en styrningsvetenskap. Det innebär ett utvidgande till att även omfatta bland annat process-, organisations- och budgeträttsliga frågor som viktiga styrmedel för förvaltningen samt utöver lagstiftning betrakta informella överenskommelser vid sidan av offentlig- och privaträttsliga implementeringar.<sup>138</sup> Det handlar om ett slags »gränstänkande» som förenar förvaltningsrätten med fler discipliner.<sup>139</sup> Bland annat har Gunnar Folke Schuppert föreslagit att koppla an förvaltningsrätten till ett *governance*-perspektiv i betydelsen en analysmodell som omfattar den nätverksstruktur av olika aktörer vid sidan av staten, inte minst marknadsaktörer och det civila samhället.<sup>140</sup> Dessa aktörer står i olika relationer till varandra och genom att analysera dem tillsammans försöker man därmed skapa bredare förståelse av maktutövning och styrning i våra samtida samhällen.<sup>141</sup>

Förutom att i sig vara ett exempel på en alternativ teoretisering av förvaltningsrätten, förvaltningsrättsvetenskapen och båda dessas

<sup>136</sup>Voßkuhle, »Neue Verwaltungsrechtswissenschaft«, 41.

<sup>137</sup>Ibid, 61.

<sup>138</sup>Schmidt-Assmann, »Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund«, 266.

<sup>139</sup>Schuppert, »Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel: Von Planung über Steuerung zu Governance?«, 98. Jämför Svensson, »Boundary-Work in Legal Scholarship».

<sup>140</sup>För en introduktion till begreppet, se Kjær, *Governance*, 3, passim.

<sup>141</sup>Se exempelvis Schuppert, »Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel: Von Planung über Steuerung zu Governance?« med undertiteln »från planering via styrning till Governance«, bland annat 105. Michael Stolleis har kritiserat dessa nya perspektiv för, eller i varje fall konstaterat att de försöker lämna den tidigare förvaltningsrätten bakom sig, Stolleis, *Public Law in Germany*, 167.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

objekt visar också det tyska exemplet på möjligheten att ta en annan teoretisk ansats i det som Tuori kallar förvaltningsrättens allmänna läror. Detta behöver inte innebära ett avfärdande av allt traditionellt dogmatiskt arbete men kräver en kritik och reflektion på en annan nivå och med andra referenspunkter än de gängse. Ett allvarligt försök att realisera en sådan kritik kräver utvecklandet av en ny teori.<sup>142</sup>

#### 1.3.4 POLITI

Politi som begrepp har i den svenska doktrinen främst behandlats utifrån den snävare betydelsen som det som idag samlas inom polisens och vissa andra myndigheters verksamhet.<sup>143</sup> Politirätten sor-

<sup>142</sup>Som Stolleis skriver: »If the historically evolved early modern state, and the sovereign nation state that was built upon it in the nineteenth and twentieth centuries, change so much that entirely new outlines emerge in terms of state law and international law, while the state (under whatever name) must simultaneously satisfy the daily needs of people and ward of everyday dangers, the 'public' law that constitutes the state will also change its character. As described, it will be once again more strongly interwoven with private law and criminal law, in both European and non-European legal systems.

If the clearly definable role of public law were to come to an end in this way, it would lead to the reintegration of what are today the largely separate legal histories of private law, criminal law, and public law. Such a development would be appropriate to the subject, since the circumstances of life to be studied never adhered to the boundaries of academic disciplines. A transition to a research perspective that is breaking away from older forms of the curriculum and that undertook to study the function of law and of legal changes within the context of the entire lived legal system would, therefore, be most welcome. If that happened, state and constitution, administration and administrative law, would once again be self-evident subjects of a general history of law. Such a history should already devote itself as much as possible to the interaction of authority and freedom, state and society. The ordering achievement of the 'state' is only one of the determinants shaping human life (in terms of its normative side). The better part is accomplished by individual decisions, groups of every kind, or non-governmental institutions, mostly in the forms of private law.»; *ibid*, 201.

<sup>143</sup>Se exempelvis Norée, *Laga befogenhet*, 1ff. För en något föråldrad genomgång av den materiella politirätten, men en fortfarande intressant historisk översikt, se Erik Sjöholms avhandling från 1964, Sjöholm, *Om politimakten och dess begränsningar*.

teras in som en del av den speciella förvaltningsrätten.<sup>144</sup> Dock användes termen »politi» i en mycket mer omfattande betydelse under 1600- och 1700-talen.<sup>145</sup> Termen innefattade all statsförvaltning förutom utrikes, militär-, finans-, kyrklig förvaltning och domstolsväsende. Under 1700-talet kom begreppet »ekonomi» eller hushållning in i språket och syftade då på regleringen av näringslivet.<sup>146</sup> Toomas Kotkas skiljer mellan politi i betydelsen av en materiell målsättning (god politi) och de statliga handlingar som syftar till att uppnå detta mål.<sup>147</sup> Polisförordningar kunde i den tidigmoderna epoken omfatta en mångfald av samhällliga fenomen och områden.<sup>148</sup> Frasen »politi och ekonomi» användes också som en sammanfattande term för offentlig förvaltning och förvaltningsrätten. I Tyskland utvecklades en politivetenskap (*Policeywissenschaft*) med mycket brett anslag under 1700-talet, inte minst genom J H G von Justis grundläggande arbeten. Statens och medborgarnas intresse sammanföll i det allmänna strävandet efter välfärd och lycka.<sup>149</sup> Under 1800-talet blev betydelsen av »politi» mer begränsad och fo-

<sup>144</sup>Strömberg och Lundell, *Speciell förvaltningsrätt*, 12, passim.

<sup>145</sup>För begreppets förändring från en bred politi till en snävare se Björne, »Politirätt, förvaltningsrätt, straffrätt i Finland under 1800-talet», 46f, passim och Kumlien, »Från kamerallagfarenhet till rättsvetenskap».

<sup>146</sup>Sjöholm, *Om politimakten och dess begränsningar*, 26f. För svenska förhållanden konstaterar Björne att försöken att skarpt dela mellan privaträtt och offentlig rätt länge misslyckades. »Den svenska rättsordningen gjorde länge en skarp indelning i privaträtt och offentlig rätt omöjlig eller missvisande. ... Först under den senare delen av 1800-talet uppstod förvaltningsrätten och finansrätten, vilka nu entydigt hänfördes till den offentliga rätten.», Björne, *Brytningstiden : 1815-1870*, 167f. Från ett annat perspektiv en koncis men fyllig genomgång i Hanqvist, *Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder*, 671ff.

<sup>147</sup>Kotkas, *Royal Police Ordinances in Early Modern Sweden*, 1.

<sup>148</sup>»Police ordinances were given in order to govern and control such areas and phenomena of early modern life as church services and keeping the Sabbath, luxury and extravagance, prostitution, gambling, festivities, public safety, vagrancy, begging and poor relief, public health and sanitation, road and waterway building and maintenance, construction, censorship and printing, education and schooling, agriculture, guilds and occupations, handicrafts, commerce, monetary and financial institutions, and others.» *ibid*, 3

<sup>149</sup>*ibid*, 189. I Frankrike utvecklades ingen egen politivetenskap, utan den inordnades under den offentliga rätten, *ibid*, 200.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

kuserades på upprätthållandet av allmän ordning och säkerhet.<sup>150</sup> En »ny, begränsad och legalistisk förvaltningsrätt» växte fram när politirätten i bred bemärkelse övergavs i Norden.<sup>151</sup> Numera avses enligt Håkan Strömberg och Bengt Lundell »den offentliga förvaltningsverksamhet, som avser att genom maktanvändning förhindra eller avvärja störningar inom samhällslivet». Den kan indelas i förebyggande verksamhet (preventiv politi) och sådan som syftar till att »undanröja verkningarna av redan inträffade störningar».<sup>152</sup>

Strömberg har hävdad att politiförvaltningen »är en av de mest centrala och oundgängliga grenarna av statsförvaltningen» och staten inte kan undvara den, till skillnad från mycket annan förvaltningsrätt som social trygghet och främjande av näringsliv och kulturliv. Centralt i denna position är att en viss skönsmässighet är ofrånkomlig.

*Med politiens centrala roll inom statsförvaltningen sammanhänger en viss obestämdhet och vaghet i politiorganens uppgifter och maktbefogenheter. Även om åtskilliga grenar av politiförvaltningen med tiden blivit mer eller mindre noggrant reglerade genom speciallagstiftning, kvarstår vissa allmänt hållna bemyndiganden för polisen (och i viss mån för hälsoskyddsmyndigheterna). Denna återstod av vagt angivna befogenheter kan*

<sup>150</sup> ibid, 190, 219. Enligt Björne var den »äldsta förvaltningsrättsliga, dvs. politirättsliga, litteraturen» främst upptagen av »pauperismen, den ökande fattigdomen, som sågs om både ett socialt och den allmänna säkerheten rörande problem», Björne, *Brytningstiden : 1815-1870*, 188. Se också ibid, 218. Det »var svårt att motivera upprätthållandet av begreppet på rent vetenskapliga grunder. ... För att ta ett drastiskt exempel: politiförbrytelser, tullskydd för inhemsk produktion, skolväsendet och fattigvården, byggandet av vägar och kanaler hade ingenting gemensamt, utom att de var delar av statens och kommunernas förvaltning i vidsträckt bemärkelse. Försöken att systematisera politirättens innehåll stannade därför vid en enkel uppräknig av olika verksamheter.» »Politirätt, förvaltningsrätt, straffrätt i Finland under 1800-talet», 47.

<sup>151</sup> Ibid, 62.

<sup>152</sup> Strömberg och Lundell, *Speciell förvaltningsrätt*, 12f.

komma att minskas genom ytterligare speciallagstiftning men lär aldrig helt kunna elimineras.<sup>153</sup>

Den tyska idén om rättsstaten uppstår kring sekelskiftet 1800.<sup>154</sup> Rättsstaten stod i en polemisk motsats till polisstaten under 1800-talets debatt i Tyskland.<sup>155</sup> Enligt Michel Foucault definieras den i motsats till despotin å ena sidan och polisstaten å andra sidan.

Men vad menas med en *Polizeistaat*? Den är ett system i vilket det inte finns någon skillnad beträffande natur, ursprung, giltighet och verkan mellan den offentliga maktens allmänna och permanenta föreskrifter – ungefär det man kallar lag – och de situationsbundna, tillfälliga, lokala och individuella beslut som fattas av samma makt – ungefär det man kallar nivån för regler och regleringar. Polisstaten etablerar ett administrativt kontinuum från den allmänna lagen till den särskilda åtgärden, den ser samma princip i den offentliga makten och i de påbud den ger, och ger dem samma tvingande värde. Despotin återför allt som kan vara den offentliga maktens påbud till suveränens vilja, och endast till den, eller låter snarare allt finna sitt ursprung i denna vilja. Oavsett vilket ursprunget är till den tvingande karaktären hos den offentliga maktens påbud, etablerar polisstaten ett kontinuum mellan alla former av påbud och denna makt.<sup>156</sup>

<sup>153</sup> *Speciell förvaltningsrätt*, 13, min kursivering.

<sup>154</sup> »This social body was coterminous with the state, indistinguishable from civil society. The prince or King is the head, the warriors the hands, the servants the feet and so on. This vision drove ambitions to regulate every corner of social life and helped to crystallise *Polizeiwissenschaft* (police science) in the German principalities of the 18th century», Stenson, »Surveillance and sovereignty», 286.

<sup>155</sup> Tuori, »Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat)», 354.

<sup>156</sup> Foucault, *Biopolitikens födelse*, 153-4.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

Polisstatens särskilda karakteristika utgörs också av dess intresse i människornas handlingar och aktiviteter.<sup>157</sup> Polisen blev begreppet genom vilken en icke-juridisk allomfattande (om än inte allsmäktig) makt att främja fred, ordning och gott styre förstods.<sup>158</sup> Den faktiske suveränens (monarkens) prerogativ var att i ett slags utomjuridisk reglering realisera en samhällelig ordning.<sup>159</sup> Inom den offentliga rätten som vetenskaplig disciplin blev spänningen mellan det polisstatliga, kameralistiska, och det rättsstatliga paradigmet problematisk.<sup>160</sup> Det har i senare forskning påpekats att skillnaden

<sup>157</sup> *Security, Territory, Population*, 322. »Beginning in the late nineteenth century, and more particularly in the twentieth, we observe a return to the directive and regulatory functions of state administration. Seen in this perspective, the modern welfare state presents us with an updated version of the basic conceptions of the well-ordered police state, while the socialist-communist regimes take to its logical conclusions enlightened despotism's ideology of unbounded material progress in a harmonious community ordered and directed by an omniscient leader and elite.» Raeff, *The Well-Ordered Police State*, 254

<sup>158</sup> »Politi omfattade således icke endast upprätthållandet av den inre ordningen och säkerheten samt rättsvärden utan också skyddet mot yttre fiender, militärväsendet, samt finans- och utrikesärenden. 'Just polittiae' ansågs berättiga statsmakten att vidtaga alla åtgärder som kunde främja medborgarnas väl och bästa och att använda alla medel som efrodades för att tillgodose detta syfte. Staten uppfattades med andra ord som en polisstat med uppgift att reglera samhällslivet i dess helhet och i alla dess skiftande yttringar efter statsnyttans och den allmänna välfärdens principer. Politi och statsförvaltning voro alltså identiska begrepp. Termen politi smälte härigenom samman med och gav namn åt polisstatsidén med den för denna statstyp karakteristiska allmakten.» Sjöholm, *Om politimakten och dess begränsningar*, 8. Se också *ibid*, 18.

<sup>159</sup> »*Polizei*, the power of police, was conceived as an all-encompassing power of regulation vested in the ruler for the purpose of promoting peace, order, and good government. This police power formed part of the prerogatives of the ruler and, in the hands of the Cameralists, was regarded as a 'non-judicial form of regulation, a form of order not based on Law'. This type of formulation expresses the notion that *Polizei* exists not so much to enforce rule-based order as to instil social discipline based on the calculation of possible future risks to the ordered commonwealth.» Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 422.

<sup>160</sup> »Far from being antagonistic, however, the emerging legal doctrines tended to complement those of the cameral sciences. Consequently, it was not surprising to see the public lawyer (*Staatsrechtler*) commonly making a distinction—paralleling that between ordinary and absolute prerogative powers—between justice and po-

mellan den »polisstatliga» eran och den senare rättsstatliga var överdriven, och att någon polisstat i betydelsen en stat utan begränsningar av maktutövningen var det aldrig fråga om. Politivetenskapen fanns, men inte polisstaten.<sup>161</sup> Trots detta hade just denna överdrivna polemik inflytande på utvecklingen under den rättsstatliga eran. »Justis» och »polis» behövde jämkas samman inom ramen för en teoretisk juridisk förståelse.<sup>162</sup> Denna impuls ledde i den tyska kontexten till utvecklandet av just förvaltningsrätten som en självständig disciplin.<sup>163</sup> Det viktigaste arbetet var här Robert Mohls *Die Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* [Politivetenskapen enligt rättsstatens principer].<sup>164</sup> För svensk del avskildes från politibegreppet främjande av välfärd, och politi kom att

lice. Issues of justice concerned the exercise of those public powers that were subject to the jurisdiction of the Imperial Court, while matters of *Polizei* referred to the exercise of public powers that were vested absolutely in the prince.» *Foundations of Public Law*, 423.

<sup>161</sup>Kotkas, *Royal Police Ordinances in Early Modern Sweden*, 5f.

<sup>162</sup>Jurisdiktionella konflikter mellan domstolar och »polismyndigheter» var också en drivkraft. *ibid.*, 10. Apropå begreppens betydelse från slutet av 1600-talet och framåt, menar Sjöholm att en avgränsning mellan politi och jurisdiktion växte fram: »Såsom justitiesaker började man nämligen vid denna tid rätt allmänt i rättsspråket beteckna endast sådana statsangelägenheter, som avgjordes enligt bestämda generella rättsgrundsatser. Termen politi förbehålls sådana uppgifter, som avgjordes efter en fri, skönsmässig prövning och huvudsakligen ur lämplighetssynpunkt till främjande av statsförvaltningens syften. Några skarpare gränserkring politiförvaltningens funktionsområde uppdrogos dock i allmänhet ej i lagstiftningen.» Sjöholm, *Om politimakten och dess begränsningar*, 10.

<sup>163</sup>Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 431f. Här menar Sjöholm att von Steins reception av Johann Stephan Pütter var avgörande för den inskränkning av politibegreppet som sedan blev rådande, Sjöholm, *Om politimakten och dess begränsningar*, 12.

<sup>164</sup>Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 431. »For Mohl, *Polizei-Wissenschaft* was part of the comprehensive sciences of the state. He was still a long way from a reduction formal 'law' or to a 'General Part' of administrative law. What he had in mind was the well ordered liberal constitutional state, one that was receptive to the social problems that were now emerging. In this regard he urged greater exertions by the state.» Stolleis, *Public Law in Germany*, 53

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

förbehållas endast upprätthållandet av allmän ordning och säkerhet.<sup>165</sup>

I en med oss samtida kontext konstaterar Tuori att förvaltningen är rätten snarast en slags resurs, inte dess styrande rationalitet, vilken istället står att finna i de olika mål som förvaltningen försöker realisera.<sup>166</sup> Detta innebär också att ur »förvaltningens perspektiv ter sig sådana rättsliga krav och principer som begränsningar».<sup>167</sup> Tuori varnar för att återbörda det perspektiv som kameral- och politivetenskaperna hade där »välfärdsstatens byråkratis instrumentalistiska inställning», det vill säga maktens perspektiv, anammas.<sup>168</sup> Istället vill han att förvaltningsrätten skall anta det rättsstatliga perspektivet på det instrumentalistiska realiserandet av välfärdsstatens substantiella mål.<sup>169</sup>

Här vill jag dock föreslå att vi kan vända oss till vissa insikter hos den delvis bortglömda tradition som politivetenskapen utgör, utan att för den skull inlemma oss i dess normativa perspektiv.<sup>170</sup> Som rättsvetenskapligt perspektiv på den offentliga förvaltningen hade politivetenskapen fördelen att se på förvaltningen som en heterogen helhet av olika verksamheter. Detta föranleddes av det övergripande målet om statens och befolkningens välfärd, och var i den meningen knuten till ett visst normativt maktperspektiv, där överhöghetens maktutövning skulle legitimeras. Men det innebar också att

<sup>165</sup>Sjöholm, *Om politimakten och dess begränsningar*, 41.

<sup>166</sup>Tuori, »Har förvaltningsrätten en framtid?», 562f.

<sup>167</sup>Ibid, 563.

<sup>168</sup>Ibid, 563f.

<sup>169</sup>»Min slutsats kan igen låta paradoxal: förvaltningsrätten som en vetenskaplig disciplin borde granska också välfärdsstatlig lagstiftning primärt ur rättsstatens synvinkel.» ibid, 564.

<sup>170</sup>Eller för den delen dess omnivora upptagenhet av allt från husbondens uppfostran, till skördeskalendrar, ädelstenars bearbetning och kvalitén och hälsoeffekten av olika fiskar, etcetera. Se Kotkas, *Royal Police Ordinances in Early Modern Sweden*, 17f, passim. Å andra sidan finns det troligen inget område som de tidigmoderna polisförordningarna omfattade som inte våra samtida moderna stater engagerar sig i och reglerar. Från exempelvis religiösa praktiker som omskärelse eller barnuppfostran till mineralutvinning och miljöskydd i havsmiljön, och så vidare.



denna vetenskap inte begränsade sig till att hantera vissa avgränsade juridiska frågor, så som förvaltningsrätten senare kom att utveckla sig.<sup>171</sup> Den rättsstatliga reaktionen på polisstaten<sup>172</sup> är fullt förståelig utifrån perspektivet att skydda individens rättssfär och individuella frihet från ingrepp från staten. Effekterna, goda såväl som dåliga, av detta paradigmskifte är i princip oöverblickbara, särskilt som vi idag lever i en rättskultur där dessa grundläggande principer är omöjliga att bortse ifrån.<sup>173</sup> Men en effekt vi kan identifiera är en avsnävning av den förvaltningsrättsliga disciplinens objekt, till att utgå ifrån, och ofta inte omfatta mer än aspekter av det som kallats förvaltningsärendet.<sup>174</sup>

Det intressanta med politivetenskapen för denna studies syften är inte att motivera en viss suverän maktutövning. Det vill säga, det handlar inte om att påstå att förvaltningsrätten idag är detsamma som motiverades genom den ideologiska föreställningen om staten som bärande ett visst ansvar som utövades genom en bred »politi». Däremot finns det ett värde av att se politirätten som ett analytiskt och deskriptivt verktyg. Dess fokus på en mycket bredare verksamhet, ett större ansvar för staten och en mer flytande övergång mellan olika typer av verksamhet (från judiciella beslut till helt oreglerad verksamhet) är potentiellt mer adekvat idag än den begränsning till en förmodad »kärna» bestående av en systematik baserad på ärendebeslut-myndighetsutövning.<sup>175</sup> Om än jag vill hävda att staten och den offentliga verksamheten bibehållit vissa avgörande drag av politi även genom den liberala och rättsstatliga eran, har den hur som helst idag en direkt relevans för att försöka beskriva den heterogena och komplexa förvaltningsverksamhet som vuxit fram under de senaste decennierna. Frågan här blir om inte hela statens verksamhet

<sup>171</sup> Detta är, för den svenska kontexten, temat för kapitel 2.

<sup>172</sup> Tuori, »Har förvaltningsrätten en framtid?», 557 samt redogörelsen ovan.

<sup>173</sup> Termen är förvisso en signifiant med många referenser, men vilken modern stat kallar sig inte för rättsstat? Vem argumenterar mot rättsstaten?

<sup>174</sup> För ett tyskt perspektiv på denna utveckling, se Stolleis, *Public Law in Germany*, 69.

<sup>175</sup> Se avsnitt 1.1 och kapitel 2.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

i någon mening i utgångspunkten fortfarande är »politi» som den var på 1600-1700-talen?

En idé i politivetenskapen är något slags uttunnat, men allmänt, prerogativ för staten att arbeta utifrån vissa övergripande mål eller värderingar. Rättsstaten (nattvaktarstaten) är i sina tydligare varianter motståndare till just detta, och försöker istället upprätthålla en dikotomi mellan det som kan och skall vara rättsligt reglerat (förvaltningsakten) och den övriga verksamheten (som i nattvaktarstaten skall minimeras) som inte har sådana juridiska schacklar. Den samtida svenska positionen uttrycks kanske tydligast av Fredrik Sterzel som menar att den offentliga verksamheten generellt behövs »något slags författningsstöd» och att när det gäller myndighetsutövning krävs lagstöd.<sup>176</sup> Men kan vi förstå denna formulering på något annat sätt än att endast en relativt grund normbundenhet krävs för hela den offentliga verksamheten? Det är endast i vissa delar, de som avgränsas genom myndighetsutövningsbegreppet, som en fastare förankring i lag krävs.

Skillnaden i perspektiv mot en rättslig idé förankrad i politibegreppet är att den senare snarare handlar om att hela verksamheten, alla handlingar, drivs av vissa målsättningar. Från att stärka staten, till att i senare perioder modereras till en mildare »ändamålsenlighet», har nu hela initiativet överlämnats till politikens (från ett juridiskt perspektiv godtyckliga) val förmedlade genom generell lag-

<sup>176</sup> Sterzel, »Legalitetsprincipen [2009]». En till synes freudiansk felskrivning, som kanske inte bör läggas för stor vikt vid, är den ganska uppseendeväckande formuleringen i FL (2017:900) 5 § att en »myndighet får endast vidta åtgärder som har stöd i rättsordningen». Denna vaga och mycket vida formulering verkar inte kunna läsas bokstavligt om ett koherent dogmatiskt perspektiv skall anläggas, eftersom »rättsordningen» inte är något utvecklat begrepp i doktrin och praxis. Skulle det dock läsas bokstavligen, så vore det i linje med den mer grundläggande tes som det föreliggande arbetet försöker belägga. Här kan också vara värt att beakta att den polisiära verksamheten som består i brottsbekämpning hos de polisiära myndigheterna, i strid med förvaltningslagsutredningens förslag, fortfarande inte omfattas av förfarandereglererna i FL. Se Prop 2016/17:180, 30 och 3 § FL. Jag återkommer till detta i det avslutande kapitel 4.

stiftning.<sup>177</sup> En mångfald av olika mål, principer och syften ställs explicit och implicit upp av alla de författningar och andra rättsnormer som skall reglera förvaltningens verksamhet.

Här ser vi också hur den etymologiska närheten mellan *politi* och *politik* ännu har sin relevans.<sup>178</sup> Politiken och politin har aldrig lämnat varandra, alltid varit delar av samma sociala och ideologiska sfär.<sup>179</sup> Motiveringen till förvaltningens verksamhet står att finna i ett politiskt syfte eller i en politi-strävan. Poängen med att återvända till politikbegreppet är att det var en mer holistisk syn på den rättsliga offentliga verksamheten. Det verkar finnas skäl för hypotesen att rättsstatens utveckling och liberalismens framgång på det rättsliga området lett till att en mer realistisk syn på den rättsliga verkligheten gick förlorad. Om än suveränitetsideologi, teokrati och annat utrensats i någon mån, så var kanske ändå den tidiga rättsvetenskapen mer lämpad att realistiskt beskriva den rättsliga verksamheten än dagens moderna, demokratiska rättsvetenskap.

### 1.3.5 POLITISK JURISPRUDENS

Eftersom det här arbetet läggs fram som en avhandling i ämnet offentlig rätt, är det på sin plats att säga något om hur jag i det följande kommer att förstå termen »offentlig rätt». Det innebär förutom att placera avhandlingen inom ett visst perspektiv på den egna discipli-

<sup>177</sup>Med det inte sagt att denna mildhet inte kan dölja än mer omfattande och allvarlig maktutövning idag jämfört med tidigare historiska perioder.

<sup>178</sup>Båda orden kommer från det grekiska *politeia*. Sjöholm, *Om politikmakten och dess begränsningar*, 7; Kotkas, *Royal Police Ordinances in Early Modern Sweden*, 2.

<sup>179</sup>Inte orelaterat (men för den här studien i en tillräckligt annorlunda betydelse för att inte kunna behandlas vidare här) utvecklar Jacques Rancière begreppen politik och polis: »Polisen är på så sätt först en ordning av kroppar som definierar uppdelningen mellan sätt att handla, sätt att vara och sätt att tala ... den är en ordning som gör att en viss aktivitet är synlig en annan inte är det ...». Mot dessa står politik som »en bestämd aktivitet ... som bryter den sinnliga konfigurationen, och där parterna och delarna, eller deras frånvaro, definieras av en förutsättning som per definition inte har någon plats: de icke delaktigas del.» Rancière, *Texter om politik och estetik*, 50. Politiken är för Rancière därmed den »jämlighetens process» som upplöser den polisiära ordningen, *ibid*, 51.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

nen, också att beskriva en del av den metodologiska ansatsen till en studie i just denna disciplin.

Det har påpekats att indelningen av juridiken i olika subdiscipliner – en indelning som också används inom rättsvetenskapen i pedagogiska, systematiska och vetenskapliga syften – i grunden är kontingent.<sup>180</sup> Andra indelningar än privat/offentlig rätt eller systematiker som är mer eller mindre finkorniga (skatterätt, genusrättsvetenskap, infrastrukturnett, ...) går att använda i olika syften och med olika värde för olika typer av studier. När det gäller den offentliga rätten så brukar den huvudsakligen avgränsas genom att den hanterar vissa positiva rättsregler vilkas karaktär<sup>181</sup> och systematiska placering särskiljer dem från exempelvis civilrättens regler. Jag kommer inte att vidare gå in på de utmaningar som ställs när man försöker skapa ett koherent system där exempelvis processrätten eller straffrätten in- eller utordnas från den offentliga rätten. Den viktiga poängen här är att ett vanligt perspektiv på vad som utgör just offentlig rätt är att det handlar om en eller annan definierad mängd med positiva rättsregler.<sup>182</sup>

I den följande undersökningen kommer förvisso detta perspektiv att vara närvarande, i den meningen att de flesta författare i doktrinen och de problem som hanteras i senare kapitel, främst avgränsas genom en sådan insnävning till den (förvisso väldigt omfattan-

<sup>180</sup>»Kategorisering er altså snakk om systematikk, og valg av systematikk er spørsmål om bl.a. vane, ideologi og pedagogisk og estetisk sans.» Graver, »Kategorisering av rettsregler som legalstrategi», 55. Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, 230, 301; Wenander, *Varför offentlig rätt?* Se också Hanqvist, *Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder*, 45ff med hänvisningar till bland annat Thomas av Aquino, Olivecrona med många flera.

<sup>181</sup>Att de rör relationen stat–enskild eller hanterar frågor interna för de offentliga myndigheterna.

<sup>182</sup>»När man använder begreppet 'offentlig förvaltning' för att bestämma förvaltningsrättens föremål, förutsätter man att det finns vissa komplex av rättsregler som gäller just för den offentliga förvaltningen men inte för enskild verksamhet. Så förhåller det sig också i ganska stor utsträckning. Dessa regelkomplex uppvisar karakteristiska drag, som skiljer dem från de rättsregler som gäller för enskild verksamhet.» Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 17.

de) regelmassa som kan kallas offentligrättslig. Men viktigare är att undersökningens grundläggande perspektiv på vad som utgör offentlig rätt är bredare. Utöver det som redan diskuterats ovan kring andra förvaltningsrättsvetenskapliga perspektiv, är jag inspirerad av Loughlins begrepp politisk jurisprudens (*political jurisprudence*) som ett sätt att gå bortom en offentlig rätt fokuserad på positiva regler.

Loughlin vänder sig mot föreställningen om att offentlig rätt primärt är en disciplin som sysslar med, eller skall syssla med, studerandet och ordnandet av vissa positiva rättsregler. Före de senaste 150 årens rättspositivistiska era, i offentligrättsens barndom, var disciplinens pionjärer inte så snäva i sitt perspektiv: »Not limiting themselves to the question of how public authority is conducted through the forms of law, they posed a more fundamental question: how can the constitution of public authority be justified in legal terms?»<sup>183</sup> Perspektivet här är alltså inte på de regler som är resultatet av, och formen för, den offentliga maktens utövning, utan på hur denna makt i sig kan rättfärdigas och förstås: Vad är egentligen grunden eller källan till statens makt? I Loughlins eget projekt<sup>184</sup> handlar det om att återupprätta en offentlig rätt som hanterar spänningen mellan den enskildes frihet och behovet av ett organiserat samhälle som strävar mot gemensamma mål.<sup>185</sup> Den offentliga rätten i meningen politisk jurisprudens måste alltså gå bortom positivismens antagande att rätten utgörs av de rättsliga regler som den lagstiftande makten producerat.<sup>186</sup> Det handlar om att se bortom

<sup>183</sup>Martin Loughlin, *Political Jurisprudence*, 12.

<sup>184</sup>Inte minst i systervolymerna *The Idea of Public Law* och *Foundations of Public Law*.

<sup>185</sup>Se särskilt *Foundations of Public Law*, 164.

<sup>186</sup>Här liknar Loughlins perspektiv en inom-offentligrättslig variant av det som Costas Douzinas föreslagit för hela rättsvetenskapen med begreppen »general and restricted jurisprudence», Douzinas, *Critical Jurisprudence*, 10. I detta arbete görs dock inga sådana mer omfattande anspråk.

### 1.3. Allmänna läror och förvaltningsrättsvetenskap

lagstiftandet och därmed se hur makt, auktoritet och också frihet som rättssystemet producerar faktiskt är grundade.<sup>187</sup>

Loughlin har också lyft fram ett påpekande från Carl Schmitt angående hur det är underligt att den vetenskap som växte fram under 1700-talet kallades nationalekonomi eller politisk ekonomi.<sup>188</sup> Denna vetenskap handlade om *polis*, det offentliga samhället eller i modern mening staten, snarare än ett *oikos*, det vill säga ett privat hushåll.<sup>189</sup> Trots det så blev namnet på denna disciplin *ekonomi* istället för *politonomi*.<sup>190</sup> I linje med den kritik av den positivistiska avsnävningen av offentligrätten till att bara röra rättsregler<sup>191</sup> som Schmitt drev så sällar sig Loughlin till att en sådan politonomi är nödvändig om vi skall gå bortom det positivistiska perspektivet.

<sup>187</sup>»Operating under the prevailing influence of legal positivism, many today conceive law as a set of posited rules enacted by the law-making institutions of the state. They treat law as an entity that protects liberty by imposing limits on the exercise of power. But from the perspective of political jurisprudence, law is not a bridle on an otherwise unrestrained exercise of power: understood as *droit politique*, law is itself a power-generating phenomenon. Like freedom, power is generated by the operations of *droit politique*. Political power is a special type of power created by the drawing together of 'the people' in an institutional frame. This symbolic power is founded on the 'consent' of the people, rooted in trust, and generated through the imposition of controls and checks on those who hold positions of authority. As Bodin was the first to explain, in this sphere constraints on power generate power. Similarly, modern constitutional frameworks do not impose limitations on the exercise of some preexisting power; they are the means by which power is itself generated.» Martin Loughlin, *Political Jurisprudence*, 20f. Se också *Foundations of Public Law*, 11

<sup>188</sup>Schmitt, »Nomos – Nahme – Name», 339.

<sup>189</sup>Detta är också temat för Hannah Arendts viktiga studie, Arendt, *Människans villkor*.

<sup>190</sup>»It seemed strange to Carl Schmitt that the new scholarly discipline that emerged at the end of the eighteenth century became known as 'national economy' or 'political economy'. How odd, he suggested, that with the extension of the concept of *nomos* from the household to the polity, the term retained its linguistic relation to the household. It was called *eco-nomy* when logically it should have been labelled *polito-nomy*.» Martin Loughlin, *Political Jurisprudence*, 125

<sup>191</sup>»Positivist public lawyers sought to exclude politics by the simple trick of presupposing the authority of the constitution as the 'fundamental law' of the subject.» *ibid*, 126

Politonomy does not just refer to the governmental management of the state's resources. It is a broader science that specifies the »law» by which the political presents itself as a domain of reality.<sup>192</sup>

Att rättsvetenskapligt studera den offentliga rätten bör härmed inte bara handla om att inomrättsligt eller »rent juridiskt» hantera de normer som blivit del av den offentliga rätten. Det kräver försök att förstå hur sådana normer och den ordning som hanterar och agerar utifrån dessa normer blir till.<sup>193</sup> Det handlar om att utöka det juridiska perspektivet till att också inkludera frågan om hur staten eller det offentliga konstitueras, inte endast hur det fungerar när det väl är konstituerat.<sup>194</sup> Detta är i linje med den realistiska ambitionen som jag diskuterade i föregående avsnitt. I den meningen bidrar denna avhandling till utvecklandet av offentligrättens allmänna läror genom en behandling av ett antal förvaltningsrättsliga begrepp centrala för den offentliga rätten som helhet.

I sin »Försök till en kritik av våldet» vänder sig Walter Benjamin i en kraftfull kritik mot polisens logik som han ställer i kontrast till rättens logik. Polisen är vad stater tar till när rättsordningen inte är tillräcklig för att uppnå de mål den föresätter sig. För Benjamin sammanfaller politin eller polisen som allmän tendens hos samhällsapparaten och dess partikulära realitet i de specifika polismyndigheternas verksamhet.

Påståendet att polisvåldets målsättningar alltid är identiska eller åtminstone förbundna med den övriga rättsens är alltigenom osant. I stället betecknar polisens »rätt» i grunden den punkt där staten inte längre förmår tillförsäkra sig de empiriska mål, som den till varje

<sup>192</sup> *Political Jurisprudence*, 125.

<sup>193</sup> En läsvärd kritik av den bristande »materialiteten» till förmån för den symboliska aspekten av politisk utveckling i Loughlins projekt återfinns i Goldoni, »The Materiality of Political Jurisprudence».

<sup>194</sup> Jag återkommer nedan till några teoretiska begrepp för att hantera konstituerandet utöver det konstituerande, se avsnitt 1.4.2.

pris vill uppnå, enbart med rättsordningens hjälp, om det nu beror på vanmakt eller på de immanenta sammanhangen inom varje rättsordning. Därför ingriper polisen »för att trygga säkerheten» i otaliga fall där det inte föreligger något klart rättsläge, när den inte utan varje samband med rättsmålsättningar som en brutal förolämpning åtföljer medborgaren genom ett av förordningar kringskuret liv eller helt enkelt bevakar honom. I motsats till rätten, som i det till tid och plats fixerade »utslaget» erkänner en metafysisk kategori, genom vilken den blottar sig för kritik, finner man vid studiet av polisinstitutionen ingenting substantiellt. Dess våld är diffust liksom hela dess ingenstans gripbara, överallt utbredda spöklika existens i de civiliserade staternas liv.<sup>195</sup>

Oavsett den värdering Benjamin från sitt revolutionära perspektiv lägger på denna polismakt,<sup>196</sup> sätter han fingret på den ogripbara och diffusa aspekt som den statliga verksamheten genom historien antagit. Denna spöklika existens finner sin grund i förvaltningen som verksamhet. Förvaltningen utgör idag inte bara polisstatens arvtagare, utan dess obrutna fortsättning. Polisstaten är det som utgör statens egentliga kropp, medan delar av den idag har avgränsats och begränsats genom rättsstatens intåg. Rättsstatens och rättssäkerhetens stora framgångar går inte att förneka, men de är endast moment i den enorma ström av handlingar som det offentliga verksamhet ändå utgör.

#### 1.4 TEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER

Det finns två generella situationer som kan möta den som tar sig an att teoretiskt behandla ett vetenskapligt fält. Antingen är fältet

<sup>195</sup> Benjamin, *Försök till en kritik av våldet*.

<sup>196</sup> Och här är inte platsen för en närmare läsning av Benjamins ojämförligt viktiga essä.



överteoretiserat eller hegemoniskt behärskat av en viss teori som alla tillsynes omfattar. Det är i viss mening fallet med den svenska offentligrättsliga disciplinen och förvaltningsrättsvetenskapens allmänna läror. Det andra alternativet är att fältet är underteoretiserat, att det inte lagts så mycket möda på de teoretiska grunderna för disciplinen eller den praktik som disciplinen också omfattar. Detta är, något paradoxalt, också fallet med den svenska förvaltningsrättsvetenskapen.<sup>197</sup>

#### 1.4.1 REALISM

Utgångspunkten för det föreliggande arbetet är att det syftar till att skapa en mer realistisk beskrivning av den offentliga förvaltningen. En central del av den rättsrealistiska traditionen är försöket att skifta fokus från föreställningarna om rätten, vetandet om rätten, till rätten som praktik.<sup>198</sup>

Den traditionella synen på förvaltningen som centrerad kring förvaltningsakten är analog med ett traditionellt konstitutionellt perspektiv som utgår från en monocentrisk och hierarkisk modell för juridiskt tänkande.<sup>199</sup> Att förvaltningsrätten är konkretiserad författningsrätt, det vill säga att den strömmar ut från den skrivna konstitutionens uppställda mål och krav, är en tanke som utvecklades bland annat inom den tyska offentliga rätten efter andra världskri-

<sup>197</sup>Kapitel 2 kommer försöka belägga båda dessa påståenden. Jämför också: »The multiplicity of voices in modern European constitutional scholarship flows primarily from dozens, possibly hundreds, of debates on the diverse topics in constitutional law. However, very few of the contributions to these debates follow or even discuss an explicit theoretical approach, in the sense of either a specific methodological strategy or a general conceptual blueprint for the object of research.» Bogdandy, »The past and promise of doctrinal constructivism», 387.

<sup>198</sup>Den skandinaviska traditionen är inte ensam om dessa försök, se *ibid*, 379ff. Flera svenska rättsvetenskapliga projekt har antagit realistiska positioner, exempelvis i Sara Stendahls avhandling som fokuserar på empiriska studier av rättsfallsmaterial: »In the present work, law is studied under the presumption that law (as a provider of legitimacy) exists in the form of 'legal practices' and 'societal conceptions of justice'. The present study can, thus, be described as a realistic study of law.» Stendahl, *Communicating Justice Providing Legitimacy*, 55.

<sup>199</sup>Se H. Gustafsson, *Dissens*, 16, not 7, *passim*.

get.<sup>200</sup> Det handlar om förvaltningens makt och verkställande av stiftade lagar som springande ur konstitutionen som källa, samtidigt som en kontroll av samma förvaltningsverksamhet består av rättsskydd för den enskilde genom en mängd olika rättighets-, process- och andra konstitutionella regleringar.<sup>201</sup> Denna föreställning om staten med grundlagen i centrum, eller vid pyramidens topp, och där de offentliga verksamheterna som förvaltningen består av på något sätt löper ur eller strålar från denna mitt, är i min mening mer missvisande än den är hjälpsam. Redan en så suveränitetsvänlig teoretiker som Thomas Hobbes illustrerade sin Leviathan som uppbyggd av otaliga kroppar.

Låt oss därför titta närmare på det försök som den skandinaviska rättsrealismen innebar när den försökte gå bortom de naturrättsliga och positivistiska paradigmen som kring sekelskiftet 1900 enligt dem var rådande i den rättsvetenskapliga forskningen. Axel Hägerströms idé om rättens grund är att bakomliggande intressen upprätthåller den positiva rätten som en slöja.<sup>202</sup> För Hägerström är statens konkreta, »faktiska organisation» inte någon illusion. Staten finns ju och sysslar med det allmänna goda. Även om denna statsorganisation inte besitter någon »mystisk vilja», så finns den faktiskt och där finns bland annat »hela den statliga ämbetsmanna-

<sup>200</sup>Se Heuschling, »The Complex Relationship Between Administrative Law and Constitutional Law. A Comparative and Historical Analysis», 530.

<sup>201</sup>Schmidt-Assmann beskriver det som ett »dubbeluppdrag för förvaltningsrätten»: »Das Verwaltungsrecht soll den Bürger gegenüber der Verwaltung in seinen Rechten schützen, die Verwaltung aber rechtlich auch so ausstatten, daß sie ihre Aufgaben wirksam wahrnehmen kann. Der Erfüllung dieses Doppelauftrages dient die Vielfalt der Rechtsvorschriften, Rechtsinstitute, Verfahrens- und Organisationsformen, die das Regelungsgefüge des Verwaltungsrechts ausmachen. Die Verwaltungsrechtswissenschaft muß diese Vielfalt nicht nur verlässlich darstellen und kommentierend beschreiben.» Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, VII. För svenska förhållanden menar Marcusson att konstitutionaliseringen av förvaltningen och förvaltningsrätten huvudsakligen skett vid sidan av grundlagen, Marcusson, »Förvaltningsrätt som konkretiserad författningsrätt», 427.

<sup>202</sup>Hägerström, *Rätten och staten*, 118.

och tjänstemannaklassen, som har till uppgift att direkt arbeta för det helas intresse». <sup>203</sup>

Även för Karl Olivecrona vilar rättsordningen och lagstiftaren på »sambhällsorganisationens fasthet och ämbetsmännens plikttrohet». <sup>204</sup> Men det visar sig snabbt att dessa realister ändå i en viktig mening är idealister i den betydelsen att deras främsta intresse riktas mot föreställningarna, idéerna, som de antar är det som konstituterar rätten i verkligheten. »Rätten [är] en idé om ett system av regler som blir genomfört i verkligheten.» <sup>205</sup> För Hägerström är det rätten, rättsordningen som upprätthålls, som skapar staten och dess makt, inte tvärtom. Resultatet är att Hägerström lutar sig huvudsakligen på innehållet i människornas sinnen.

När man säger att statsmakten som fysisk makt uppehåller rätten, gör man en egendomlig volt i tanken. Det är i stället rätten — dvs. ett visst system av regler för samlevnaden, som ovillkorligt i det hela uppehålls — som skapar statsmakten. Denna vore själv intet, om icke rätten hade kraft i sinnena. <sup>206</sup>

Olivecrona uttrycker samma tanke. Rättsreglernas innehåll är idéer om handlingssätt i tänkta situationer. Rättsreglernas form är imperativ som skall följas. <sup>207</sup> Befallningen (imperativformen) är inget meddelande av ett viljeinnehåll, utan en handling för att påverka någons handlingssätt (ett så kallat fristående imperativ). Befallningen skall direkt påverka viljan och är därmed av suggestiv karaktär. Staten kan dock inte befalla något, eftersom den inte har någon existens utanför dessa människornas föreställningar. <sup>208</sup> Rättsordningen består därför inte av befallningar av staten. Överhuvudtaget består den inte som en skapelse av staten. Staten är istället en skapelse av rättsordningen. »Staten i realistisk mening är en organisation.

<sup>203</sup> *Rätten och staten*, 179f.

<sup>204</sup> Olivecrona, *Om lagen och staten*, 19.

<sup>205</sup> Hägerström, *Rätten och staten*, 215.

<sup>206</sup> *Ibid*, 241.

<sup>207</sup> Olivecrona, *Om lagen och staten*, 27.

<sup>208</sup> *Ibid*, 29f.

Men varje organisation vilar på en samling regler, vilka faktiskt äro effektiva inom en grupp människor.»<sup>209</sup> Den samhällseliga organisationsordningen är det som utgör kraften som ger möjlighet att genom rättsordningen fatta beslut.<sup>210</sup> Olivecrona menar att rättsfilosofin har tagit fasta på formen snarare än innehållet i imperativet. »Vad som tillhör den egentliga juridiken och utgör dess objekt är *innehållet* i imperativerna, alltså handlingsmönstren själva.»<sup>211</sup> Han påpekar att förutom den ideologiska föreställningen om grundlagens regler som ledande till gällande lag, grundar sig makten på organisation och våld. Men organisationen och våldet riktar in sig på »inställningen till grundlagen» och handlar om en »omfattande och oavslutlig psykisk bearbetning».<sup>212</sup> Våld och tvång skyddar inte bara rätten, rätten skapas genom våldet och tvånget.<sup>213</sup>

Alf Ross håller inte med om att våldet och rädslan för detsamma är vad som upprätthåller rätten. Rättsnormernas förhållande till tvånget är att de angår användning av tvång, inte att de genomdrivs med tvång.<sup>214</sup> Laglydnaden i gemen är inte resultatet av hot om straff eller egentliga moraliska föreställningar, utan ett slags automatisk lydnad som Ross kallar den formella eller institutionella rättsövertygelsen (*retsbevisthed*).<sup>215</sup>

Här skall erkännas att det är en skillnad på översinnliga föreställningar (metafysik i Hägerströms terminologi), som de skandinaviska realisterna främst vände sig mot, och föreställningar som innehåll i våra medvetanden. Men problemet med en realism som håller just föreställningar som antingen den primära grunden, eller

<sup>209</sup> Ibid, 34.

<sup>210</sup> Hägerström delar denna idé om att samhället självt inte kan ta några beslut och därmed inte befalla något eftersom det inte finns som något primärt. Kraften som upprätthåller rättsordningen kommer från de föreställningar om översinnliga rättigheter som i sin tur kommer ur religiösa föreställningar om gudars hämnd. Dessa föreställningar förstärks av det faktiska upprätthållandet av straff och exekution, Hägerström, *Rätten och staten*, 243f.

<sup>211</sup> Olivecrona, *Om lagen och staten*, 51.

<sup>212</sup> Ibid, 66.

<sup>213</sup> Ibid, 130.

<sup>214</sup> Ross, *Om ret og retfærdighed*, 67.

<sup>215</sup> Ibid, 69.

som det alltid avgörande mellanledet (exempelvis mellan intressen och handling), är att den bortser från det materiella.

Faktum är att den skandinaviska rättsrealismen är fullständigt upptagen av det den kallar »metafysiken», till den grad att just metafysiken utgör det egentliga studieobjektet snarare än rättsordningen själv. Ross skriver att »en realistisk retskildelære [må] være en lære om den ideologi der faktisk besjæler domstolene, faktisk motiverer dem i deres søgen efter de normer der lægges til grund for afgørelserne, og som derfor må udfindes gennem et studium af domstolenes faktiske handlemåde». <sup>216</sup> Här ser vi spänningen mellan föreställningarna som objekt och handlingarna som objekt. De senare blir ändå i slutändan bara medel så som objekt för att vetenskapligt försöka nå till de mentala fenomenen. Rätten måste förstås som en hypotes »om en vis ideologi der besjæler dommeren og motiverer hans handlinger». <sup>217</sup> Rättsrealisternas teorier blir därmed teorier där idéerna är rättens grund. Det är föreställningarna som upprätthåller rätten, vilka drivs av intressen, men det är inte någon egentlig praktik, några handlingar eller någon verksamhet som identifieras som rättsordningens grund.

För att närma oss frågan om den materiella grunden, och därmed utveckla det realistiska projektet i riktning mot en mer materialistisk teori måste vi vända oss till juridiska teorier som tar sin utgångspunkt i handlingar snarare än föreställningar. Det vill säga gå vidare från upptagenheten vid föreställningarna, till ett perspektiv som beaktar den konkreta verksamheten.

#### 1.4.2 SUVERÄNITET OCH FÖRVALTNING

Enligt Foucault har den västerländska juridiken fokuserat på kungen och dennes rättigheter, hans makt och andras motsvarande skyldigheter. <sup>218</sup> Detta fokus på den centrala maktens utövande genom

<sup>216</sup> *Om ret og retfærdighed*, 123.

<sup>217</sup> *Ibid*, 50.

<sup>218</sup> »Med andra ord tror jag att den centrala personen inom hela den västerländska juridikens uppbyggnad är kungen. Det är kungen det gäller; det är kungen, hans rättigheter, hans makt och de eventuella gränserna för hans makt som det i själva

sina underlydande organ, är det traditionella suveränitetsperspektivet på den offentliga rätten. Det genomsyrar hela den offentliga rätten internt; från konstitutionella frågor som var makten över staten kommer ifrån, vilken som är den legitima källan till den utövade suveräniteten, ända ner till förvaltningsärendets särdrag att vara en vertikal relation mellan stat–medborgare istället för en horisontell relation mellan två förmodat jämlika parter. Men det utgör också den generella kvalité som skiljer ut offentligrätten från privaträtten, och fungerar därmed som ett externt verkande kriterium.

Är då detta hierarkiska och monocentriska perspektiv lämpligt för att förstå den offentliga förvaltningens natur? Thanos Zartaloudis har påpekat hur frågan om maktens karaktär är en av de viktigaste trådarna eller uppgifterna som Giorgio Agamben plockar upp från Foucaults verk. Det avgörande i statens makt utgörs inte av dess antagna kärna, suveräniteten, utan i den administration som realiserar makten:

If sovereign power is absolute (that is, it needs nothing other than its being sovereign), why does it require secondary causes, intermediaries and administrators (the Church, the institutions of the State, lawyers, judges and so forth)? Why does the foundation require (but does not need, if it is to be properly absolute) its managerial glorification through secondary causes and powers? The only appropriate answer is that there is no substance, essence or absolute sacred body in the so-called plane of the foundation. In other words, this is tantamount to saying that the sovereign throne has always been conceived as an empty throne and doctrinal and administrative apparatuses attempt to do nothing else than to silence this fact.<sup>219</sup>

verket är fråga om i det västerländska juridiska systemets allmänna ordning. Juristerna må ha varit kungens tjänare eller hans motståndare; i det juridiska tänkandets och vetandets stora byggnad är det ändå alltid den kungliga makten det är fråga om.» Foucault, »*Samhället måste försvaras*», 39.

<sup>219</sup>Zartaloudis, *Giorgio Agamben*, 7.

Agambens tes är alltså att i det centrum från vilket den suveräna makten, statens makt att befalla, antas komma finns ingenting.<sup>220</sup> Tronen är tom, och det som återstår som ett verkligt mysterium är istället alla de apparater, byråkratier och verksamheter som omger denna tron. Istället måste makten alltså studeras »utanför det fält som begränsas av den juridiska suveräniteten och statens institution; det handlar om att analysera den utifrån herraväldets tekniker och taktiker.»<sup>221</sup> Det är därmed inte bara så att suveräniteten inte konstituerar samhällets celler, det finns ingen suveränitet, bara praktiker.<sup>222</sup> Maktens centrum är tomt och utgör bara en fantasm kring vilket vi föreställer oss makten existera.

Detta är alltså *suveränitetens problem*, vilket därmed varit rättsteorins problem. Detta har varit det centrala rättsproblemet eftersom funktionen har varit att »upplösa herraväldets faktum inom makten» till förmån för »å ena sidan suveränitetens legitima rättigheter, å andra sidan de underlydandes lagliga skyldigheter».<sup>223</sup>

<sup>220</sup>»The ambiguity that consists in conceiving government as executive power is an error with some of the most far-reaching consequences in the history of Western political thought. It has meant that modern political thought becomes lost in abstractions and vacuous mythologems such as the Law, the general will, and popular sovereignty, and has failed to confront the decisive political problem. *What our investigation has shown is that the real problem, the central mystery of politics is not sovereignty, but government; it is not God but the angel; it is not the king, but ministry; it is not the law but the police—that is to say the governmental machine that they form and support.*» Agamben, *The Kingdom and the Glory*, 276.

<sup>221</sup>Foucault, »*Samhället måste försvaras*», 46.

<sup>222</sup>Jämför Max Webers begrepp »regering» för den offentliga verksamhet som återstår vid sidan av lagstiftning och rättskipning, Brännström, *Förrättsligande*, 278. Han skriver också: »In a modern state real rule, which becomes effective in everyday life neither through parliamentary speeches nor through the pronouncements of monarchs but through the day-to-day *management of the administration*, necessarily and inevitably lies in the hands of *officialdom*, both military and civilian.» Weber, »Parliament and Government in Germany under a New Political Order», 145.

<sup>223</sup>Foucault, »*Samhället måste försvaras*», 41. Loick påpekar att Foucault uppmärksammade oss på att de flesta suveränitetskritiska diskurser också reproducerar suveräniteten som idé, Loick, *A Critique of Sovereignty*, 124f.

Det verkliga mysteriet som idag behöver konfronteras är inte den suveräna makten eller lagen, utan förvaltandet. Precis som den politiska filosofin varit problematiskt upptagen med lagens förmodade grund eller källa har den konstitutionella rätten antagit denna källa som sitt paradigm. Längst ned i kedjan har förvaltningsrätten formerat hela sitt tänkande kring ett suveränt beslut i mikroformat – förvaltningsakten. Lagstiftarens intention och suveräna beslut har därmed utgjort den enda försvarbara utgångspunkten inom den demokratiska ideologins ramar för att förstå lagens legitimitet.

Detta är fortfarande helt centralt då makten är på samma gång helt närvarande och helt försvunnen i den politiska ordning och ideologi som vår stat, samhälle och rättsordning vilar på. Statens handlande är rättstillämpning och lämpliga goda åtgärder, kapitalets handlande är fria val på en marknad, de enskildas handlingar är individuella val inom rättsordningens ram. Denna ideologi upphäver maktens närvaro i den offentliga rätten.

Samtidigt har den konstitutionella rättens småsyskon – förvaltningsrätten – i skymundan gnetat på med att hantera just dessa enskilda beslut, de konkreta verkställande handlingarna som antas emanera från lagens konstitutionella centrum. Men även förvaltningsrätten har som disciplin varit förblindad av den suveräna logikens strålgång och har behandlat sitt objekt (den offentliga förvaltningen) som om dess beslut och handlingar bara utgjorde ett verkställande. Det innebär att inte heller förvaltningsrättsvetenskapen har lyckats ta itu med det centrala mysteriet; mysteriet som inte är lagen utan handlandet, som inte är konstitutionen utan förvaltningen som konkret verksamhet.

Det denna studie är upptagen av är inte suveränitetens problem, utan *förvaltningens problem*. Om suveränitetens problem är att fastställa (kungens) maktens legitimitet och gränser är problemet här att fastställa förvaltningens realitet som praktik. Foucault påpekar att när han talar om rätten menar han »inte bara lagen, utan hela den mängd apparater, institutioner och regelverk som tillämpar rätten». <sup>224</sup> Även om det är ett steg framåt att notera att lagen bara får

<sup>224</sup>Foucault, »Samhället måste försvaras», 40.



realitet genom dess tillämpande av »apparater, institutioner och regelverk», krävs det att vi går ett steg längre. Lagen har ingen existens utan just dessa apparater och deras verksamhet. Rättsmaskineriet eller förvaltningsverksamheten är helt primär i relation till lagen. Förvaltningsverksamheten handlar inte primärt om att tillämpa rätten eller lagen. Verksamheten är det som konstituerar lagen, inte tvärtom.<sup>225</sup>

Ett sätt att fånga den skillnad mellan suverän makt och förvaltningens makt är att skilja mellan *potestas* och *potentia*.<sup>226</sup> Medan *potestas* är makt som här rör sig inom ett paradigm av befallning, är *potentia* förmågan att kontrollera statens resurser på ett framgångsrikt sätt. *Potestas* är »makt att» medan *potentia* är »makt över», förmåga eller kraft att göra något.<sup>227</sup> Förvaltningens *potentia* är den centrala delen av den konstituerande makten. Tillsammans med medborgarnas samarbete, som samtycker genom att samverka med det offent-

<sup>225</sup>Rätten blir här inte enbart de avgöranden som görs inom ramen för domstolsväsendet eller i överklaganden, det vill säga klassisk rättstillämpning. Det faktiska handlandet, och förvaltningshandlandet som helhet, är inte bara *rättstillämpning*, det är *rätt* i den meningen att det utgör just de processer vi är underkastade och som det offentliga handlandet utgör. Här vore ett begrepp som »rättsförvaltning» kanske mer lämpligt. (Tack till min handledare Håkan Gustafsson för detta förslag.) Man behöver inte läsa »underkastelse» som förtryck, jag tror med Foucault att vi just inte bör göra sådana förenklade läsningar av rättens funktioner. Men tjänstepersonens handlande är kanske inte lämpligast att förstå som ett »suveränt handlande» (som jag har läst det tidigare, se Johansen, »Tjänstemannens suveränskap») utan som ett handlande som, precis som det mer eller mindre följ samma beteendet hos den enskilda, är en *underkastelse* av rätten och därmed dess kontinuerliga rekonstruktion. Rätten skapas i beteendet som är att följa den, och det innefattar lika glupskt de positivt stiftade reglerna som de informella normerna och den *praxis* som förvaltningshandlandet med nödvändighet skapar och samtidigt är underkastat. Att inta ett ämbete, att vara i tjänst, är att underkasta sig de normer som gäller för denna position.

<sup>226</sup>Begreppsparat *potential/potestas* är ett arv från den romerska rätten, senare utvecklat inte minst i Spinozas arbete *Tractatus Politicus*, se exempelvis Spinoza, *Complete works*, 676 särskilt not 4. I det följande kommer dock inte Spinozas teori eller den romerska rättens distinktioner diskuteras, utan Loughlins användning av begreppen vara utgångspunkten.

<sup>227</sup>Martin Loughlin, »Santi Romano and the institutional theory of law», xxvii.

ligas representanter, realiseras och reproduceras staten.<sup>228</sup> Denna maktgenererande aspekt av den offentliga rätten hänger ihop med dess relationella struktur. Makten genereras i relationen mellan olika delar av det offentlighetsliga systemet. Denna *potentia* kan bara på allvar förstås som effekten av det samfälliga handlande som förvaltningsverksamheten utgör. Den administrativa statens framväxt bygger på en successiv förstärkning av *potentia* och en försvagning av *potestas*, vilket i sin tur innebär att en juridisk logik centrerad kring legalitet/illegalitet ersätts av en disciplinär logik kring proportionalitet. Loughlin menar att den grundläggande typen av lag i den administrativa staten därmed är en slags disciplinär lag, driven av rationalitet kring mål och medel. *Potentia* tar över från *potestas*.<sup>229</sup>

I linje med detta resonemang blir denna objektiva lag<sup>230</sup> den styrande logiken, där det sociala målets realiserande är den legitimerande faktorn för alla myndigheters administrativa verksamhet. Verksamheterna strävar efter att realisera detta mål, och bygger inte primärt på den »auktorerande kedjan» folk-suverän-tjänstepersoner-medborgare.<sup>231</sup> Det är alltså *potentia*, inte *potestas* som blir den avgörande och verkliga makten i staten.<sup>232</sup> Förvaltnings-

<sup>228</sup> *Foundations of Public Law*, 11.

<sup>229</sup> *ibid*, 459f. Jämför också att även den internationella rätten har flyttat sig till ett funktionalistiskt paradig, där »befolkningens välfärd» blir det övergripande sociala målet, Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, 196, 199

<sup>230</sup> Som fått olika uttryck: »Under modern conditions, Rousseau's 'general will' is converted into a variety of surrogate formulae: 'the greatest happiness of the greatest number' (Bentham), 'the promotion of social solidarity' (Duguit), 'provision for existence' (Forsthooff), or even, simply, the network's point of optimality.» Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 461.

<sup>231</sup> *Ibid*, 461f.

<sup>232</sup> »The conceptual distinction between a power of general ordering (*ratio gubernandi, ordinatio*) and an executive power appears in the field of theology before it does in politics. ... What Schmitt calls the 'legislative State,' that is, the modern rule of law in which every activity of government presents itself as an application and execution of a law enforced impersonally, is, in this perspective, the extreme outcome of the providential paradigm, in which Kingdom and Government, legitimacy and legality coincide.» Agamben, *The Kingdom and the Glory*, 135f. Agamben menar att här ligger kärnan i de västliga demokratiernas samtida problem, ge-

verksamheten är primär i relation till förvaltningsrätten på motsvarande sätt som (stats)folkets faktiska medverkan till den politiska ordningen upprätthållande är den primära konstituerande kraft på vilken staten såsom styrande/regerande makt vilar. Dessutom är det i det senare (statens existens som konstituerad makt) så att förvaltningsverksamheten i bred mening intar en särskild plats som den viktigaste materiella grunden för statens upprätthållande.<sup>233</sup>

The message to be drawn is that state power should be seen not only in terms of command (*potestas*), but also from the perspective of co-optation and normalization. And normalization, the shaping of obedient and productive subjects, becomes a precondition for enabling the state to realize its ability actually to control resources (*potentia*). State power is not simply a function of state structure; it is also a function of state infrastructure. This complicates the picture, especially from a legal perspective: in place of a clear, symmetrical, rule-based constitutional structure, we are obliged to examine a complex arrangement of government in which

nom ett teologiskt arv förmedlat via Rousseau: »The most nefarious consequence of this theological apparatus dressed up as political legitimation is that it has rendered the democratic tradition incapable of thinking government and its economy (today one would instead write: economy and its government, but the two terms are substantially synonymous). On the one hand, Rousseau conceives of government as the essential political problem; on the other hand, he minimizes the problem of its nature and its foundation, reducing it to the activity of the execution of sovereign authority. The ambiguity that seems to settle the problem of government by presenting it as the mere execution of a general will and law has weighed negatively not only upon the theory, but also upon the history of modern democracy. For this history is nothing but the progressive coming to light of the substantial untruth of the primacy of legislative power and the consequent irreducibility of government to mere execution. And if today we are witnessing the government and the economy's overwhelming domination of a popular sovereignty emptied of all meaning, this perhaps signifies that Occidental democracies are paying the political price of a theological inheritance that they had unwittingly assumed through Rousseau.» *The Kingdom and the Glory*, 277.

<sup>233</sup>Jämför Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 231f.

local and non-public bodies play important roles and where knowledge and power flows are no longer linear but recursive. The activity of governing takes shape not as a tripartite structure of legislature, executive, and judiciary, but as an elaborate administrative network of persons, institutions, practices, and processes involving a mixture of public roles.<sup>234</sup>

Foucaults poäng, som Loughlin här utvecklar, är att den moderna staten blir upptagen av vissa tekniker som utvecklar infrastrukturen, i en horisontell mening, snarare än att försöka stärka den vertikala befälsmakten.<sup>235</sup> Makten vilar inte på order uppifrån och ned, utan på kontroll över den komplexa verksamheten genom det styrningsparadigm som kom att kallas politi och som diskuteras närmare i avsnitt 1.3.4.

#### 1.4.3 SAMFÄLLT HANDLANDE OCH KONKRET ORDNING

Hannah Arendt beskrev de arbetande intellektuella, det vill säga tjänstemännen, som »ett tjänstefolk som upprätthåller ... de otaliga byråkratiska jätteapparater som tjänar och behärskar det moderna samhället».<sup>236</sup> Makt är nödvändigt för att förstå förvaltningen, och makt för Arendt är något annat än våld och något annat än

<sup>234</sup>Ibid, 416.

<sup>235</sup>»Foucault thus argues that *potentia* is the distinctive characteristic of the modern state. Hence, the modern state is born only 'when governmentality becomes a calculated and reflected practice', and only at this moment is it recognized that the sovereign's task 'is not that of God in relation to nature, or of the soul in relation to the body, or of the pastor in relation to his flock, or of the father in relation to his children.' The sovereign's task 'is absolutely specific: it consists in governing'. This singular art of government is concerned with 'restoring, maintaining, distributing, and re-establishing relations of force within a space of competition that entails competitive growths'. Externally, the distinctive state techniques are those needed to maintain a European balance of power in the context of inter-state competition; internally, it is that of police (*Polizei*).» ibid, 168, refererar till Foucault, *Security, Territory, Population*.

<sup>236</sup>Arendt, *Människans villkor*, 134.

styrka (som vi alla besitter en viss, relativt konstant, mängd av). Statens makt grundar sig inte på dess våldsmonopol, utan på den makt som genereras i den mänskliga samlevnaden. »Den enda rent materiella förutsättning som ovillkorligen är nödvändig för alstrande av makt är själva den mänskliga samlevnaden. Makt kan endast uppstå i ett med-andra som är tillräckligt tätt för att ständigt hålla möjligheten till handlande öppen.»<sup>237</sup> Det som ligger till grund för detta samfällda handlande är att en viss organisation av denna mänskliga samlevnad fortlever.<sup>238</sup> Leila Brännström har påpekat att staten ofta framställs som »ett monolitiskt objekt, som de sociala processernas utgångspunkt snarare än utfall och som de mänskliga handlingarnas ursprung snarare än effekt».<sup>239</sup> Cornelia Vismann skriver om 1800-talets generalisering av statens handlande till en mångfald nya kroppar, som samlas i ett föreställt supersubjekt.<sup>240</sup>

Medan den suveräna maktens utövande i den tidiga staten utgick från monarkens egen person, och de facto växte fram som en del av dennes makt i sitt eget hus-håll (vilket skulle växa till att bli hovstaten och med tiden den centrala regeringsmakten) är den princip, som fortfarande idag genomsyrar offentlighetsrätten, vid denna tidiga period inte helt felaktig. Då statens verksamhet stod suveränen så nära, både personellt och geografiskt, var det ett mer lämpligt tolkningsraster att förstå

<sup>237</sup>*Människans villkor*, 273. Se också Loughlin apropå de franska institutionalisterna: »Hauriou and Romano were both able to isolate and identify the key point, which is that states are founded not on violence but on power. Whatever violence may have been involved in the foundation of the state, the authority of the norm is a function of the power that any order is able to generate.» Martin Loughlin, »Santi Romano and the institutional theory of law», xxvii

<sup>238</sup>Arendt påpekar att det som vi idag kallar »organisation» är makt, i den meningen att det är det som håller samman en grupp människor när »det flyktiga ögonblicket av samfäll handling är förbi». Arendt, *Människans villkor*, 273. Duguit har gjort en liknande poäng: »The basis of public law is therefore no longer command but organization.» Duguit, *Law in the Modern State*, 49. Jämför också Latour, *The Making of Law*, 275.

<sup>239</sup>Brännström, *Förrättsligande*, 16f.

<sup>240</sup>Vismann, *Lagen och arkivet*, 218f.

offentlighetsrätten och statens verksamhet som sprungen ur detta centrum. Idag har verksamheten, inte minst när den under det senaste seklet vuxit explosionsartat (bland annat genom övertagandet av många tidigare privat organiserade verksamheter, men också genom uppfinnandet av nya), definitivt tagit över staten som det primära.<sup>241</sup>

Det som ligger till grund, som utgör det materiella substratet om man så vill, för sociala organisationer som stater eller myndigheter är handlande. Men inte bara adderade individuella handlingar, utan just handlingar som är samfälliga, som pågår tillsammans. Formen för dessa mångfaldiga handlingar är en viss organisation, som också är en produkt av dessa handlingar. Den dialektiska relation i vilken handlingarna konstituerar verksamheten och organisationen, medan verksamheten är den ram inom vilken handlingarna får sin mening och effekt, blir det nödvändiga perspektivet. Därmed krävs ett teoretiskt perspektiv som är institutionellt fokuserat.<sup>242</sup> Loughlin har formulerat det som att det primära är verksamheten som en tjock väv av praktiker där normerna är abstraktioner av det etiska liv som verksamheten utgör.<sup>243</sup>

<sup>241</sup>Ibid, 169f.

<sup>242</sup>Thomas Bull har påpekat bristen på »institutionella studier» i den svenska rättsvetenskapen och att sådana ofta överlätits till andra samhällsvetenskapliga discipliner. »Den rättsvetenskapliga forskningens närmast reflexartade fokusering på sådant som kan tänkas prövas i domstol utgör härvidlag en intellektuell blockering som borde kunna övervinnas. Yngre rättsvetares forskning tyder möjligen på att en viss förändring är på gång.» Bull, *Fundamental fragment*, 6. Här måste dock skiljas på neo-institutionalism som representeras av bland annat Weinberger och MacCormick och en institutionalism inspirerad av Hauriou och Romano; jag sällar mig till den senare traditionen. Se Martin Loughlin, »Santi Romano and the institutional theory of law», xxiv; Romano, *The Legal Order*.

<sup>243</sup>»But the norms in themselves are abstractions: they are formal abridgements of more thickly textured ways of living that we might call ethical (*Sittlich*). As has been argued, political power is generated only through such ethical engagement. Political power, then, is not an empirical phenomenon identified through causal laws; it is a dynamic energy generated through modern political formations—that

Begränsningarna som den skandinaviska realismen pekade ut hos formalistiska eller positivistiska beskrivningar av rättsordningen som ett system av normer uppbyggt av sig själv, delar grundläggande perspektiv med den kritik av den liberala rättsstatens självförståelse som Schmitt utvecklade. Schmitt frågar sig om inte »genuint juridiskt tänkande» i varje fall i den offentliga rätten måste vara »begreppsligt realistiskt». <sup>244</sup> Försöken att begränsa rättens innehåll till de positiva normerna (Hans Kelsen) eller att föreställa sig staten som helt och hållet en rättsligt styrd verksamhet (liberal rättsstat) missar den grundläggande politiska grunden för denna ordnings existens. <sup>245</sup>

Schmitt definierar rättsstatens karakteristika i idén om absolut frihet för individen, begränsad frihet för staten, kravet på lagstöd för ingrepp i den enskildes rättssfär, möjligheten att bestämma alla uttryck för statlig makt (en klar befogenhetsstruktur grundad i normer), domarnas självständighet, att hela statslivet blir underkastat generella juridiska former. <sup>246</sup> Det avgörande här blir alltså ett slags allomfattande juridifiering av statens hela verksamhet:

The fully realized ideal of the bourgeois Rechtsstaat culminates in the conformity of the entire state life to *general judicial forms*. Under this Rechtsstaat ideal, there must be a procedure for every type of disagreement

is, through assemblages of practices.» Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 219.

<sup>244</sup>Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, 44.

<sup>245</sup>Denna politiska grund som utgör basen i *Constitutional theory* och utvecklas också i hans mest välkända verk, *Det politiska som begrepp*, som bör läsas som en integrerad del av Schmitts politiska och konstitutionella teori, Böckenförde, »Det politiska som begrepp, en nyckel till Carl Schmitts statsrättsliga verk», 9.

<sup>246</sup>Schmitt, *Constitutional theory*, 173ff, 195. »A state is a Rechtsstaat only when the entire administrative activity, in particular the police, stands under the reservation and priority of the statute and when intrusions into the individual's sphere of freedom are permitted only on the basis of a statute. The principle of the legality of administration becomes the distinguishing mark. The guarantee of bourgeois freedom lies consequently in the statute.» *ibid*, 174.

and dispute, whether it is among the highest state officials, between officials and individuals, or, in a federal state, between the federation and the member states or among member states, without regard for the type of conflict and object of dispute, a process in which decisions are reached according to a procedure in accordance with legal forms.<sup>247</sup>

I polemik med denna föreställning om staten som utgående från normer som bestämmer juridiska former för det samhällsliga livet utvecklar Schmitt sin teori utifrån begreppet »det konkreta ordningstänkandet». Varje juridiskt tänkande består i att hantera tre aspekter eller fenomen: 1) regler, 2) beslut och 3) konkreta ordningar och formationer. Dessa tre medel och perspektiv är utgångspunkten och Schmitt menar att varje juridiskt tänkande utöver att tänka genom dessa begrepp också tar något av dem som sin utgångspunkt för att grunda rätten. Antingen är rätten i grunden en *norm*, ett *beslut* eller en *konkret ordning* och de övriga härleds på ett eller annat sätt från denna grund.<sup>248</sup> Spänningen mellan normativism och decisionism accentueras i olika grad beroende på den historiska situation som rättsvetare befinner sig i.<sup>249</sup> Normativisterna fokuserar helt på den begreppsliga strukturen och uppfattar rätten som en alltigenom formell och normativ struktur. Decisionisterna å andra sidan betraktar lagen helt från ett perspektiv som fokuserar på suveränens roll.<sup>250</sup> Som tredje alternativ utvecklar Schmitt det konkreta ordningstänkandet som en slags mellanväg eller kombination av normativism och decisionism. Grunden för det konkreta ordningstänkandet är en teori om institutioner som grundar sig i och samtidigt upprätthåller en normalitet.

<sup>247</sup>Ibid, 176.

<sup>248</sup>*On the Three Types of Juristic Thought*, 43.

<sup>249</sup>Ibid, 73.

<sup>250</sup>Croce och Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, 33. Dessa skiftande ontologiska val utgör en rörelse som påminner om svängningarna mellan utopi och apologi som Martti Koskenniemi teoretiserat inom den internationella rätten, Koskenniemi, *From Apology to Utopia*.



Det konkreta ordningstänkandet är både en rättsfilosofisk teori om rättens yttersta grund och en rättslig metod. Rättens yttersta grund är enligt det konkreta ordningstänkandet inte en hypotetisk eller faktisk norm och inte heller ett godtyckligt beslut, utan överpersonliga institutioner och konkreta, befintliga, livsformer. Metodologiskt innebär det konkreta ordningstänkandet ett rättstänkande orienterat mot sakförhållanden och socialt förankrade idéer om normalitet och moralitet.<sup>251</sup>

Denna normalitet är inget som etableras av de positiva normerna eller bara som vanor och regelbundenheter.<sup>252</sup> Genom att välja ordningen som grunden och vägen för att härleda de övriga blir hans juridiska tänkande därmed ett slags rättslig sociologi och ontologi som analyserar samhället och rättsliga institutioner som socialt konstruerade och historiska fenomen.<sup>253</sup> Ett institutionellt sätt att förstå staten är för Schmitt att inte betrakta den som system av normer eller ett rent suveränt beslut, utan en institution av institutioner. I denna superinstitution återfinner vi många andra autonoma institutioner.<sup>254</sup> I sitt tidigare verk *Verfassungslehre*<sup>255</sup> utvecklar Schmitt en konstitutionell teori baserad på ordningstänkandet. Denna författningsverkklighet (*Verfassungswirklichkeit*) hänvisar till den konkreta grunden och innehållet i ett lands konstitution, framför att fokusera på vem som i formell mening innehar makten.<sup>256</sup>

<sup>251</sup>Brännström, »Suveränitet och konkret ordningstänkande», 107.

<sup>252</sup>»They are the basic *substance* of any institutional context, a 'concrete inner order' which is made up of routines and reiterations in the light of precise standards. A rigid legal code consisting of formal fact-types would ruin this substance.» Croce och Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, 37

<sup>253</sup>Seitzer och Thornhill, »An Introduction to Carl Schmitt's Constitutional theory: Issues and Context», 7f.

<sup>254</sup>Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, 88.

<sup>255</sup>På engelska *Constitutional theory*.

<sup>256</sup>Enligt Mariano Croce och Andrea Salvatore rörde sig Schmitt under 1920- och 30-talet från en decisionistisk teori till en mer institutionell, Croce och Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, 3, passim. De menar att *Constitutional*

Även om Schmitts teori är inriktad på att upprätthålla och försäkra ett konservativt, homogent och stabilt samhälle där den sociala ordningen filtreras genom en suverän ledare och underlydande domare och tjänstemän,<sup>257</sup> behöver dess deskriptiva och analytiska verktyg inte bortses från bara för att man bekänner sig till en annan normativ vision om samhället. Även om man inte erkänner existensen av ett enat folk som kan ta politiska beslut, försvinner dock inte det faktum att en viss stats konstitution är resultatet av politiska beslut. Dessa politiska beslut, och framförallt den kontinuerliga reproduktionen och upprätthållandet av konstitutionen, är inte nödvändigtvis resultatet av något enat folks gemensamma vilja. De är dock resultatet av ett kollektivt handlande, som trots sina inneboende motsättningar, kontingens och alltid bräckliga natur, ändå i praktiken upprätthåller en viss konstitution.<sup>258</sup>

Normaliteten skapas genom att personer agerar i sina sedvanliga roller enligt en etablerad praxis.<sup>259</sup> Det konkreta ordningstänkandet ser alltså inte ordningen som bestående av regler eller normer, utan tvärtom normerna som härledda ur ordningen.<sup>260</sup> Normativismen, som utgår från normerna som rättens grund och bland annat tagit sig uttryck i den liberala rättsstatsideologin, bestrider det faktum att rätten är både norm och beslut men framförallt ord-

*theory* utgör ett slags mellanled mellan Schmitts decisionism och institutionalism där Schmitt fokuserar på en substantiell konstitution, *ibid*, 26. Schmitt rör sig under sin »institutionella vändning» från ett fokus på principer och värden grundade i sociala praktiker och som inkorporeras i konstitutionen, till konkreta institutioner som bär upp den sociala kontexten i en given politisk gemenskap, *ibid*, 27f. Brännström beskriver Schmitts institutioner som »sedimenterade sociala formationer som rätten ... bör återspegla och beskydda.», Brännström, »Suveränitet och konkret ordningstänkande», 108.

<sup>257</sup>Croce och Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, 60f.

<sup>258</sup>Frågan om detta handlandes grund i primärt klasskonflikter ligger utanför området för denna studie.

<sup>259</sup>»For Schmitt, both judicial decisions and legal norms are intrinsically related to the social fabric within which they have emerged and in which they operate.» Brännström, »Carl Schmitt's definition of sovereignty as authorized leadership», 25; Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, 46, 56.

<sup>260</sup>*On the Three Types of Juristic Thought*, 48.

ning.<sup>261</sup> Schmitts grundläggande poäng här ligger i lagens oförmåga att tillämpa eller verkställa sig själv. Även den oberoende domarens dömande grundar sig i att en konkret person är utsedd inom ramen för en viss organisation och verkar därifrån.<sup>262</sup>

I en sådan ordning – och Schmitt exemplifierar med bland annat makar i ett äktenskap, familjemedlemmar i en familj, prästerna i en kyrka, kamrater i ett arbetsläger och också tjänstemän i en stat – finns en ordning vars essens inte kan uttömmas i en normmässig standardisering och reglering.<sup>263</sup> Apropå 1800-talets vurm för positivistiskt tänkande påpekar Schmitt att denna positivism bara var möjlig på grund av en normal och relativt stabil situation i länder som Frankrike och Tyskland. Det var på grund av dessa stabila ordningar som det juridiska tänkandet och lagtolkningen kunde anamma de positivistiska idealen på ett så framgångsrikt sätt.<sup>264</sup> Normer är dock inte rena fiktioner eller irrelevanta, men de är inte primära i relation till ordningen. För Schmitt kräver den konkreta ordningen sitt komplement i en ledarprincip (*Führergrundsatz*) som fungerar som en övergripande auktoritet som bestämmer denna ordning samtidigt som ordningen själv utpekar denna suveräna position.<sup>265</sup> Suveränen utgör garant för och är uttolkare av den socialt erkända normalitet som rättsordningen vilar på.<sup>266</sup> Brännström

<sup>261</sup> *On the Three Types of Juristic Thought*, 50.

<sup>262</sup> *Ibid*, 51.

<sup>263</sup> *On the Three Types of Juristic Thought*, 54; Brännström, »Suveränitet och konkret ordningstänkande», 108.

<sup>264</sup> Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, 66.

<sup>265</sup> Som vi kommer se i avsnitt 2.4 lägger Reuterskiöld fram en liknande teori som han benämner »suveräniteten hos ett organ».

<sup>266</sup> I sin hänvisning till den vid tiden för skrivandet växande nationalsocialistiska jurisprudensen och dess effektiva användning av generalklausuler går Schmitt över i en uppskattande värdering av denna utveckling, *On the Three Types of Juristic Thought*, 90ff. Det »nya juridiska tänkandet» som utvecklas i bland annat straffrätten och skatterätten baserar sig på upplösningen mellan allmänna och speciella delar, och överlag ett lämnande av abstrakta generella normer till förmån för »the concrete reality of life relationships» *ibid*, 93. Han ser ett helt nytt juridiskt tänkande växa fram, baserat i tredelningen mellan stat, rörelse och parti – en jurisprudens för ett nytt århundrade. *ibid*, 98 Här finns inget behov av att värdera den nazistiska rättsvetenskapen eller -praktiken. Det är en väsentlig skillnad på

påpekar att för Schmitt upphävs i någon bemärkelse distinktionen mellan institution och ledarskap: »I en institution upprätthålls ingen strikt åtskillnad mellan normbaserad jurisdiktion och faktiskt ledarskap.»<sup>267</sup> Schmitts normalitet hänger samman med idén om lagen som skyddande och hållande av majoritetens praktik – realiserat i det medhållande som acklamationen (folkets jakande till suveränens beslut) ger. För Schmitt är direkt identitet mellan folk och stat aldrig möjlig, utan representation mellan folk och stat kräver en suverän instans. Alla stater innehåller därmed någon form av representation.<sup>268</sup>

»konkret ordning» och »ordningstänkandet» – det senare är det teoretiska och juridiska tänkande som uppfattar det tidigare som det centrala för rättsordningen. Ordningstänkandet är i Schmitts verk också ett verktyg i det politiska projektet att bygga upp det Tredje riket. En värdering av den rättsvetenskap som beskrev upplösningen av rättsstaten som den nazistiska rätten innebar ligger utanför detta arbete. Men en realistisk teori, det vill säga ett konkret ordningstänkande, om det som faktiskt utgör en konkret ordning i det samhälle där rättsvetaren befinner sig kan knappast vara sämre än en idealistisk eller orealistisk positivism eller decisionism. Samma gäller då för det samhälle detta verk skrivs i – en realistisk beskrivning av rätten har ojämförligt större värde och är mindre av ett verktyg i maktens tjänst, än en normativistisk eller positivisk beskrivning av den samtida rätten. Värderingen av huruvida den faktiska rättsordningen är, för att uttrycka sig lite banalt, bra eller dålig kräver en sådan analys. Angående den offentliga rätten i Tredje riket, se Stolleis, *Public Law in Germany*, kapitel 12.

<sup>267</sup> Brännström, »Suveränitet och konkret ordningstänkande», 109. Här kan kort påpekas att flera författare försöker använda sig av Schmitts teoretiska ramverk men låta det arbeta för mer demokratiska syften. Chantal Mouffe är kanske den mest namnkunniga filosofen som använt Schmitt för ett projekt i den andra änden av den politiska skalan, Mouffe, *Om det politiska*. Brännström försöker tömma Schmitts konkreta ordningstänkande på ledarprincipen och ersätta den med ett slags demokratiskt alternativ, inspirerat av Paul W Kahn: »Schmitt's notion of sovereignty can be purged of the preference for hierarchy and leadership and reformulated as: sovereign is the social formation speaking in the name of the people and proposing a frame of normality, which gains enough support as to make its decisions effective and trump its alternative.» Brännström, »Carl Schmitt's definition of sovereignty as authorized leadership», 31. Croce och Salvatore när också hoppet om en läsning av Schmitt som leder till en uppskattning av möjligheten till social förändring, Croce och Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, 10.

<sup>268</sup> Schmitt, *Constitutional theory*, 240 »At no time or place is there thorough, absolute self-identity of the then present people as political unity. Every attempt to

Schmitt delar med exempelvis Tuori ett slags grundläggande idealism som rör frågan om konstitutionen (Schmitt) eller rättsordningen (Tuori) som resultatet av föreställningar, sociologi och (djup-)kultur.<sup>269</sup> Detta är förvisso riktigt och från sina respektive perspektiv finns inget att invända mot analysen som sådan. Men resultatet är att de bortser från den levda praktiken som den rent materiella basen för dessa ordningar. Konstitutionen har inte bara ett ideellt innehåll, en vilja uttryckt av ett kollektiv vid en eller flera återkommande tillfällen. Rättsordningen är inte bara grundad i en kultur, vissa allmänna föreställningar som delas av flertalet. Det konstituerande är här de praktiska handlingar (som givetvis i sig är så intimt sammanbundna med olika medvetna, men framförallt omedvetna, föreställningar att det knappast går att särskilja de två) som konstituerar det Schmitt kallar konstitutionen, Tuori rättskulturen och Anna Christensen normativa grundmönster.<sup>270</sup>

Schmitt refererar i sin tur till Santi Romano, som redan 1918 hade lagt fram en utvecklad institutionell teori. Romano vände sig, förutom mot naturrättsliga uppfattningar, mot de normfokuserade teorier som ville finna lagens och rättsordningens väsen eller substrat i normsystemet. Istället grundade han sin rättsteori i lagen som en levd praktik, som uppstår i »institutioner», vilka är primära i relation till normerna. Institutionen, som ett organiserat socialt fenomen, är enligt Romano själva lagen. Det är varken lagen som konstituterar institutionen eller institutionen som konstituterar lagen.<sup>271</sup> Romanos teori påminner här om de skandinaviska rättsrealisterna i det att den fokuserar på att rättsordningen har sin grund i vissa kollektiva handlingar.<sup>272</sup> Den är dock mer fokuserad på att handlingar-

realize a pure or direct democracy must respect this boundary of democratic identity. Otherwise, direct democracy would mean nothing other than the dissolution of the political unity.» *Constitutional theory*, 241.

<sup>269</sup>Tuori, *Critical Legal Positivism*.

<sup>270</sup>A. Christensen, »Normativa grundmönster i socialrätten», 70.

<sup>271</sup>Romano, *The Legal Order*, 22, 32.

<sup>272</sup>Jag har inte hittat några referenser mellan den italienska (Romano) och franska (Hauriou) institutionalismen å ena sidan och den skandinaviska rättsrealismens författare å andra sidan. Det är intressant i sig, eftersom de var i princip

na inte bara är effekter av vissa föreställningar, utan är vad jag skulle vilja kalla dialektisk, i det att handlingarna både konstituterar institutionerna och handlingarna är konstituerade av institutionerna. Förvisso styrs eller leds rättsordningen av normer, men viktigare än det är att själva rättsordningen hanterar normerna som verktyg eller »schackpjäser». Romano formulerar sig här på ett sätt som påminner om de skandinaviska rättsrealisternas »rättsmaskineri». Lagen är något »more lively and animated» än de skrivna lagarna:

It is, in the first place, the complex and multi-faceted organization of the Italian and French states, the numerous mechanisms and gears, the link between authorities and forces, that produce, modify, enforce, guarantee legal norms, but cannot be identified with them. In other words, *the legal order, taken as a whole, is an entity that partly moves according to the norms, but most of all moves the norms like pawns on a chessboard* – norms that therefore represent the object as well as the means of its activity, more than an element of its structure.<sup>273</sup>

Normerna är inte oviktiga i Romanos teori, och de är inte utan effekt för institutionens liv, men de är snarare primärt en effekt av den underliggande ordning som institutionerna utgör.<sup>274</sup> Man kan förvisso betrakta normerna och deras inneboende relationer, och

samtida. Patricia Mindus nämner endast kort Hauriou och Romano apropå Hägerströms kritik av rättspositivismen och viljeteorin, Mindus, *A Real Mind*, xii.

<sup>273</sup> Romano, *The Legal Order*, 7, min kursivering.

<sup>274</sup> »It is pointless to repeat that the concept of law I formulated does not intend (quite the contrary!) to efface that by which it is represented as norm or set of norms ... . I only wanted to demonstrate the need for the latter to be included in the former, as a less comprehensive and secondary concept, which cannot be rightly defined and assessed if one isolates it from the whole to which it belongs and with which it is organically connected. In my view, all norms that can be found in a particular positive law are nothing but elements of a broader, more complex order and hinge on it, as it is its necessary and unavoidable basis.» *ibid*, 47.

ett sådant kunskapsintresse kan ha sin plats, men det skymmer sikten för lagens och rättsordningens grund i institutionerna.<sup>275</sup>

Romano beskriver rättsordningen och lagen som att de framförallt utgör en levd institution.<sup>276</sup> För att bli något mer specifik, och samtidigt rikta fokus på den här avhandlingens tema, behöver vi ställa frågan vad för slags institutioner som konkret konstituerar och utgör rättsordningen.<sup>277</sup> Det är tydligt att vi kan identifiera en avgörande kontinuerlig praktik som inte bara principiellt eller ideellt understödjer den rådande ordningen, utan som praktiskt upprätthåller den: förvaltningsverksamheten. Utöver denna koncentrerade del av samhällets totala verksamhet finns det mer generella handlandet hos medborgare och enskilda, som också rent faktiskt upprätthåller den rådande ordningen. Detta »konkludenta» hand-

<sup>275</sup>»Constitutional law is not exhausted by the norms that regulate the relationships of the state; on the contrary, it first and foremost encompasses the state in itself and for itself, in its elements, structure, functions, which, like the legislative one, do not generate distinct and concrete relationships. This is the domain where the perspective of law as an institution is so decisive and comprehensive that neglecting or rejecting it almost implies annihilating constitutional law as a whole. But also administrative law, before it governs the relationships generated by the administrative function, is the law that establishes the organization of the entities carrying out this function. Likewise, procedural law, in its further developments, draws upon the organization of the judiciary power, and so on. However, when it comes to scientific treatises about these branches of law, when one moves from the parts dealing with the ways in which an institution presents and affirms itself in its own structure to the parts where the perspective of law as norm prevails, one gets the impression that a change in the atmosphere has occurred and the treatise has adopted a different tone. This is perfectly natural and necessary, as it corresponds to different aspects of law. But those who cannot make sense of this necessity and believe the true, pure law is only where the norm dominates, are placed by that impression in a situation of discomfort or unease, and are often prompted to omit, almost always curtail the analysis of the other parts.» *The Legal Order*, 47.

<sup>276</sup>Värt att notera är att hans teori också är en tydlig rättspluralism, i det att den erkänner den nödvändiga existensen av många parallella rättsordningar som uppkommer varhelst människor reglerar sin sociala relationer på ett juridiskt sätt. Eftersom denna studie fokuserar på den offentliga förvaltningen och den dominerande rättsordningen i moderna samhällen, den nationella statliga rättsordningen, kommer jag inte behandla denna intressanta fråga mer här. Se *ibid*, 50ff, *passim*.

<sup>277</sup>Notera att termen här inte används i samma betydelse som i 2017 års FL.

lande är också nödvändigt för att staten och rättsordningen skall upprätthållas. Likadant är det på sitt sätt med förvaltningen som verklighet – det är den konkreta, verkliga, verksamheten som utgör förvaltningen, inte något abstraherat ideal av verksamheten. På så sätt är den faktiska verksamheten förvaltningsverksamhetens verklighet, snarare än ett bihang till ärendet, beslutet och myndighetsutövningen.<sup>278</sup> Detta kommer nedan diskuteras med termen »faktisk verksamhet i vid mening». I den meningen är det konstituerande hos förvaltningen som verksamhet inte något annat än staten. Den ger inte upphov till en extern suveränitet, eller en konstitution utanför sig själv. Denna verksamhet är staten.

Så, i någon mening finns en enhet som realiseras genom det accepterade som ligger i den absoluta majoritetens praktiska acceptering av statens ordning. Enstaka personer eller en liten del av befolkningen kan förvisso de facto motsätta sig ordningen och genom konkreta handlingar försöka attackera eller undergräva den rådande ordningen. Här känner vi igen essensen i uttryck som »att ställa sig utanför samhället».<sup>279</sup> Men även de mest politiskt radikala grupperingarna tenderar, så länge inte en allvarlig politisk kris är ett faktum, att i praktiken erkänna den rådande ordningen och därmed konstitutionen genom sitt konkreta handlande. De använder exempelvis pengar och följer trafikregler samt en mängd andra handlingar som innebär ett direkt upprätthållande av den normala ordningen.<sup>280</sup> Denna »enhet» är då på samma gång mycket reell

<sup>278</sup> Detta är också varför jag tidigare använt den något klumpiga formuleringen »tjänstemannens suveränskap» som riskerar att leda fel, Johansen, »Tjänstemannens suveränskap». Det finns inte någon tjänsteman som är suverän, inte ens i det enskilda fallet hen beslutar i. Snarare är suveräniteten en kollektiv effekt, en realitet, skapad av de relativt samordnade handlingarna hos tusentals offentliganställda och andra som samarbetar med den sociala organisering som staten utgör. Jämför Rudolf Smends teori om den politiska enigheten som realiserad genom en kontinuerlig integrering, Schmitt, *Constitutional theory*, 61.

<sup>279</sup> Det är detta som exempelvis författningsskyddet innebär i Säkerhetspolisens verksamhet – ett skydd mot de som på detta sätt praktiskt agerar mot den konstitution på vilket samhället vilar. SOU 2002:87, 15.

<sup>280</sup> Det går att föreställa sig revolutionära handlingar som verkligen bryter med den rådande ordningen och därmed inte deltar i reproducerandet av normaliteten.



och överväldigande (i det att en förkrossande del av folket i staten faktiskt realiserar den) samtidigt som den i princip alltid är genombruten av många inbördes konflikter och diametralt motsatta *idéer*. Men så länge dessa idéer inte kan realiseras, det vill säga så länge inte revolution eller inbördeskrig är reella möjligheter, består en särskild typ av enhet som ligger till grund för konstitutionen (och i förlängningen därmed grundlagar och andra tekniska normer som organiserar statens och samhällets liv). Mot idéerna står helt enkelt *handlingar* och som ett immanent resultat av dessa en *verksamhet* som en konstituerande helhet.<sup>281</sup>

Förvaltningsverksamheten är strukturerad i en konstitutionell ordning, där det principiella incitamentet till varje handling inom den offentliga verksamheten går att härleda till olika (oftast väldigt många) lagar och andra rättsliga normer, och/eller också till order från högre ort (regeringen, myndighetschefer, byrådirektörer, ...). Men även utan att påvisa en sådan länk uppåt i organisationen eller den rättsliga hierarkin, har förvaltningsverksamheten en substans som konstitueras direkt i sig själv. Den offentliga förvaltningen är en *förvaltningsverksamhet* framför det att den är en *rättslig verksamhet*.

Detta innebär också att det som i denna bok sorteras in under subdisciplinen förvaltningsrätt också väsentligen är ett arbete i konstitutionell rätt. Om än de exempel den hanterar huvudsakligen rör de lägre delarna av den statliga hierarkin, har det grundläggande teoretiska påståendet om att den offentliga förvaltningen är en verksamhet effekter för hur vi ser på den konstitutionella rätten. I varje fall om vi i den konstitutionella rätten sorterar in inte bara de tekniska reglerna kring val, riksdagens och regeringens arbete, de högsta statsorganen i övrigt, etcetera. Den konstitutionella rättens kärna består snarare i frågan om vad som utgör statens grund.<sup>282</sup> Kon-

Se exempelvis Matt 19:20-26, Mark 10:17-31. Sådana uppmaningar kan dock ha oförutsedda och oanade konsekvenser.

<sup>281</sup>Goldoni, »The Materiality of Political Jurisprudence».

<sup>282</sup>Det är detta som jag menar ovan med att anknyta till Loughlins politiska jurisprudens, se avsnitt 1.3.5.

stitutionen, i just den betydelse som Schmitt lägger i sitt begrepp författningsverklighet, rör vad som konstituerar staten. Och detta konstituerande är inte något som löper ur de skrivna grundlagarna. Istället är grundlagarna en del av resultatet av den process som skapar staten.<sup>283</sup> Att grundlagarna och en mångfald andra rättsliga normer sedan fungerar som verktyg för att upprätthålla eller förändra denna grundläggande praktik (och det gör de) motsäger inte detta primat hos verksamheten i relation till det vi uppfattar som konstitutionen.

Den offentliga förvaltningen (likt den privata förvaltningen, eller varje verksamhet överhuvudtaget) är först och främst faktisk verksamhet, och endast delar av den är strukturerad enligt striktare regler (procedurer, formkrav, ansvarsregler). Detta är både ett deskriptivt påstående om *normernas innehåll* och ett deskriptivt påstående om *förvaltningen som konkret praktik*. Som kapitel 2 kommer att visa har doktrinen hittills haft ett begränsat perspektiv på den offentliga förvaltningen och det har lett till en skev bild, ideologiskt färgad av en juridisk upptagenhet av rättsligt avgjorda beslut. Den rättsliga verkligheten, all den verksamhet som bedrivs med statens hela maktapparat (rättsordningen som konkret system av våld<sup>284</sup> som faktisk garant, är att myndighetsutövningen utgör specialfallet och undantaget. Att på det sättet vända perspektiv, ger oss en väsentligt mer realistisk och för förståelsen mer produktiv utgångspunkt.

Det är förvaltningen (egentligen i den bredaste bemärkelsen, inklusive domstolarnas dömande och det samarbete som enskilda ingår i med myndigheterna) som verksamhet som upprätthåller rättsordningen. Det är detta som är det sanna begreppsliga innehållet i

<sup>283</sup>Som Schmitt refererar till Romano: »The legal order (*l'ordinamento giuridico*) is a uniform essence, an entity that moves to some extent according to rules, but most of all itself moves the rules like figures on a gameboard; the rules represent, therefore, mostly the object or the instrument of the legal order and not so much an element of its structure' He added correctly that a change in the norm is more the consequence than the source of a change in the order.» Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought*, 57. För det citerade, se Romano, *The Legal Order*, 7.

<sup>284</sup>Menke, »Law and violence», 1. Jämför också Loick, *A Critique of Sovereignty*, 114.

påståendet att staten och rättsordningen är detsamma – en formulering som både en idealist som Kelsen och en realist som Olivecrona kan vara eniga om. Det handlar inte om att rättsordningens innehåll av regler som normativt ideal skulle realiserars genom statens tillämpning av dessa normer – istället handlar det om att rättsordningen (i dess mest vidsträckta betydelse) realiserars genom de sociala krafter som genom vana, genom praktik, kort sagt genom sina individuella och sitt kollektiva liv, upprätthåller rättsordningen.<sup>285</sup> Bland dessa sociala krafter är staten den mest centrala samlingen av organ i vilka ordningen upprätthålls. Men här är det viktigt att hålla sig undan föreställningar som just organbegreppet för med sig – att folket, samhället eller till och med staten själv, »genom» dessa organ upprätthåller rättsordningen. Rättsordningen är inget som tillämpas på världen utifrån dess ideala innehåll, det är en levd praktik som alla människor, men främst tjänstepersonerna som vi identifierar som statens, upprätthåller och realiserar.

## 1.5 METOD

### 1.5.1 BESKRIVNING OCH ARKIV

I en metodologisk essä<sup>286</sup> konstaterar Anne Orford att hon vägletts av en formulering av Ludwig Wittgenstein: »We must do away with all *explanation*, and description alone must take its place.»<sup>287</sup> Michel Foucault i sin tur hänvisade ofta till sin metod som beskrivning, där

<sup>285</sup>»Firstly, by grasping the State as the condensation of a *relationship*, we avoid the impasse of that eternal counterposition of the State as a Thing-instrument and the State as a Subject. [...] However, the State is not purely and simply a relationship, or the condensation of a relationship; it is the *specific material condensation* of a relationship of forces among classes and class fractions.» Poulantzas, *State, Power, Socialism*, 129.

<sup>286</sup>Skreven som en reflektion efter hennes bok *International Authority and the Responsibility to Protect*.

<sup>287</sup>Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, 47e.

det handlar mer om att försöka *se vad vi faktiskt redan ser*, istället för att försöka avtäcka det dolda.<sup>288</sup>

I Orfords fall, i undersökningen av begreppet *responsibility to protect*, valde hon bort att försöka »unveil what the responsibility to protect concept really meant at some deeper level» för att istället närma sig begreppet som en »articulation of international authority's 'consciousness of itself'». <sup>289</sup> Hennes undersökning av begreppets framväxt visade hur det huvudsakligen rörde sig om en juridisk rationalisering och beskrivning av en bred palett av åtgärder och processer som FN och andra internationella aktörer ägnat sig åt, framförallt sedan avkoloniserings början under 1950-talet.<sup>290</sup> Detta

<sup>288</sup> »not to reveal what is hidden, but rather make us see what is seen» Orford, »In Praise of Description», 609, se också 617. »This immediately entails a choice of method that one day I will finally try to come back to at greater length, but I would like to point out straightaway that choosing to talk about or to start from governmental practice is obviously and explicitly a way of not taking as a primary, original, and already given object, notions such as the sovereign, sovereignty, the people, subjects, the state, and civil society, that is to say, all those universals employed by sociological analysis, historical analysis, and political philosophy in order to account for real governmental practice. For my part, I would like to do exactly the opposite and, starting from this practice as it is given, but at the same time as it reflects on itself and is rationalized, show how certain things—state and society, sovereign and subjects, etcetera—were actually able to be formed, and the status of which should obviously be questioned. In other words, instead of deducing concrete phenomena from universals, or instead of starting with universals as an obligatory grid of intelligibility for certain concrete practices, I would like to start with these concrete practices and, as it were, pass these universals through the grid of these practices.» Foucault, *The Birth of Biopolitics*, 2f, se också *ibid*, 19 samt Dean, *State Phobia and Civil Society*.

<sup>289</sup> Orford, »In Praise of Description», 612.

<sup>290</sup> Jämför Stolleis om rättsligt historieskrivande generellt: »Historical processes that we believe we can discern through reduction and the interpretation of information arise from countless deeds and spoken words. The latter, in turn, are part of the history of mentalities or ideas. And unless that history is closely interrelated with the historical (social and economic) preconditions of these ideas, it would be as incomplete as a description of real history without the parallel mental labor of its actors or of those who provide them with the keywords. Though ideas may run ahead of practical implementation, just as often the explanation of seemingly chaotic facts was achieved only with hindsight.» Stolleis, *Public Law in Germany*,

konkreta begreppsliggörande av administrativa praktiker är både hur begreppet kommit till och hur det förstås av dess förespråkare. Det fanns från det här perspektivet ingen djupare sanning rörande huruvida begreppet var rättsligt bindande eller inte.

Men Orford konstaterar också att detta försök att sonika *beskriva* begreppet i sig var en stor utmaning. En riktigt bra beskrivning kräver mycket arbete.<sup>291</sup> Hennes sätt att angripa denna utmaning var att fokusera på ett utvalt *arkiv*.<sup>292</sup> I och med detta kunde hon istället för att röra sig från det abstrakta begreppet till konkreta praktiker börja med att beskriva vissa konkreta praktiker som först senare (ibland efter flera decennier) beskrivits och förståtts genom begreppet responsibility to protect. Det bakomliggande mönster som Orford här hänvisar till är hur Foucault menar att den moderna statsformen inte först uppstod som en utarbetad idé eller ett begrepp, »rather, its origin lay in the development of governmental practices and their subsequent transformation into concepts like sovereignty or statehood»<sup>293</sup>. Begreppet föregår inte praktiken, utan praktiken föregår begreppet. Det handlar här om hur en viss praktik rationaliseras, det vill säga görs koherent och förståelig.

Rather than marking the moment at which the international community has initiated a new set of practices or states have accepted new obligations of conduct, the emergence of the responsibility to protect concept instead marks a shift in the way in which existing practices of international rule will be made intelligible.<sup>294</sup>

<sup>291</sup>»No scholar should find humiliating the task of sticking to description. This is, on the contrary, the highest and rarest achievement.«, Latour, *Reassembling the Social*, 136f

<sup>292</sup>Orford, »In Praise of Description«, 615.

<sup>293</sup>ibid, 616, se Foucault, *The Birth of Biopolitics*, 6. Se också Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, 107.

<sup>294</sup>ibid, 34. En liknande och generell poäng om juridiskt tänkande har gjorts av Martti Koskeniemi: »Legal imagination is the employment by lawyers of the legal vocabularies, institutions, and systems available to them, that enable them to carry out the jobs that they are called upon to carry out. Sometimes you choose to go the way of property, sometimes you choose to go the way of sovereignty. To me, as a

Den följande undersökningen kommer att anlägga samma sorts beskrivande metodik för forskningsobjektet. Vägen till en bra beskrivning av ett begrepp, i Orfords fall responsibility to protect och i mitt fall offentlig förvaltning (med sina centrala underbegrepp), står därmed att finna i en läsning av begreppets framväxt som en rationalisering och ett begreppsbyggande av vissa konkreta praktiker. De teorier som framlagts inom den förvaltningsrättsliga doktrinen är därmed huvudsakligen att betrakta som symptom på vissa utvecklingar inom förvaltningsverksamheten som praktik och samhällets utveckling materiellt, ideologiskt och rättsligt.

Här kommer vi att se hur komplexet ärende–beslut–myndighetsutövning har blivit det primära sättet att förstå de handlingar och den verksamhet som försiggår inom den offentliga förvaltningen. Denna beskrivning av begreppens framväxt görs i kapitel 2 genom en läsning av ett specifikt arkiv. Arkivet utgörs här av central förvaltningsrättslig och offentligrättslig doktrin, avhandlingar, läroböcker och offentliga utredningar. Motiveringen till att just dessa texter valts ut är att de utgör ett slags nätverk där texterna inbördes refererar till varandra. Den disciplin som avhandlingen skrivs inom har så att säga definierat sig själv genom de interna referenser som gjorts till texter från andra texter. Ur detta nätverk av texter har jag konstruerat det aktuella arkivet, det vill säga de källor som jag läser för att utveckla kapitlets tema.<sup>295</sup>

Orford påpekar hur hon uppskattar valet som Foucault gjorde att inte sammanställa sitt arkiv, de texter han läste och tänkte utifrån, huvudsakligen av filosofer och deras auktoritativa uttalanden om filosofiska och abstrakta begrepp, som rättvisa och människans tillstånd. Hon anklagar rättsvetare och kritiska jurister för att alltför ofta falla i just den fällan, särskilt som vi är mer än vana vid att hänvisa till olika auktoritativa rättskällor.<sup>296</sup> Men filosofer är inga

former practitioners, this is how you work. You are not deducing your advice from a textbook or a theory—or if you try that, you are not going to be a very good lawyer.» Koskeniemi och Schult, »Sovereignty, Property, and the Locus of Power».

<sup>295</sup> Mer om detta i inledningen till kapitel 2.

<sup>296</sup> Orford, »In Praise of Description», 622.

rättskällor enligt Orford och deras kritiska uttalanden är alltid kontextuellt placerade i sina politiska och samhällseliga sammanhang. Här blir arkivet i kapitel 2 sammanställt av offentlighetsrättsliga verk tacksamt, eftersom det inte finns särskilt mycket filosofi närvarande. De teoretiska ståndpunkter och grundläggande begrepp som framläggs av dessa författare är direkt bundna till de praktiska överväganden<sup>297</sup> som den offentlighetsrättsliga disciplinen ägnat och ägnar sig åt. Det jag i praktiken gör här är att läsa hur jurister tänkt om staten, den offentliga förvaltningen och förvaltningsrättens centrala begrepp. Denna väg genom tänkandet om staten, för att nå en förståelse av staten, är det sätt som denna studie inlemmar sig i en rättsvetenskaplig tradition av att läsa doktrinen. Men detta läsande av tänkandet är också kopplat till en bredare humanistisk och samhällsvetenskaplig metodologisk praktik.<sup>298</sup>

Vad som här blir nödvändigt är att finna en medelväg mellan den gängse rättsdogmatiska metoden och den skandinaviska rättsrealismens misslyckande att nå bortom det positivistiska paradigmet.<sup>299</sup> Rättsdogmatiken tenderar att börja i vissa förmodade centrala begrepp och från dessa utveckla en så koherent förståelse som möjligt av det ofta spretiga rättsliga materialet (skrivna normer, rättsfall, sociala praktiker, etcetera). Denna metod gör sig själv blind för sina egna begrepps genealogiska ursprung och är dessutom driven av ett normativt perspektiv som ser som sin uppgift att finna just koherens inom ramen för de rättsliga praktikerna. Realismen så som de skandinaviska rättsrealisterna utvecklade den siktade högt och

<sup>297</sup>Jämför Loughlins politonomi ovan, avsnitt 1.3.5.

<sup>298</sup>Som ett exempel skriver Stolleis angående sina rättshistoriska arbeten om offentlighetsrättens framväxt: »All told, this much is true: the 'state' is not only the concrete substrate of public services, buildings and things, budgets, and legal rules, but also what all of us think and do. The state 'is' as we imagine it to be, and how we act within these notions. To that extent, a study of the thinking about the state is the study of the state itself.» Stolleis, *Public Law in Germany*, 9

<sup>299</sup>Det finns fler försök i denna riktning, inte minst bör uppmärksammas den alternativa jurisprudensen/rättsdogmatiken i Lars D Erikssons efterföljd. För en genomgång in medias res, se Tuori, »Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?» och andra *Rättsdogmatikens alternativ* som kritiserar bland annat den tongivande artikeln av Eriksson, »Utkast till en marxistisk jurisprudence».

ville göra sig fri från dessa abstrakta begrepp, som dessutom i Hägerströms anda anklagades för att vara tomma på mening och »metafysiska». När detta radikala projekt ledde till att de egna förespråkarna endast såg tungrodd och svår genomförlig empirisk rättsociologi som försvarbar, retirerade de och lät istället mena att de gängse begreppen inom rättsdogmatiken förvisso kunde användas.<sup>300</sup> Det som krävdes var endast att användaren av begreppen (juristen eller rättsvetaren) gjorde sig fri från det falska medvetandet och insåg att begreppen endast var ett slags förkortningar för mycket mer komplexa bakomliggande praktiker och ideologiska föreställningar. Resultatet var att juristen eller rättsvetaren på ytan kunde fortsätta som förut.<sup>301</sup>

### 1.5.2 MATERIALISM OCH IMMANENT KRITIK

Perspektivet som inte längre betraktar den faktiska verksamheten som en perifer del av förvaltningen i relation till komplexet ärende-beslut-myndighetsutövning innebär att förvaltningen ses som materiell, snarare än som en effekt av visst ideellt innehåll i rättsnormer. Det är därmed studier av den materiella verksamheten som skall driva förvaltningsrättens teori och utvecklingen av förvaltningsrättsliga begrepp, snarare än att vissa begrepp blir utgångspunkten och de kategorier som förvaltningen förstås genom.

Det traditionella perspektivets fokus på ärende-beslut-myndighetsutövning betraktar inte bara den faktiska verksamhetens mångfaldiga fenomen som sekundära och perifera. Även själva den verksamhet som ärendehandläggningen, beslutandet och verkställandet av beslutet innebär är underordnat de formella och abstrakta aspekterna av beslutet. Det traditionella perspektivet är på det sättet fokuserat på det ideella innehållet och den grundläggande logiken är att beslut faller ut som resultat av olika normers innehåll och att verkställandet i sin tur »helt enkelt» är förverkligandet av beslutets innehåll. Därigenom förbises stora delar av förvaltningens verksamhet,

<sup>300</sup> Petrusson och Glavå, »Illusionen om rätten!», 137.

<sup>301</sup> Jag menar att även Petrusson och Glavås projekt lider av detta problem.



det som försiggår inom verkställandet, eftersom denna verksamhet antas vara mer eller mindre automatiskt förverkligande av beslutet.

Det är en sak att detta är ett normativt perspektiv som har vissa goda argument för sig, framförallt rörande den demokratiska förankringen av normernas innehåll och de rättsstatliga idealen kring normernas förverkligande (objektivitet, likhet, legalitet...). Det är en annan sak att det dåligt beskriver lejonparten av den offentliga förvaltningen (den faktiska verksamheten) men också dåligt beskriver de komponenter av konkreta handlingar i komplext ärendebeslut-myndighetsutövning som utgör den traditionella teorins kärna.

Ärendet som leder till beslut är ingen svart låda eller automatisk maskin som tar förutsättningar och normer som input och levererar beslut som output. Snarare utgör handläggningen och förvaltningsprocessrättens olika delar i ett intrikat system av normer i den allmänna förvaltningsrätten som främst regleras i FL och FPL. Men också i den konkreta handläggningen finns många avgörande delar och förutsättningar. Materiella förutsättningar beror av finansärer och lagstiftare som riksdagen och högsta ansvariga som myndighetschefer. Även tillsynsorganens synpunkter på verksamheterna har betydelse för handläggningens utformning. Det är dessa aspekter som garanterar huruvida det ideella innehållet i FPL och andra rättsliga normer kan realiseras. För den enskilda är innehållet i lagar som SoL och PBL eller rättigheter uttryckta i RF och EKMR inte särskilt viktiga om inte dessa rättsliga normer realiseras genom faktiska procedurrella förutsättningar, förmåga hos beslutsfattarna att ta materiellt riktiga beslut samt korrekt verkställighet.<sup>302</sup>

Både realism och materialism har som benämningar på filosofiska strömningar eller skolor sett en renässans de senaste årtiondena.<sup>303</sup> I detta sammanhang blir det avgörande att beskriva vad för

<sup>302</sup>Henrik Zahle har diskuterat detta utifrån frågan om legalitetsprincipen bör ersättas med »korrekthet», som utöver överensstämmelse med rättsliga normer kan relateras till den demokratiska legitimeringen av det fattade beslutet, Zahle, »Polycentri i retskildelæren», 756.

<sup>303</sup>Spekulativ realism och nymaterialism är tillsammans med den objektorienterade ontologin exempel på samtida försök att konstruera ontologier. Se exempel-

slags *materialism* och vad för slags *realism* som det här föreslagna teoretiska projektet består i. Realism i en filosofisk bemärkelse kan syfta på flera olika saker. En vanlig betydelse är den ontologiska övertygelsen att ting, saker, materia finns oberoende av människor och vår observation av de föregående. Det vill säga att våra observationer eller våra mentala processer inte har någon särskild ontologisk position som avgör status eller existens i verkligheten.

Den realism som här föreslås är dock närmare kopplad till det specifika program och den uppgift som de skandinaviska rättsrealisterna föresatte sig.<sup>304</sup> Medan en idealistisk rättslig ontologi placerade normernas existens i en särskild kategori eller värld (och detta oavsett om det rörde sig om naturrättsliga eller positivistiska positioner) skild från den konkreta verksamhet som rätten bestod i (rättsmaskineriet), ville rättsrealisterna bryta med denna föreställning om rättens existens – som de samlade under den missvisande beteckningen metafysik. Rättsrealisterna var anhängare av en annan metafysisk idé: att rätten inte fanns någon annanstans än i människors medvetande som föreställningar, idéer, fördomar och rädslor.

Den materialistiska rättsrealismen skiljer sig från denna tidigare rättsrealism i att den är just *materialistisk*. Jag håller med om kritiken att rätten inte har någon existens i en ontologiskt kvalitativ annan kategori eller sfär, utan i människorna. Men denna existens i människorna är inte begränsad till deras *föreställningar* om rätten. Mer avgörande är att rätten existerar i deras handlingar.<sup>305</sup>

Men vad är då detta för materialism? Här ligger termens användning närmare det begrepp som utvecklats inom den marxistiska och historiematerialistiska traditionen. Människornas föreställningar och handlingar är det substrat i vilket den sociala historiska

vis Latour, *Reassembling the Social*; Coole och Frost, *New Materialisms : Ontology, Agency, and Politics*; Dolphijn och Tuin, *New Materialism : Interviews & Cartographies*.

<sup>304</sup>Se ovan avsnitt 1.4.1.

<sup>305</sup>Ett annat sätt att formulera det är att ontologiskt finns ingen skillnad mellan teori och praktik – båda är former av handlingar och verksamheter.

## *Kapitel 1. Förvaltning, legalitet, verksamhet*

verkligheten konstitueras.<sup>306</sup> Vad som är avgörande är att rättens existens inte är avhängig de mänskliga aktörernas föreställningar om sin verksamhet. Rättsordningen finns som en emergent effekt av enskildas handlande, oavsett vilka föreställningar om rättens innehåll eller ontologi som någon av dem har.

Detta är analogt med kapitalismens existens som en social ordning, som inte primärt är avhängig människors idéer eller kunskap om denna ordning, utan endast är beroende av deras handlingar i enlighet med denna ordning. För att ta ett enkelt exempel: pengar är ett universellt ekvivalent bytesmedel realiserat genom den sociala uppdelningen mellan de som äger kapital och de som säljer sin arbetskraft på marknaden för att tillfredsställa sina behov genom att använda dessa pengar på marknaden. Det finns ingen nödvändighet i att denna insikt är allmänt spridd, eller för den delen någon annan föreställning om pengars egentliga funktion. Människorna som realiserar kapitalismen och marknaden som sociala ordningar kan tänka att pengar har ett värde i sig, att pengar alltid funnits, att pengar är detsamma som guld, att pengar är ekvivalenta med ett moraliskt utfört arbete eller aldrig tänka på pengar. Det har ingen avgörande betydelse för deras effektiva funktion.

På samma sätt är det med rättsliga normer, lagar eller principer. De realiseras genom det samfälliga handlandet, verksamheten, inte genom vissa föreställningar, eller än mindre genom konsensus kring sådana föreställningar, hos de som handlar. I denna mening är den materialistiska rättsrealismen en materialism: den lägger ingen avgörande vikt vid det ideella innehållet i olika människors föreställningar om rätten. Istället är dessa föreställningar och idéer några bland alla de materiella orsaker till rättsordningens och statens fortsatta existens som verksamheter. Det materiella är verksamheten som består av konkreta handlingar. Det är kärnan, snarare än de normer som antas vara orsaken till dessa handlingar.

<sup>306</sup> Detta lyfter också fram att jag givetvis inte är realist kring rätten eller lagen i betydelsen att dessa skulle finnas oberoende av människor – funnes inte längre några människor som handlande och verkade skulle inte heller rätten finnas. En sådan idé skulle vara en realism som slår över i en idealism.

Hur skall vi då gå tillväga när vi försöker greppa denna materialitet hos den offentliga förvaltningen? Hur kan vi beskriva den sociala verklighet som den offentliga förvaltningen utgör? Ett sätt vore att anta ett externt perspektiv på den offentliga förvaltningen och beskriva den i termer som inte är de begrepp rörande rättsliga normer som rättsvetenskapen sysslar med.<sup>307</sup> Exempelvis kan en sociologisk undersökning av förvaltningen generera beskrivningar av kvalitativ eller statistisk typ som beskriver den verksamhet som förvaltningen utgör, mer eller mindre oberoende av de olika juridiska beskrivningar av verksamheten som rättsvetare sysslar med.<sup>308</sup>

I linje med den marxistiska traditionens materialistiska perspektiv väljer jag här att istället närma mig problemet via en immanent kritik av förvaltningsrätten.<sup>309</sup> Karl Marx konstaterade under det förberedande arbetet till *Kapitalet* att han inte skulle bedriva sin kritik av den politiska ekonomin från ett *externt* perspektiv. Men det var inte heller möjligt att nå vidare genom att helt enkelt arbeta *internt* inom den politiska ekonomin som vetenskaplig disciplin. Om den vetenskapliga undersökningen endast inlemmade sig i den begreppsanvändning som disciplinen redan bestod i och accepterade de kategorier som den hade utvecklat, fanns ingen potential att överskrida de brister och visa på de motsägelser som förståelsen av

<sup>307</sup> Att urskilja rättssociologi från rättsvetenskap som en särskild vetenskapsdisciplin, är i sig ett tveksamt företag. Att som Håkan Hydén göra en skarp distinktion gynnar ingendera disciplin: »Rättssociologi är på en och samma gång samhälls- och rättsvetenskap, där problemställningen avgör var betoningen ligger i det särskilda fallet. Rättssociologi handlar om relationen mellan rätt och samhälle. Den blir till samhällsvetenskap när den används för att kartlägga och förstå rättens roll i samhället. Rättssociologi blir rättsvetenskap då den belyser hur samhälleliga förhållanden påverkar rättsbildning och rättstolkning. Ett annat sätt att beskriva rättsociologi är att den studerar rättsliga fenomen med samhällsvetenskapliga metoder. Det är detta som gör rättsociologi till en empirisk vetenskap och inte som rättsdogmatik, en normativ vetenskap.» Hydén, »Rättsociologi», 207.

<sup>308</sup> Detta är, mycket kortfattat, vad studier i offentlig förvaltning från ett samhällsvetenskapligt perspektiv och statsvetenskap består i. Exempelvis den mångskiftande forskning som bedrivs vid en institution som Förvaltningshögskolan vid Göteborgs universitet.

<sup>309</sup> Se för en introduktion av begreppet »immanent kritik» Harvey, »Introduction», 5, passim.

ekonomin hittills led av. Istället blev hans angreppssätt att bedriva en *immanent* kritik.<sup>310</sup> Om Marx tog de politiska ekonomernas egna begrepp på allvar och drev analysen av dem till sin spets visade det sig hur deras idéer om exempelvis pengar, varor, profit var mot-sägelsefulla och otillräckliga. Samtidigt var även Marx föresats att förklara vad pengar, varor, profit och andra begrepp faktiskt betydde. Han ville inte, eller såg det inte som möjligt att, ersätta dessa begrepp med andra. Då blev en immanent kritik vägen framåt.<sup>311</sup>

Det måste här påpekas att Marx projekt också drevs av bokstavligt talat revolutionära ambitioner. För den här föreliggande studien är ambitionen inte så omfattande. Det är inte mänsklighetens frigörelse som är den drivande kraften. Mer anspråkslöst finns ändå möjligheten att bedriva just en immanent kritik av förvaltningsrätten, som i varje fall kan förändra förvaltningsrätten via en kritik av dess egna begrepp. Syftet här är att bana väg för bättre beskrivningar av förvaltningsrätten.<sup>312</sup> Den potential som finns är att dessa bättre

<sup>310</sup>»In the course of writing the *Grundrisse*, Marx comes to the conclusion that an adequate critical theory has to be completely immanent to its object. The critique cannot be undertaken from a standpoint external to the object but must emerge out of the immanent mode of presentation itself. Kapital is then structured in this immanent manner.» Postone och Brennan, »Labor and the Logic of Abstraction: An Interview», 307.

<sup>311</sup>»Let me recapitulate what I take to be features of critique that, in the Marxist tradition at least, identify it as *immanent* as contrasted to 'internal'. Immanent critique is tied to the logic of contradiction where contradiction, as 'practical' rather than logical, informs a crisis that is experienced by social agents in the materiality of their life. Social reality is experienced by actors in terms of normative expectations that are constitutive (rather than 'epiphenomena') of that reality. Normative expectations are part of institutional frameworks that inform actors' perception of social reality. Immanent critique aims to generate *within* these institutional frameworks contradictions that are *inevitable* (they can neither be displaced nor ignored), *compelling* (they necessitate action) and *transformative* in that (unlike internal critique) the overcoming of the contradiction does not restore, but transcends, the 'disturbed' framework within which it arose. It pushes it to go beyond its confines and in the process, famously in Marx's words, 'enables the world to clarify its consciousness in waking it from its dream about itself'.» Christodoulidis, »Strategies of rupture», 6.

<sup>312</sup>Jämför ovan avsnitt 1.5.1. Den politiska eller frigörande potentialen ligger därmed utanför studiens direkta anspråk.

beskrivningar, producerade av den immanenta kritiken, kan ha återverkningar på förvaltningsrätten både som vetenskap och som praktik. Vi kommer i kapitel 2 hur försöken att beskriva och begreppsliggöra den offentliga förvaltningen inom doktrinen varit nära sammankopplad med den pedagogiska verksamheten i utbildningen av jurister. En ny förståelse av förvaltningsrättens objekt, den offentliga förvaltningen, genom ett utvecklat språk som beskriver den kommer ha återverkningar i juristers praktik. Talar vi annorlunda om vad som pågår i den offentliga verksamheten leder det till nya möjligheter för rättslig problemlösning och rättsliga strategier.<sup>313</sup>

Det är intressant att notera att även en forskare utan någon juridisk skolning och som inte arbetar inom rättsvetenskapen kan hamna i slutsatsen att juridiken bäst förstås genom sitt eget språk. Bruno Latours studie av den franska högsta förvaltningsdomstolen Conseil d'Etat bestod i praktiken av att forskaren närvarade i korridorerna, på möten, samtalande med och läste texter som producerades av de anställda vid domstolen. Ur dessa observationer skriver Latour fram en beskrivning av hur denna institution och dess beståndsdelar, »walls, corridors, frescoes, files, a body of members, texts, careers, publications, controversies», producerar sina beslut genom omständliga processer och samtidigt reproducerar rätten.<sup>314</sup> I jämförelse med hans egna och andras tidigare studier av naturvetenskapliga sammanhang så visar han hur det som tills nyligen ansetts vara helt perifert i förståelsen av vetenskap, nu börjat anses relevant. För att förstå den sociala och materiella kontexten för en vetenskap kan inte bara innehållet i artiklar eller experiment beskrivas – det krävs en tjockare och bredare beskrivning av alla de stökiga sociala och fysiska saker som omger och utgör den vetenskapliga processen. Men etnografen, Latour, väljer ändå i sin beskrivning av den verksamhet som domstolen ägnar sig åt att försöka omfatta och fördjupa beskrivningen av de begrepp som juristerna själva använder. Istället för att importera eller uppfinna nya begrepp för att beskriva det som försiggår, försöker lekmannen förstå vad juristerna faktiskt

<sup>313</sup>Jag återkommer till detta nedan i avsnitt 4.2.

<sup>314</sup>Latour, *The Making of Law*, 264.

menar när de konstaterar att ett fall är »intressant», att rätten måste förbli koherent eller när de strategiskt tvekar innan de bestämmer sig för att döma.<sup>315</sup>

Istället för att producera förklaringar av verksamheten som förflyttar beskrivningens grund till en vag allmän förklaring (det sociala) och därmed försöker avtäcka den förmodat underliggande verkligheten, väljer Latour att istället ta sig an med just juridikens eget språk som det språk som bäst beskriver lagen som en verksamhet.<sup>316</sup> De juridiska verksamheterna är givetvis sociala, men enligt Latour finns inget som tyder på att det finns ett mer kraftfullt språk än juristernas eget genom vilket denna verksamhet kan beskrivas.

What is true of the sciences is even more so of law: how can law be explained in terms of the influence of the social context, when law itself secretes an original form of contextual networking of people, acts and texts, so that it would be very difficult to define the notion of social context without resorting to legal concepts? There is no stronger metalanguage to explain law than the language of law itself. Or, more precisely, *law is itself its own metalanguage*.<sup>317</sup>

Måhända är Latours påstående här alltför långtgående. Jag har för egen del inget emot försöken att beskriva förvaltningsrätten från andra samhällsvetenskapliga, humanistiska eller för den delen naturvetenskapliga perspektiv. Sociologi, idéhistoria, filosofi eller psykologi har alla värdefulla bidrag att komma med från sina teoretiska

<sup>315</sup>För sammanfattning av centrala fynd, se *The Making of Law*, 194f.

<sup>316</sup>»Making the connection, linking up these elements, weaving the social: all this is law itself. To be sure, it is a very peculiar type of link, a particular mode of totalization, among others. It does not encompass the entire collective, but it does define a vehicle, a movement of aggregation, the vinculum juris that can still be assigned from one end to the other, whereas the social explanation, since the beginning of the sociology of the social, is still waiting to be given the appropriate wiring finally to enable the individual case to benefit from this tremendous lift that it constantly promises but never delivers.» *ibid*, 261.

<sup>317</sup>*Ibid*, 259f.

och metodologiska perspektiv.<sup>318</sup> Men för min del och för förvaltningsrättsvetenskapen eller den offentliga rätten och rättsvetenskapen överlag stämmer det. Vi har inte tillgång till något annat mer kraftfullt språk för att beskriva den offentliga förvaltningen än det juridiska språk som doktrinen redan arbetar med. Detta gäller även den materialistiska rättsrealismen.

Tvärtom blir det då fråga om att arbeta med och utveckla dessa begrepp så att de bättre beskriver de underliggande sociala processer som verksamheten utgör.<sup>319</sup> Juridiken är också ett språk som beskriver sociala relationer, eftersom den rättsliga verksamheten och förvaltningen består av sociala relationer. Även om denna avhandling inte är en sådan extern studie, skriven av en ickejurist, som La-tours – så blir vägen att beskriva lagens verklighet en fråga om att ta sig an lagens egna begrepp, använda den rättsliga diskursens terminologiska apparat och systematik för att kritiskt utveckla den. Det vill säga en immanent kritik.

Doktrинens systematiska framställningar och dess begreppsanvändning som delas av den rättsliga praktiken är på samma gång försök att med precision beskriva rättsliga fenomen och institutioner och reproducerandet av detsamma. Rätten eller lagen är inget utanför den praktik som skapar och kontinuerligt förverkligar dessa praktiker och föreställningar. I den meningen är den enda framkomliga vägen för det här projektet att bedriva en immanent kritik av den rättsliga diskursen.<sup>320</sup> Begreppen och deras inbördes relatio-

<sup>318</sup> Exempelvis finns det säkert skäl att bedriva studier av både förvaltningen och dess rättsliga uttryck som helt bortser från det juridiska perspektiv som här utgör utgångspunkten. Läsaren måste ändå ursäkta mig för att jag inte kan (ens har förmåga) att utveckla en sådan argumentation.

<sup>319</sup> Jämför Marx och Engels i *Den tyska ideologin*: »Om sammanhanget mellan deras hantverk och verkligheten gör de sig så mycket oundvikligare illusioner som som detta sammanhang bestäms av själva hantverkets natur. Förhållandena blir i medvetandet till begrepp i juridiken, politiken, osv.; då de inte kommer utöver dessa förhållanden, så blir begreppen i deras huvuden till fixa begrepp; en domare, t.ex. använder lagboken, för honom är lagstiftningen den sanna aktiva drivkraften.»., citerat i Elwin och Victor, *Rätt och marxism*, 69.

<sup>320</sup> Jämför Tuori, *Critical Legal Positivism*, xii, 28f, 304ff, passim och Eriksson, »Kritisk rättsteori såsom ideologikritik», 331.



## *Kapitel 1. Förvaltning, legalitet, verksamhet*

ner, deras placering i en systematik och konkreta grund i vissa institutionella och praktiska verksamheter måste fortsätta rekonstrueras så att bättre beskrivningar kan produceras. De förslag som därmed är resultatet är både *beskrivningar* och *reproduktion* av de rättsliga begreppen. Till skillnad från en extern blick, som en sociolog eller etnolog kan och måste anta, blir det här fråga om att ta ansvar för rättskonstruktionerna.<sup>321</sup>

<sup>321</sup>Petrusson och Glavå, »Illusionen om rätten!», 112, passim.

## KAPITEL 2

# ÄRENDE, BESLUT, MYNDIGHETSUTÖVNING

Följande kapitel består av en läsning av den svenska offentlighetsrättsliga och förvaltningsrättsliga litteraturen i de delar som den diskuterar de centrala begreppen ärende, beslut, myndighetsutövning, faktisk verksamhet.<sup>322</sup> Ambitionen har varit att heltäckande beskriva utvecklingen och användningen av dessa begrepp inom den svenska doktrinen.<sup>323</sup> I den mån verk inte återfinns i litteraturlistan beror det troligast på att de inte innehållit någon självständig diskussion av de centrala begreppen.<sup>324</sup> Alla förvaltningsrättsliga studier an-

<sup>322</sup>Synonyma termer som förvaltningsakt och faktiskt handlande förekommer också. Själva termen myndighetsutövning för det som tidigare, och även senare, kallats förvaltningsakt används första gången av Herlitz 1937, se Kumlien, »Från kamerallagfarenhet till rättsvetenskap», 84.

<sup>323</sup>För att realisera ambitionen har jag rent praktiskt gått tillväga genom bibliotekssökningar och sökningar i tidskrifter som SvJT, FT och NAT. Men inte minst viktigt har varit följande av referenser i de välkända verken. Jag har också gått igenom avhandlingar från de senaste decennierna från svenska lärosäten och då utöver rent förvaltningsrättsliga studier läst brett i det offentlighetsrättsliga fältet. Jag har dock inte producerat någon fullständig förvaltningsrättslig biografi. (Förövrigt hade en sådan varit till ovärderlig hjälp för framtida forskning. Det saknas överlag studier av förvaltningsrättens akademiska historia, se R. Å. Gustafsson, *Från ämbetsmannastat till välfärdsstat*, 255.)

<sup>324</sup>Som ett enskilt exempel från senare doktrin finns i Elisabeth Rynnings avhandling, som förvisso hanterar en problematik kring vård och samtycke som har

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

vänder sig trots allt av dessa begrepp i någon utsträckning. Givetvis återstår risken att något verk med en intressant diskussion missats. Det material som behandlas i detta kapitel har därmed, i den betydelse som diskuterats i metodkapitlet, utgjort det *arkiv* som är materialet för undersökningen.<sup>325</sup> Avgränsningen av detta arkiv har varit tvåfaldig:

Dels har just gränsen dragits vid svensk litteratur, även om mycket intressant material hade kunnat hämtas i de nordiska källorna, och förvisso även i europeiska. Särskilt i de tidigare verken, fram till mitten av 1900-talet refererade författarna ofta till utländsk doktrin. Dessutom finns inte minst i norsk doktrin mer utförliga diskussioner om faktisk verksamhet.<sup>326</sup> Denna brist kommer dock delvis att avhjälpas genom att detta material återkommer, mer selektivt, i avsnitt 2.16.5 för att utveckla det perspektiv som där presenteras.

Den andra avgränsningen har bestått just i att fokusera på dessa centrala begrepp och att utelämna många andra intressanta teman. Här märks inte minst avsaknaden av statsrättsliga, samhällsfilosofiska och rättsteoretiska perspektiv som explicit eller implicit finns i materialet. Även en mängd förvaltningsrättsliga frågor av både allmän karaktär (som överklagandeinstitutet eller individuella rättigheter) och speciell karaktär (knutna till exempelvis socialrättens eller politirättens områden) har fått utelämnas när de inte direkt behövts för att rekonstruera de centrala begreppens historia i dokt-

mycket bäring på det övergripande temat för den här studien, ingen utvecklande diskussion av begreppen ärende, faktiskt handlande och myndighetsutövning, Rynning, *Samtycke till medicinsk vård och behandling*, 41f. I äldre doktrin kan Fahlbecks två volymer om diverse förvaltningsrättsliga frågor nämnas, där exempelvis förvaltningsakter och faktisk verksamhet diskuteras, men utan att tillföra någon självständig diskussion, Fahlbeck, *Förvaltningsrättsliga studier 1*, 198; *Förvaltningsrättsliga studier 2*, 126ff.

<sup>325</sup>När jag i det följande skriver om »doktrinen» syftar jag på detta arkiv i synnerhet, men även de verk som jag inte refererar men vilka för sina allmänna läror hänvisar till verken i detta arkiv.

<sup>326</sup>Eckhoff och Smith, *Forvaltningsrett*, 354–360, som skiljer mellan rättsliga och faktiska åtgärder inom förvaltningen, Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 192ff, 198, 366ff. Mer korta notiser liknande de i svensk doktrin återfinns i Frihagen, *Frihagens forvaltningsrett. Bind 1*, 72, 153.

rinen. Denna avgränsning är dock inte helt strikt, vilket är oundvikligt då den allmänna förvaltningsrätten inte vore något utan det materiella innehållet i den speciella förvaltningsrätten. Även här avhjälpes dock denna nödvändiga brist något i att teman och frågor från den speciella förvaltningsrätten återkommer i utvecklingen av begrepp och systematik i kapitel 3.

Fokuset på de centrala begreppen löper ur disciplinens egna upptagenhet av dem. De har sedan länge uppfattats som kärnan i förvaltningsrätten.<sup>327</sup> Syftet är att visa hur en mångfald teoretiseringar och systematiska framställningar av förvaltningsrätten erbjudits, men att de sedan sekelskiftet 1900 delar ett relativt snävt fokus. Den äldre förvaltningsrätten rörde sig inom ett politirättsligt paradigm, där olika verksamheter syftade till att på lämpligt sätt uppnå det som uppfattades som statens ändamål. Men när förvaltningsrätten utvecklades inom det rättsstatliga paradigm uppstod en upptagenhet vid det juridiska beslutet inom ramen för ärendet som i vissa fall innebar myndighetsutövning. Detta är det långa skifte från 1940-talet fram till 1971 års FL och som behandlas särskilt i avsnitt 2.9.<sup>328</sup> I sammanfattningen av kapitlet kommer det komplex som består av ärende-beslut-myndighetsutövning att beskrivas och ställas i kontrast till den faktiska verksamheten som begrepp. Det finns ändå längs vägen många spår och antydningar som inte ut-

<sup>327</sup>Förutom att behandlingen av dessa begrepp och deras procedurella funktioner i ärendehandläggningen utgör lejonparten av de förvaltningsrättsliga läroböckerna har det även påpekats mer explicit: »Myndigheternas beslutande verksamhet med vad därtill hör av förberedande och verkställande åtgärder är underkastad en ingående rättslig reglering och tilldrar sig därför helt naturligt det största intresset inom förvaltningsrätten.» Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 17. Ragnemalm skriver att det som förvaltningsrätten reglerar är nästan uteslutande det som »kunnat uniformeras», det vill säga handläggningen av ärenden och beslutsfattande, Ragnemalm, *Förvaltningsprocessrättens grunder (2012)*, 15. Redan 1969 påpekade dock Bent Christensen att även om förvaltningsakten var »den traditionelle forvaltningsrets kerne» kunde man fråga sig om inte andra former av förvaltningshandlande numer spelade större roll, B. Christensen, »Forvaltningsrettens grænseområder», 242.

<sup>328</sup>För en annan historisk genomgång av detta skifte se Kumlien, »Från kameral-lagfarenhet till rättsvetenskap».

vecklades och som pekar vidare mot en teoretisering av förvaltningen som verksamhet. Dessa kommer att uppmärksammas och utgöra fond för den vidare teoriutvecklingen.

## 2.1 VERWALTUNGSAKT OCH MAYERS RESTKATEGORI

Den viktigaste influensen för den svenska och nordiska förvaltningsrättsvetenskapen under modern tid kom under 1800-talet och början av 1900-talet från den tyska doktrinen. Flera tyska författare som Otto Mayer, hans elev Friedrich Jellinek men också Edgar Loening, Fritz Fleiner, med flera figurerade i litteraturlistorna.<sup>329</sup> Trots att verk skrevs inom den svenska förvaltningsrättsvetenskapen både tidigare under 1800-talet och in på början av 1900-talet utan direkta referenser till Tyskland, är dock den tyska disciplinen den för modern svensk förvaltningsrättsvetenskap viktigaste influensen.<sup>330</sup> Även om detta arbete inte har någon rättshistorisk eller egentligt komparativ ambition, behövs en förankring i denna tradition.

Trots att Mayers direkta inflytande i den tidiga doktrinen var alltifrån obefintligt till skeptiskt distanserat<sup>331</sup> kom hans centrala begrepp och systematik att präglade hela den svenska förvaltningsrätten.<sup>332</sup> Mayer var »den egentliga skaparen av och klassikern i den moderna förvaltningsrättsvetenskapen i Tyskland»<sup>333</sup>. Han var inspirerad av den positivistiska och konstruktiva rörelsen i civilrätten och fokuserade på att nå samma vetenskapliga renlärighet och rang

<sup>329</sup>Björne, *Realism och skandinavisk realism : 1911-1950*, 538f.

<sup>330</sup>Inte minst genom Reuterskiölds reception av tysk och fransk doktrin, Strömberg, *Utvecklingslinjer inom den offentliga rätten : avskedsföreläsning*, 7.

<sup>331</sup>Björne, *Realism och skandinavisk realism : 1911-1950*, 540.

<sup>332</sup>Mayer var också en central figur inom hela den europeiska förvaltningsrätten, se Stolleis, *Public Law in Germany*, 70ff.

<sup>333</sup>Björne, *Realism och skandinavisk realism : 1911-1950*, 536. Se också Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 439 och Andersen, *Om ugyldige forvaltningsakter*, 9.

## 2.1. Verwaltungsakt och Mayers restkategori

som civilrätten hade nått till. Detta innebar en utrensning av historia, nationalekonomi och politik.<sup>334</sup>

Mayer själv hämtade sin huvudsakliga inspiration i den franska förvaltningsrätten när han utvecklade den tyska. Han rörde sig inom den statsrättsliga positivismen<sup>335</sup> vilket innebar ett brott med den tidigare bredare ansats som präglat politivetenskapen. Han inledde sin framställning med en inledning om begrepp, förvaltningsrättens plats i rättssystemet och förvaltningsrättsvetenskapen samt en allmän del om historisk utveckling, huvuddrag och rättsskydd.

Mayers definition av förvaltningsrättens objekt, den offentliga förvaltningen börjar hos staten. Staten är förvaltningsrättslärans objekt, men staten kan betraktas från olika perspektiv och förvaltningsbegreppet anger det perspektiv som angår förvaltningsrätten som disciplin. Staten utgörs av en gemenskap där ett folk lever under en samlad statsmakt. Förvaltning utgör då statens förverkligande av sitt statsändamål. Förvaltningen speglar därmed författningen som betraktar staten som något färdigställt. Förvaltningen är istället det som handlar om vad staten kan bli. Förvaltningen löper ur den författningsbestämda makten och fungerar enbart som ett realiserande av denna macts målsättningar.<sup>336</sup> Mayer använder sig av den traditionella indelningen mellan lagstiftning, rättskipning, förvaltning och menar att förvaltningen får sin bestämda avgränsning genom förvaltningsrätten. Alla dessa tre delar av statsverksamheten utgör

<sup>334</sup>Enligt Björne skulle försöket dock genom verklighetens försorg möta stora motgångar i Weimarrepublikens tumultartade omvälvningar. Om än hans projekt lyckats systematisera förvaltningsrätten och lämna politik och historia bakom sig, så skulle verkligheten inte acceptera denna renlärighet, Björne, *Realism och skandinavisk realism : 1911-1950*, 537.

<sup>335</sup>»Som karakteristiska drag för den statsrättsliga positivismen har man brukat ange avgränsandet av juridiken från både politiken, filosofin, historien och samhällsvetenskaperna, överförandet av privaträttens begrepp och metod på statsrätten samt betraktandet av själva staten som en juridisk person, ett rättssubjekt i stället för den tidigare konstitutionella statsrättens organismtänkande.» *Den konstruktiva riktningen : 1871-1910*, 392.

<sup>336</sup>Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 4.

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

olika sätt att realisera statsändamålet och skillnaden består bara i hur de realiserar detta ändamål.<sup>337</sup>

Begreppet förvaltning går inte som lagstiftande eller rättskipande att avgränsa på samma tydliga sätt. Förvaltningen är inte förenad till sin karaktär så som de övriga, utan är endast förenad genom sin koppling till statsändamålet.<sup>338</sup> Mayer påpekar också att dessa tre kategorier inte uttömmar allt som är ägnat att realisera statsändamålet. Exempelvis är den konstitutionella rätten inte möjlig att kategorisera som lagstiftning, rättskipning eller förvaltning, även om den tydligt är en del av att förverkliga statsändamålet.<sup>339</sup> Själva realiserandet av rättsstaten och den konstitutionella staten utgör också ett slags undantag från den traditionella tredelningen, där förvaltningen spelar en avgörande roll.<sup>340</sup> Som ett tredje exempel som undslipper kategoriseringen nämner Mayer diplomatiska kontakter och andra aktiviteter som faller in under folkrätten.<sup>341</sup> Om än förvaltningen i Tyskland vid tiden för Mayers bok delas in i fem department (utrikes-, krig-, justitie-, finans- och inrikesministerium) så är det endast finansförvaltningen och inrikesförvaltningen som utgör den »rena förvaltningen» inom ramen för Mayers systematisering.<sup>342</sup>

Mayers teori går ut på att förvaltning är statens verksamhet och det rättssubjekt för vilket förvaltningsrätten skall gälla är staten. Detta rättssubjekt står i relation till sina undersåtar, till den massa av enskilda som utgör de andra rättssubjekten. Även här krävs dock några ytterligare inskränkningar av begreppet, för att urskilja vad som just utgör förvaltningsrätten i denna relation mellan stat och

<sup>337</sup> *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.

<sup>338</sup> *Ibid*, 9.

<sup>339</sup> *Ibid*, 9.

<sup>340</sup> *Ibid*, 10.

<sup>341</sup> *ibid*, 10f. Även krigföring och det som faller in under den konstitutionella nödrätten (*Staatsnotrecht*) måste falla utanför förvaltningsbegreppet enligt *ibid*, 11. Ytterligare ett exempel är de fall då lagformen används för att avgöra ett enskilt fall, *ibid*, 12.

<sup>342</sup> *ibid*, 13. Liknande mer eller mindre detaljerade uppdelningar av olika specifika delar av statsorganen och förvaltningsorganisationen finns hos författare som behandlas nedan, bland annat Rabenius och Reuterskiöld.

## 2.1. *Verwaltungsakt* och Mayers restkategori

enskilda. För det första finns det ett styrande som inte innebär förvaltning, utan snarare organisation och befogenheter. Självförvaltning blir här en del av den inre förvaltningen.<sup>343</sup> Förvaltningen går bara att förstå som en del av, eller aspekt av, den samhälleliga makten så som den är strukturerad. Rätten och rättsordningen följer förvaltningen nära, sätter ut dess gränser och medel. Inom ramen för samhället sorterar förvaltningen in under den rättsliga sfären (*Kreis von Rechtssätzen*). Förvaltningen handlar om de olika verksamheter som faller in under förvaltningsverksamheten (vattenrätt, vägrätt, tågrätt, etcetera), områden som också regleras av diverse andra rättsliga regler såsom privaträtt eller straffrätt. Det som då särskilt återstår för förvaltningsrätten är det som inte annars regleras av andra rättsområden. Förvaltningsrätten blir alltså samlingsområdet för de delar av rätten som inte sorterar in någon annanstans.<sup>344</sup>

Förvaltningsakten var ett sedan tidigare centralt begrepp i den tyska förvaltningsrätten<sup>345</sup> men definierades av Mayer på ett inflytelserikt sätt som »ett till förvaltningen hörande överhetligt uttalande, som i det enskilda fallet bestämmer för undersåten, vad som för honom är riktigt»<sup>346</sup>. Begreppet så som Mayer definierade det låg nära och var inspirerat av den franska förvaltningsrättens *acte administratif*.<sup>347</sup>

Sammantaget är alltså Mayers teori en slags begreppslig systematisering av vissa rättsliga regler som rör staten och statens verksamhet. Utanför kärnan faller dock flera saker som av andra författare sorterats in under rubriken förvaltning, så som förvaltningens

<sup>343</sup> Ibid, 14.

<sup>344</sup> Ibid, 18.

<sup>345</sup> Poul Andersen påpekar att innan Mayer hade termen *Verwaltungsakt* använts i en väldigt bred mening, »som Udtryk for Forvaltningens Handlinger overhovedet, herunder de rent faktiske Handlinger», Andersen, *Om ugyldige forvaltningsakter*, 9.

<sup>346</sup> Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 95, översättningen från Björne, *Realism och skandinavisk realism : 1911-1950*, 536. Jämför även diskussion Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, 63f om den nuvarande tyska definitionen som utgår från 35 § i den tyska förvaltningsprocesslagen och som även innefattar beslut som är mer generella och inte enbart rör vissa enskilda.

<sup>347</sup> Andersen, *Om ugyldige forvaltningsakter*, 8f.



organisering och styrandet av den från regeringen samt exempelvis utrikesförvaltningen som rör diplomatiska kontakter. Mayer var också kritisk till begrepp som det offentlighetsrättsliga avtalet och försökte överlag upprätthålla en relativt strikt kärna som rörde just de juridiska aspekterna av de statliga verksamheter som inte kunde sorteras in under andra rättsområden (statsrätt, lagstiftning, rättskipning) eller statsvetenskapliga begrepp och fenomen (styrande).<sup>348</sup>

## 2.2 HUSHÅLLSLAGFARENHET

Den nordiska förvaltningsrättsvetenskapens historia och dess tidigaste ansatser präglades av den tidens kameralvetenskapliga paradigmen och utvecklingen av den moderna förvaltningen från det kungliga hushållet.<sup>349</sup> Under 1600-talet författas några statsrättsliga verk, men inga egentliga förvaltningsrättsliga verk står att finna.<sup>350</sup> Med tanke på med vilken oerhörd försiktighet även statsrättsliga arbeten skrevs och publicerades (i enlighet med både ideologisk övertygelse och maktpolitisk verklighet)<sup>351</sup> är det måhända inte underligt att en behandling av de lägre delarna av den verkställande makten fick stå tillbaka. Rättsvetenskapen i sin helhet var inte heller någon välutvecklad vetenskapsgren vid denna tid.<sup>352</sup>

De första texter vi hittar i den rättsvetenskapliga disciplin vi idag kallar förvaltningsrätten är Berchs *Inledning til almänna hushålningen, innefattande grunden til politie, oeconomie och cameral wetenskaperne* från 1747 och från samma århundrade Nehrmans *Hushåldslagfarenheten*. Berchs bok anges av Herlitz som det tidigas-

<sup>348</sup>Björne, *Realism och skandinavisk realism : 1911-1950*, 537, se vidare om detta begrepp nedan i avsnitt 3.1.5.

<sup>349</sup>Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 417f. Se också angående framväxten av en större »höghetsförvaltning» i Gustaf Vasas Sverige som sörjde för »rikets politi» samt en historisk översikt från 1500-talet och framåt, SOU 1964:27, 54ff.

<sup>350</sup>En intressant och koncis genomgång görs i SOU 1964:27, 54ff.

<sup>351</sup>Björne, *Patrioter och institutionalister : tiden före år 1815*, 19, 94, passim.

<sup>352</sup>Mycket få professorer överlag i Sverige och Norden, ibid, 17.

### 2.3. Systematik och statens ändamål (Rabenius, Ask, Blomberg)

te verket som behandlar svensk förvaltningsrätt, om än det främst inte behandlar juridiska spörsmål.<sup>353</sup>

Under denna period var terminologin mycket heterogen och förvaltningsärendena kallades både i ämbetspråk, doktrin och lagstiftning för »än hushållningsmål, än politi- och ekonomimål, än blott politimål eller blott ekonomimål».<sup>354</sup> Det är först under andra halvan av 1800-talet som förvaltningsrättsvetenskapen får någon fart i och med Theodor Rabenius arbeten.

## 2.3 SYSTEMATIK OCH STATENS ÄNDAMÅL (RABENIUS, ASK, BLOMBERG)

Lars Björne påpekar att de tidiga framställningarna saknade utvecklade diskussioner om de allmänna lärorna.<sup>355</sup> Theodor Rabenius arbete är dock det första större som utgår från »förvaltningsrätten» som begrepp och som gör någon systematisk och i den meningen teoretisk redogörelse för vad förvaltningrätten är och vad den har för objekt.

Rabenius publicerar första delen i sin *Handbok i Sveriges förvaltningsrätt* 1866<sup>356</sup> och konstaterar i sitt förord att försöket att behandla rätten från detta perspektiv är »fullkomligt nytt» och att det hänger samman med två aspekter i rättsutvecklingen. Den första är att Rabenius själv som lärare erfarit att undervisningen i ämnen som »ekonomirätt, näringsrätt, politirätt, finansrätt» visat sig kunna fö-

<sup>353</sup>Ett tredje verk som Herlitz nämner är af Botins *Beskrifning om svenska hemman och jordagods* från 1755 som ett av de tidigaste verken som behandlar kameralförvaltning och finansrätt som hade en »dominerande betydelse i äldre rätt». Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 125. Även Königs *Lärdoms-Öfning*. Stockholm. Fjerde Tomten. *Angående Lagfarenheten i Politie-mål* från 1746 kan anses vara en direkt föregångare. Se Kotkas, *Royal Police Ordinances in Early Modern Sweden*, 199.

<sup>354</sup>SOU 1964:27, 55. Se också Kotkas, *Royal Police Ordinances in Early Modern Sweden*, kap V för en översikt av politivetenskapen och dess övergång till förvaltningsrätt och ekonomi.

<sup>355</sup>Björne, *Realism och skandinavisk realism : 1911-1950*, 539.

<sup>356</sup>För historisk kontext, se *Brytningstiden : 1815-1870*, 186f.

ras samman i sina gemensamma delar i ett systematiskt behandlat ämne, vilket vore fördelaktigt.<sup>357</sup>

Som nämnts ovan presenteras här för första gången tydligt idén i svensk doktrin om att förvaltningen kan fångas in rättsligt, inte bara från ett formellt perspektiv<sup>358</sup> utan också från ett materiellt perspektiv. Förhoppningen är att den formella enheten skall motsvaras av en »materiell och inre» enhet. Rabenius generella beskrivningar av förvaltningen 1866 är relativt kortfattade och fokuserar på en omfattande genomgång av materiell rätt. Han inleder dock med en med en diskussion under rubriken »Begreppet Statsförvaltning i vidsträckt betydelse». Grundstrukturen är att staten finns till för att uppnå ett övergripande mål, eller för att fylla en viss funktion, och att hela statens verksamhet finns till för och är teleologiskt inriktad på detta statsändamål.<sup>359</sup> Rabenius befinner sig här tydligt inom det kameralistiska paradigmet.<sup>360</sup> Förvaltningen (i inskränkt mening) blir då endast en av alla delarna som tillsammans syftar till att sträva mot och förverkliga detta mål.

Om än vi här kan se en tydlig koppling till den idé om ett statsändamål som vi redan konstaterat blev viktig hos Mayer, har den här

<sup>357</sup>Rabenius, *Handbok i Sveriges gällande lagstiftning om förvaltningens organisation och embetsmännen*, Förord, onummerat. Dessutom har den juridiska ämbetssexamen vid tiden för publicering bestämts innehålla »administrativrätt», vilket ytterligare förstärker behovet av en systematisk sammanställning enligt Rabenius.

<sup>358</sup>Vilket alltsedan Rabenius ansetts som otillfredställande för författarna i doktrinen.

<sup>359</sup>»Med Statsförvaltning i vidsträckt betydelse förstås regeringens verksamhet för statsändamålets förverkligande. Efter de väsentligaste momenterna af detta är föremålet för statsförvaltningens verksamhet dels rättsstillståndets upprätthållande, dels vidtagandet af de åtgärder, genom hvilka medborgarnes fysiska och andliga personlighet må vinna en så fullkomlig utveckling som möjligt, dels anskaffandet af de till dessa båda ändamåls vinnande nödiga materiella medel och deras förvaltning. I formelt hänseende är statsförvaltningen dels *lagstiftande*; dels *handhafvande*. Såsom lagstiftande bestämmer den de allmänna grundsatser, efter hvilka staten bör förvaltas, hvilket sker genom lagarnes *sanktionerande*, *promulgerande* och *necessiterande*.» *Handbok i Sveriges gällande lagstiftning om förvaltningens organisation och embetsmännen*, 1.

<sup>360</sup>»Cameralism operated on the simple premise that the welfare of the state is the highest law.» Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 218.

### 2.3. Systematik och statens ändamål (Rabenius, Ask, Blomberg)

en ganska annorlunda karaktär och samlas in under det mycket mer omfattande begreppet »statsförvaltning». Det övergripande statsändamålet har två huvudkomponenter: *rättstillståndets upprätthållande* och åtgärder för att främja *utvecklingen av medborgarnas fysiska och andliga personlighet*. Båda dessa målsättningar vilar på anförskaffandet av resurser i form av materiella medel, förvaltandet av dessa och den tvingande makten (necessiterandet) med vilken staten genomdriver sina lagar.<sup>361</sup> Statsförvaltningen består alltså i två huvudsakliga typer av verksamheter: lagstiftande och handhavande. Dessutom delar Rabenius in statsförvaltningsrätten i sex områden: folkrätt (eller yttre statsrätt), författningsrätt (grundlagar, inre statsrätt), civilrätt, straffrätt, processrätt och slutligen förvaltningsrätten som är föremålet för hans arbete.

Statsförvaltning är här alltså den övergripande förvaltningen av hela samhället – en mycket bred användning av termen. Förvaltningsrätten som en underkategori är den del som »ordnar» statsförvaltningen så att den kan uppnå sina övergripande mål. Förvaltningsprocessen som Rabenius uttrycker det är de funktioner där det »är att förklara, huruvida statsförvaltningen enligt de regler, som gälla för densamma i övriga yttringar af dess verksamhet, är befogad att vidtaga en åtgärd eller göra det på det ena eller andra sättet».<sup>362</sup> Den *verkställande* makten består i två delar och utgör dessutom ett slags restkategori när tillseendet och dömandet inte innefattar vissa åtgärder.<sup>363</sup>

Den verkställande makten är här både en del av statsförvaltningen till skillnad från hos Mayer och innefattar dessutom all den fak-

<sup>361</sup> Statsändamålet var en central aspekt av statsrätten hos flera författare vid den här tiden. Se bland annat om F. C. Bornemann i Björne, *Den konstruktiva riktningen : 1871-1910*, 396f och om Robert Hermanson *ibid*, 401ff.

<sup>362</sup> Rabenius, *Handbok i Sveriges gällande lagstiftning om förvaltningens organisation och embetsmännen*, 2.

<sup>363</sup> »Den verkställande maktens funktioner bestå antingen i vidtagandet af sådana åtgärder, hvilka äro nödvändiga för rättstillståndets upprätthållande, eller ock i utförandet af hvad som i öfrigt kan vara erforderligt för statsändamålets förverkligande och ej faller under någon af de redan omtalade slagen af statsförvaltningens verksamhet.» *ibid*, 2.

tiska verksamhet som Rabenius menar styrs av uppfyllandet av statsändamålet. Genom att avskilja rättskipningen och den exekutiva processen »uppkommer begreppet statsförvaltning i inskränkt och egentlig mening».<sup>364</sup> I den andra utgåvan från 1875 har Rabenius infogat en mening om regeringens roll inom förvaltningen. Statsförvaltningen är överlämnad till regeringen i vidsträckt mening, eller i varje fall till regeringen som det högsta förvaltningsorganet.<sup>365</sup> Förvaltningen som rättslig struktur och som verksamhet blir därmed i Rabenius system en del av den verkställande makten och dess organisation.

Vad är då *förvaltningsrätten* för Rabenius? Det är samlingen av lagar som binder statsförvaltningen,<sup>366</sup> de representativa organen och kommunernas organ när de utövar sina »förvaltningsbestyr».<sup>367</sup> Förvaltningsrätten består då dels av regler som skapar organen och handlingsregler (regler om vad och hur organen skall göra). Här finns alltså både strukturen med lagar som berättar i någon detalj hur myndigheten skall handla och strukturen med lagar inom vilket ett skönsmässigt utrymme finns, och där myndigheten själv bedömer hur ändamålet inom denna ram kan uppnås.<sup>368</sup> För Rabenius är det primärt frågan om det som vi idag kallar myndighetsutövning; det gemensamma innehållet i lagarna som ingår i förvaltningsrätten berör, enligt vad han här skriver, förhållandet stat–enskild.<sup>369</sup> Om så är fallet finns möjligheten att väcka besvär hos högre myndighet.

Hos Rabenius finner vi alltså ett system och en teori om förvaltningen som förvisso har ett väsentligt bredare anslag än den vi kom-

<sup>364</sup> *Handbok i Sveriges gällande lagstiftning om förvaltningens organisation och embetsmännen*, 3.

<sup>365</sup> *Handbok i Sveriges gällande förvaltningsrätt*, 3.

<sup>366</sup> I den inskränkta betydelsen får antas.

<sup>367</sup> *Handbok i Sveriges gällande lagstiftning om förvaltningens organisation och embetsmännen*, 3f.

<sup>368</sup> »Det gemensamma innehållet af dessa lagar är dock, att de bestämmer det förhållande, som eger rum emellan staten såsom sådan, d. v. s. såsom utförande hvad som, inom de för förvaltningen angifna gränser, tillhör statsändamålet, och de enskilde.» *ibid*, 4.

<sup>369</sup> *Ibid*, 4.

### 2.3. Systematik och statens ändamål (Rabenius, Ask, Blomberg)

mer finna hos senare författare i den tyska doktrinen som Mayer, men också hos de flesta av efterföljarna i den svenska doktrinen. Vi bör dock inte låta oss förvirras av terminologin. Statsförvaltningen som Rabenius talar om motsvaras ganska väl av Mayers *statsverksamhet* och det som utgör den egentliga förvaltningen är det i inskränkt mening som rör relationen mellan stat och enskild, det vill säga området för myndighetsutövningen och det som i Mayers system benämns förvaltningsakt.

John Ask var efterföljare till Rabenius. Hans verk från 1902, *Föreläsningar i svensk förvaltningsrätt*, är en huvudsakligen materiell genomgång av förvaltningsrätten utan någon teoretisk diskussion.<sup>370</sup> Ask presenterar inledningsvis och i hela boken ganska sedvanlig beskrivning av förvaltningsrätten. Han gör dock en anmärkning angående relationen mellan lagstiftning och lagskipning (rättskipning) samt ytterligare en om förvaltningen. Han konstaterar att lagstiftningen tillkommer regering och riksdag, medan lagskipningen tillkommer oberoende domstolar och förvaltningen under regeringen (formellt kungen vid denna tid) med oberoende men ansvarighet inför statsråden. Detta är dock inte allt:

Härmed är dock ingenting angifvet om de ifrågavarande funktionernas *natur*. Lagstiftning är uppställande af en abstrakt rättsats, lagskipning af en konkret. Men det skulle föga båta ett samhälle att ega en lagbok och domstolar, som fälla sina utslag, om det stannade dervid. Statslifvet kräver verksamhet, d. ä. handling i egentlig mening och initiativ till handling. Förvaltning innebär alltid en verksamhet, statsförvaltningen en verksamhet till uppnående af bestämda statsändamål.<sup>371</sup>

<sup>370</sup>Hans arbete innefattar inte någon utvecklad allmän del, eller för den heller någon egentlig internationell förankring i den internationella (tyska eller franska) förvaltningsdoktrinen, Björne, *Den konstruktiva riktningen : 1871-1910*, 159. Han delar in den offentliga rätten i en yttre (folkrätt) och inre (statsrätt) där den senare handlar om de statens funktioner som »äro mångahanda, men vanligen plägar man sammföra dem i tre hufvudgrupper: *lagstiftande, lagskipande och förvaltande*», Ask, *Föreläsningar i svensk förvaltningsrätt*, 2.

<sup>371</sup>Ibid, 2.

Statens främjande av sitt ändamål		
lagstiftning	förvaltning i vidsträckt mening	
	rättskipning	förvaltning i inskränkt mening

Tabell 2.1: Blombergs systematik

Ask konstaterar alltså att lagstiftningens abstrakta regler måste realiseras genom konkreta domar. Men utöver denna realistiska beskrivning konstaterar han också att själva förvaltningen är en verksamhet, »handling i egentlig mening». Trots detta bygger inte Ask vidare på vad detta betyder för förvaltningsrätten eller dess vetenskap. Det huvudsakliga området för (stats)förvaltningsrätten är de »rättsligt bindande påbud» som leder fram till olika konkreta handlingar och som därmed utgör verksamheten.<sup>372</sup>

Hugo Blomberg var även han anhängare av statsändamålet som den orienterande principen för statens och förvaltningsrättens verksamhet, men också av att staten skulle beskrivas som den är, snarare än som den bör vara. I sin framställning i *Nordisk Retsencyklopedi* går Blomberg mycket kortfattat igenom vad förvaltning är. I ytterligare ett exempel på de variationer ett grundläggande begrepps-schema kan genomgå, delar han in statens verksamhet till främjande av sitt ändamål i dels »påbjudande af allmänna, abstrakta föreskrifter, rättssatser» det vill säga lagstiftning och »dels uti ordnandet af individuella eller konkreta angelägenheter». (Se tabell 2.1.) Om »förvaltning i inskränkt eller egentlig» mening skriver Blomberg:

Denna är ingalunda begränsad till ett genomförande af lagar allenast utan består i en mängd fall uti ett fritt handlande inom lagarnes rāmärken, för att tillgodose de kollektiva intressen, som härflyta ur den mänskliga sammanlefnaden och som finna sitt uttryck i statens ändamål.<sup>373</sup>

<sup>372</sup> *Föreläsningar i svensk förvaltningsrätt*, 2f.

<sup>373</sup> Blomberg, *Nordisk Retsencyklopedi*. 5, *Den nordiska förvaltningsrätten*, 1.

## 2.4. Höghetsrättigheter och politi (Reuterskiöld)

Värt att notera här är att, oberoende det ideologiska hänförande av statens verksamhet till dess ändamål, skriver Blomberg tydligt hur förvaltningen »i en mängd fall» utgörs av ett skönsmässigt (»fritt») handlande. Senare i avsnittet påpekar Blomberg hur staten behöver många organ och att en avgörande fråga därför är hur dessa organ organiseras. Karakteristiskt är dock att själva utläggningen av förvaltningsrätten som resten av Blombergs text handlar om inte berör själva denna rest, den förvaltning som består i fritt handlande inom lagens ramar.

## 2.4 HÖGHETS RÄTTIGHETER OCH POLITI (REUTERSKIÖLD)

Carl-Axel Reuterskiöld var en av Mayers studenter och publicerade flera verk som rör sig både inom ett brett offentligt rättsligt fält och ett mer politiskt teoretiskt.<sup>374</sup> Om än Reuterskiöld menar att han inte fokuserar på rättsfilosofin utan på den historiska och positiva rätten fungerar den ändå som en utläggning av hans samhällsfilosofi.<sup>375</sup> Han var anhängare av ett positivrättsligt perspektiv<sup>376</sup> och ville utmönstra naturrätten från den rättsvetenskapliga disciplinen.<sup>377</sup> Det är i Reuterskiölds mer teoretiska verk, som vi hittar de resonemang som beskriver hans förvaltningsbegrepp. Utgångspunkten är

<sup>374</sup>Björne, *Realism och skandinavisk realism : 1911-1950*, 537. *Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran* utgör här ett slags samhällsteoretisk bakgrund till de mer juridiska C. A. Reuterskiöld, *Föreläsningar i svensk stats- och förvaltningsrätt. 1, Statsregementet*; C.-A. Reuterskiöld, *Den svenska förvaltningsrättens system. I sin Föreläsningar i svensk stats- och förvaltningsrätt. 1, Statsregementet* från 1914 påpekar Reuterskiöld själv att dessa verk skall läsas tillsammans. Sundberg menar också att Reuterskiöld »kämpade länge för förvaltningsrättens upphöjande från 'en kommenterad statskalender' och 'lagfarenhet' till en juridisk disciplin med sin särskilda systematik och sina egna, av förvaltningens natur bestämda begrepp». Enligt Sundberg har efterträdarna fortsatt detta projekt, Sundberg, »Förvaltningsrätten och de juridiska studierna», 85.

<sup>375</sup>C.-A. Reuterskiöld, *Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran*, xf.

<sup>376</sup>Reuterskiöld var direkt en av de som spred Mayers tänkande utanför Tyskland, Stolleis, *Public Law in Germany*, 71.

<sup>377</sup>C.-A. Reuterskiöld, *Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran*, 73.



det mänskliga samhället som den grundläggande enhet på vilken varje rättsordning vilar:

Med mänskligt samhälle förstås en nödvändig och konstant gemenskap i visst afseende mellan människor, grundad i deras formalt sociala natur och på något sätt organiserad. I motsats till samhället är hvarje annan sammanslutning fri och tillfällig, och kan benämnas fri association. Samhället är kulturmänniskans yttre lifsform.<sup>378</sup>

Samhället karakteriseras enligt Reuterskiöld av att dess existens är oberoende av människors vilja, men att »dess yttre form och rättsliga erkännande beror af människornas eget görande eller låtande».<sup>379</sup> Samhället är alltså något ofrånkomligt, men samtidigt inte opåverkat av mänskliga val.<sup>380</sup> Reuterskiöld identifierar två grundtyper: det borgerliga (privata) och det politiska (publika) samhället.<sup>381</sup> Det borgerliga samhället omfattar alla privata samhällen och förenar dessa i ett samhälle.<sup>382</sup> Detta motsvarar därmed snarare begreppet »Gesellschaft» än »Staat», så som begreppen används i tysk dokt-

<sup>378</sup> *Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran*, 1.

<sup>379</sup> *Ibid*, 1.

<sup>380</sup> Som andra exempel ställer han å ena sidan ickemänskliga samhällen som bi- eller myrsamhällen. Dessa är både oberoende av (insekts-)individernas vilja när det gäller sin *existens* och sin *form*. Ett annat sorts samhälle är den fria associationen (som en ideell förening exempelvis) som är beroende av mänsklig vilja både när det gäller sin existens och form, *ibid*, 1.

<sup>381</sup> Dessa är för Reuterskiöld analytiska kategorier, men i praktiken är de ömsesidigt beroende och i viss mån sammanblandade. Han exemplifierar med de antika stadsstaterna som var borgerliga »stam- och släktsamhällen», men som också hade politiska funktioner, *ibid*, 3. I samtiden är det borgerliga samhället tvärtom underordnat det politiska samhället. Reuterskiöld påpekar också att olika borgerliga samhällen erkänns antingen som egna samhällen eller endast som fria associationer, *ibid*, 3.

<sup>382</sup> »Det borgerliga samhället omfattar alla såväl privata samhällen som fria associationer mellan enskilde, hvilka uppstått inom ett visst politiskt samhälle, och utgör sålunda den sammanfattande enheten i fråga om det enskilda lefvernet och de privata förhållandena inom detta senare.» *ibid*, 8.

#### 2.4. Höghetsrättigheter och politi (Reuterskiöld)

rin. Det handlar om en gemenskap och inte specifikt om en statsbildning eller statsordning. Samhället agerar genom människor och samlingar av människor som organ.

För att kunna vara verksamt, måste samhället, ehvad det tillhör den ena eller den andra grundtypen, betjäna sig af människor hvar för sig eller samfaldt såsom organ, hvilka handla å samhällets vägnar. Utan organ skulle samhället sakna verklighet och praktisk betydelse samt icke kunna konkret identifieras.<sup>383</sup>

Reuterskiöld påpekar och trycker på att denna »organställning» är något faktiskt, att frågan om vem och när någon är ett organ »måste besvaras under hänvisning till faktiska förhållanden». Det han menar här är organ som »å samhällets vägnar utöfvar faktisk makt».

Statens grund är enligt Reuterskiöld »det sociala behovet af yttre maktreglering»,<sup>384</sup> snarare än det statsändamål som förenade Rabenius, Ask och Blomberg.<sup>385</sup> Detta mål kräver att staten bevarar sig själv som högsta makt, detta *imperium* (»den faktiska förmågan att i sista hand genom sina suveräna organ fatta för den folkgemenskap, som utgör statens lefvande underlag, bindande och tvingande beslut, oberoende af hvarje annan makt inom och utom denna gemenskap»<sup>386</sup>). »Makthögheten» måste kunna utövas i alla riktningar »som för maktregleringen äro nödvändiga.»<sup>387</sup>

För Reuterskiöld är den ena polen av statens organisering den individualistiskt inriktade stat som bevarar en negativ frihet för individerna. Den andra är en stat som sätter upp ett mål i den allmän-

<sup>383</sup> Ibid, 4.

<sup>384</sup> Ibid, 27.

<sup>385</sup> »Statens ändamål är icke det allmännas bästa i den mening, att staten genom sin verksamhet skulle sörja för individernas nödtorftiga utrustning i andligt och materiellt afseende eller själf skapa en högre kultur och allt bättre existensvillkor för människorna.» ibid, 30. Dess alltid övergripande mål måste vara »*maktreglering af den sociala maktstriden*», ibid, 32.

<sup>386</sup> Ibid, 33.

<sup>387</sup> Ibid, 33.

na välfärden, ett positivt mål, det vill säga *välfärdsstaten*. Den enda slutpunkten här är »en fullständig polisstat» oavsett om den är en totalitär auktoritetsstat eller en demokratisk socialistisk arbetarstat. Medelvägen är »kulturrättsstaten» som har två uppgifter: »allas väl och den enskildes frihet».<sup>388</sup> Alla dessa tre vägar är felaktiga enligt Reuterskiöld då de fokuserar på individernas lycka som statens ändamål. Denna lycka som endast är de privata samhällena och de enskildas uppgift. Dock är statens verksamhet beroende av »kulturutvecklingens ståndpunkt» och därför växer »naturligt dess uppgifter [i] antal och omfång» desto mer utvecklad staten är. Därför kan staten inte längre bara syssla med negativ reglering. Den måste kompletteras med en ingripande förvaltningsverksamhet om det krävs för utjämna den sociala maktspänningen. Målet här är inte lyckan för enskilda, eller alla, »utan kulturlivets möjlighet till vidare utveckling».<sup>389</sup>

Reuterskiölds samhällsteori skulle ytterligare kunna utläggas<sup>390</sup>, men för den föreliggande studien måste vi återvända till Reuterskiölds teori om förvaltningen. Vad har då denna samhällsteori eller politiska filosofi för betydelse för Reuterskiölds föreställning om den offentliga förvaltningen och förvaltningsrättens objekt?

Statens makt tar sig tre former, tre »vägar» för maktreglering: rättsbildning, rättsbestämning och förvaltning. Eftersom de befogenheter som staten använder sig av grundar sig på statens makt höghet kallar Reuterskiöld dem för »höghetsrättigheter».<sup>391</sup> Rättsbildningen är »uppställandet af rättsregler» och rättsbestämningen »dessa reglers konkreta förverkligande genom tillämpning» – dessa är alltså bredare företeelser än lagstiftning och rättskipning.<sup>392</sup> Förvaltningen avskiljs från de två tidigare kategorierna:

<sup>388</sup> *Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran*, 34.

<sup>389</sup> *Ibid*, 35.

<sup>390</sup> Särskilt om hans intressanta resonemang om samhällstyper, kulturgemenska-per och folkvilja. För den intresserade rekommenderar jag särskilt *ibid*, 9-25.

<sup>391</sup> *Ibid*, 35.

<sup>392</sup> *Ibid*, 36.

#### 2.4. Höghetsrättigheter och politi (Reuterskiöld)

Förvaltningen däremot afser hvarken uppställande eller tillämpande af rättsregler, ehuru den liksom båda de andra slagen af statlig verksamhet städe försiggår under tillämpande af rättsregler, nämligen beträffande verksamhetens egna former, utan den åsyftar i stället ett praktiskt förverkligande af statsviljan efter lämplighetsgrunder och med hänsyn till statens möjliga behof af omedelbar maktutövning öfver nyttigheter.<sup>393</sup>

Rättsregler sätter alltså formerna för förvaltningen, men inte dess innehåll. Detta är nödvändigt för att bibehålla statens maktkoncentration.<sup>394</sup>

Förvaltningen är alltså organiserad utefter rättsregler, men som till sitt innehåll bestäms av ändamålsenlighet. Dessa höghetsrättigheter går att dela upp i två kategorier: legislativa (rättsbildningen) och »i vidsträckt bemärkelse administrativa» (rättskipning och förvaltning).<sup>395</sup> (Se figur 2.1.) Detta liknar Blombergs modell. De administrativa höghetsrättigheterna sönderfaller sedan i fyra slag: jurisdiktionella, militära, finansiella och »administrativa i inskränkt bemärkelse». Dessa sista består i sin tur av de »sins emellan ganska skiljaktiga» typerna politihöghetsrättigheter och sociala höghetsrättigheter. Till saken hör att staten också uppträder som privaträttsligt subjekt, och då inte utövar någon höghetsrätt.<sup>396</sup>

Vilka handhar då »förvaltningsverksamheten»? Här tas ett bredare grepp och en sedan tidigare bekant tredelning i utrikes-, inri-

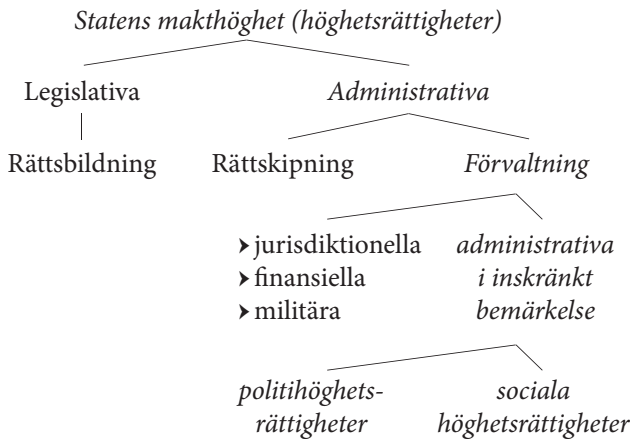
<sup>393</sup>Ibid, 36.

<sup>394</sup>»Staten skulle nämligen aldrig kunna åstadkomma den för dess verksamhet nödiga maktkoncentrationen, om den icke tillika förfogade öfver verkliga maktmedel på ett sätt, som ställde den oberoende af samhällets enskilda maktfaktorer. Dessa medel erhåller den genom begagnande af sina höghetsrättigheter.» ibid, 36

<sup>395</sup>Ibid, 36.

<sup>396</sup>ibid, 37. Värt att notera här är att militärhögheten urskiljs inte som en del av förvaltningen, utan som en höghetsrättighet för egen del, grundad i folkkrätten och våldsmonopolet, ibid, 38.

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning



Figur 2.1: Reuterskiölds höghetsrättigheter

kesförvaltning och självstyrelse<sup>397</sup> skisseras.<sup>398</sup> Detta förvaltningsbegrepp är alltså tydligt bredare än det Reuterskiöld ovan kallat den »egentliga förvaltningen». Vad vi kan notera här är en relativt strikt uppdelning företas mellan å ena sidan vissa delar av statens verksamhet som jurisdiktion, militär verksamhet, beskattning och förvaltning av statens privategendom<sup>399</sup> och å andra sidan »förvaltningen i inskränkt betydelse».

<sup>397</sup>Får här antas motsvara »självförvaltning» hos både tidigare och senare författare. Han påpekar i anslutning att självstyrelsen inte innebär en rätt att »styra sig själfva» gällande privatangelägenheter utan en rätt att »själfva styra d.v.s. handhafva statsuppgifter», *Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran*, 44.

<sup>398</sup>Ibid, 43.

<sup>399</sup>Reuterskiöld använder även termen »förvaltning» när han skriver om den kerala förvaltningen av kronans enskilda jord, ibid, 39. Här diskuterar Reuterskiöld också möjligheterna till expropriation, koncession och sådan »förvaltningsverksamhet genom egna organ» som är i konkurrens med enskilda, genom statens egna företag. Det senare kallar han »socialekonomi» och rör socialiseringen till stat eller kommun av »vissa allmänna arbeten och företag». Grunden för sådan socialisering är, vilket är bekant i ljuset av Reuterskiölds grundläggande teori om hantering av sociala spänningar, att det finns en »existent eller hotande maktkonflikt» mellan den enskilda företagaren och folksamhällets intressen, ibid, 39f. Sådan socialisering är överlag inte önskvärd enligt honom men kan vara motiverad särskilt när företagen inte har något egenändamål, som infrastruktur som järnväg,

#### 2.4. Höghetsrättigheter och politi (Reuterskiöld)

Vad utgör då den »egentliga förvaltningen»? I detta begrepp lägger Reuterskiöld främst den polisiära funktionen, politifunktionen, att upprätthålla frid och säkerhet i samhället.<sup>400</sup> Men politiförvaltningen är inte begränsad till rent polisiär verksamhet. Politiförvaltningen innefattar flera grenar. Den egentliga politiförvaltningen är »säkerhets- och kriminalpoliti, sundhets- och sedlighetspoliti samt fångvård och exekution».<sup>401</sup> Utöver dessa har med samhällets »kulturutveckling» utvecklats industripoliti och ekonomipoliti. Ekonomipolitiken är positiv och använder direkta åtgärder som egnahems-lån, fiskerianstalter, rederilån och statssubventioner.<sup>402</sup> Industripolitien handlar om att skydda arbetare och ordna arbetsförhållanden genom inspektioner och försäkringsinrättningar. Denna politiförvaltning är alltså en mycket bred och heterogen samling verksamheter och fullgörande av uppgifter som staten tar på sig. Även här handlar det dock inom ramen för Reuterskiölds samhällsteori om att hantera motstående intressen, en social maktspänning, inte att främja vissa enskilda eller allmänna intressen.<sup>403</sup>

Från dessa uppgifter utskiljer Reuterskiöld en »social makthöghet». Om de vårdnadsuppgifter som familjen eller kommunen har inte uppfylls kan staten stiga in och därigenom lösa just en maktkonflikt som annars finns: den mellan sinnessjuka, spetälska och andra i samhället eller mellan undervisningens frihet gentemot maktin-

spårvägar och gasverk. Risken att statens privatekonomiska och inte socialekonomiska intressen tar överhanden varnar Reuterskiöld dock för, *ibid*, 40.

<sup>400</sup> »[D]den *administrativa politimakthögheten* [innebär] en statens befogenhet, i kraft av egen vilja, att öfvervaka och upprätthålla den allmänna friden och säkerheten i alla de afseenden och på alla de sätt den själf finner nödigt, samt att härför fordra de enskildes medverkan, såväl aktivt som passivt.» *ibid*, 40.

<sup>401</sup> Den egentliga politiverksamheten är negativ och preventiv med målet att »förebygga och förhindra störande af ordning och samhällsfrid, samt återställa lugn och säkerhet». Brottslingar »skola uppsåras och åtalas, bettlare och lösdrifvare eftertes, utskänkningslokaler och offentliga tillställningar eftertes, brand- och andra olyckshändelser hindras och motverkas.» *ibid*, 42.

<sup>402</sup> *Ibid*, 42.

<sup>403</sup> *Ibid*, 42f.

tressen. Staten skall här avskilja och skydda olika sfärer, i det senare fallet lärarnas rätt att själva bestämma vad och hur de undervisar.<sup>404</sup>

Här formuleras idén om politi som en viss typ av av generell offentlig verksamhet, ett slags generell förvaltning, för första gången på ett mer utförligt sätt i den svenska doktrinen.

## 2.5 SUBJEKTIVERING OCH »ICKE ALLTFÖR STOR SKADA SKEDD» (HERLITZ)

Nils Herlitz var tydligt inspirerad av den tyska förvaltningsrätten och där särskilt Mayer.<sup>405</sup> Om än han förhöll sig till det positivistiska vetenskapsidealet och menade att de positiva rättsreglerna var utgångspunkten för varje förvaltningsrätt (till skillnad från en förvaltningslära som rörde historiska skeenden och andra orsaker) fick den inte enbart stanna där. Hans *Föreläsningar i förvaltningsrätt. 1* från 1937 innehåller en utläggning av allmänna läror.

Förvaltningsrättens huvudsakliga innebörd kommer till uttryck i dess namn: den sysselsätter sig med *förvaltning*. I och för sig har detta från tyskan lånade ord en mycket vidsträckt betydelse. Det betecknar ett handhavande eller skötande av någonting.<sup>406</sup>

Herlitz påpekar att ordet förvaltning används i många betydelser, ofta »för någon annans räkning» och därmed är en »underordnad, osjälvständig» verksamhet. Förvaltningsrätten ägnar sig dock åt den offentliga förvaltningen, ett begrepp »av jämförelsevis ungt

<sup>404</sup>*Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran*, 41. »Den sociala makt-högheten åter grundar en rätt för staten att, när dess ändamål så kräfver, ålägga de enskilde särskilda besvär eller skyldigheter med afseende å deras egna förhållanden såsom enskilde, t. ex. genom obligatorisk folkundervisnings anordnande.» ibid, 40. Även här är grunden för dessa ingripanden inte egentligen i »den allmänna välfärden eller individernas bästa» utan endast som ett stöd för de som är maktlösa eller oförmögna då de inte stöds av något privatsamhälle (som familjen).

<sup>405</sup>Björne, *Realism och skandinavisk realism : 1911-1950*, 547.

<sup>406</sup>Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt. 1*, 9.

## 2.5. Subjektivering och »icke alltför stor skada skedd» (Herlitz)

datum». <sup>407</sup> Tidigare användes ofta termer som politi, ekonomi, styrelse, administration. »Det var först under 1800-talet, som man – under intryck från andra länder – vände sig att använda termen förvaltning (eller statsförvaltning) såsom en sammanfattning av offentlig verksamhet.» <sup>408</sup>

Herlitz tycker en undersökning av terminologins utveckling vore intressant, men nöjer sig med tre anmärkningar. Den första är »att betydelseutvecklingen delvis torde hava anknytning till föreställningen om förvaltningen såsom hänförande sig till ett materiellt objekt». <sup>409</sup> Intressant är att i noten till den just citerade meningen påpekar han att denna föreställning om anknytningen till ett materiellt objekt är orsaken till att »språkbruket alltjämt tvekar att beteckna en verksamhet av utpräglat ideellt innehåll (t. ex. undervisning) såsom förvaltning». <sup>410</sup> Vid den tid som Herlitz skriver har inte förvaltning ännu helt slagit igenom som allmän term för den verksamhet som vi idag kallar offentlig förvaltning. På samma sida kommer en anmärkning i parentes att termen »statsförvaltning» troligen kommer sig av att man tänkte sig staten som objektet, »såsom ett slags anstalt» som blev förvaltad. <sup>411</sup> Som tredje anmärkning menar Herlitz att användningen av termen förvaltning »delvis torde hava bestämts av regeringsformens tanke, att 'sysslor och värv' voro förvaltandets föremål». <sup>412</sup> I 1809 års RF återfinns i 47 § följande (i modern språkdräkt):

Rikets hovrätter och alla andra domstolar skola efter lag och laga stadgar döma; rikets kollegier, lantregeringen tillika med alla andra verk samt högre och lägre ämbetsmän, skola förvalta de dem åliggande sysslor och värv, enligt de instruktioner, reglementen och föreskrifter, som redan givna äro eller framdeles kunna givas, lyda Ko-

<sup>407</sup> Ibid, 9.

<sup>408</sup> Ibid, 10.

<sup>409</sup> Ibid, 10.

<sup>410</sup> Ibid, 10, not 3.

<sup>411</sup> Ibid, 10.

<sup>412</sup> Ibid, 10.



## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

*nungens bud och befallningar och räcka varandra handen till fullgörande därav och av allt vad rikets tjänst utav dem fordrar; blivande de Konungen i laga ordning ansvarige, om något utav dem underlåtes och försummas eller olagligen behandlas.*<sup>413</sup>

Det vill säga, myndigheterna »skola förvalta de dem åliggande sysslor och värv» som finns i rättskällorna. Sysslor och värv framstår ju inte som nödvändigtvis gällande endast materiella föremål. Här finns alltså redan (minst) fyra idéer om förvaltningen och dess föremål:

1. Förvaltningen som hanterandet eller skötandet av ett materiellt föremål,
2. förvaltning som skötandet av staten (staten som objekt),
3. förvaltningen som följandet av instruktioner, regler och befallningar om vissa verksamheter (sysslor och värv),
4. förvaltningen som fullgörandet av ideell verksamhet (verksamhet utan ett materiellt objekt) så som undervisning.

Herlitz avfärdar Rabenius användning av termen »statsförvaltning» för allt som syftade till att »förverkliga statsändamålet», vilket inkluderade rättskipning och lagstiftning.<sup>414</sup> Den grundar sig inte i varken svenskt eller utländskt språkbruk eller »internationell rättsvetenskaplig teori».<sup>415</sup> För Herlitz är klargörandet av vad som bör förstås med offentlig förvaltning en dubbel uppgift. Å ena sidan handlar det om att fokusera på det *offentliga* till skillnad från privata verksamheter. Det andra är att skilja »offentliga *förvaltningen* från annan offentlig verksamhet.»<sup>416</sup>

Herlitz påpekar att förvaltning inte är unikt för det offentliga (även privata aktörer, reglerade i privaträtten, kan förvalta saker)

<sup>413</sup> 47 § 1809 års RF, min kursivering.

<sup>414</sup> *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 11.

<sup>415</sup> Här är ingen referens till Rabenius direkt, även om han har citat – dessa kan dock hänvisa enligt noten till C.-A. Reuterskiöld, *Den svenska förvaltningsrättens system*, 6ff, även referens till Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.

<sup>416</sup> Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 11.

## 2.5. Subjektivering och »icke alltför stor skada skedd» (Herlitz)

men också att förvaltningen kan användas som term för all offentlig verksamhet. I detta spann mellan att förvaltningen omfattar all offentlig och stora delar av den privata verksamheten, till att inskränka betydelsen till en nivå däremellan är därmed Herlitz föresatta uppgift. Schematiskt kan det ställas upp som i tabell 2.2.

	offentlig	privat
förvaltning	offentlig förvaltning	privat förvaltning
ej förvaltning	rättskipning, lagstiftning	annan verksamhet

Tabell 2.2: Offentlig förvaltning, distinktioner hos Herlitz 1937

Med hänvisning till sitt eget arbete från 1924, *Svensk stadsförvaltning på 1830-talet*, påpekar Herlitz att gränserna tidigare varit flytande, ända fram till 1800-talet. Uppdelningen i offentligt och privat, som i påpekandet att exekution var en privat uppgift på medeltiden, är att använda nutidens distinktion »som ej var tidens egen». <sup>417</sup> Uppdelningen i två skilda sfärer (offentligt och privat) har »sammanhängt med den alltmer utvecklade föreställningen om vissa subjekt såsom bärare av den offentliga verksamheten». <sup>418</sup> Staten är i detta sammanhang ett av de senare tillkommna subjekten, enligt Herlitz.

Från början fysiska och senare juridiska personer, som »Konung och ständer, menigheter, anstalter och inrättningar av olika slag» samt även »ämbeten och tjänster» förstods som subjekt, eller »subjektiverades». <sup>419</sup> Dessa subjekt förstås då som bärare av den offentliga verksamheten som särskiljs från det privata. I och med denna utveckling uppkommer begreppet »det allmänna (*publicum*)» som en sammanfattning av det i vilkens tjänst alla dessa organ verkar. <sup>420</sup> Det offentliga som idé får dock enligt Herlitz »full pregnans» först i och med statsidéen.

<sup>417</sup> Ibid, 12, not 1.

<sup>418</sup> Ibid, 12.

<sup>419</sup> Ibid, 12.

<sup>420</sup> Ibid, 13.

Staten har kommit att uppfattas icke såsom en anstalt, som är föremål för förvaltning, eller en apparat för offentliga intressens tillgodoseende, utan såsom ett subjekt för den offentliga verksamheten. Den har blivit ett slags kristallisationspunkt för denna verksamhet: verksamheten har, av vem den än utförts, »tillräknats» staten och sålunda uppfattats såsom utförd i statens tjänst eller av staten genom dess organ. Vad som förut tedde sig som självständiga subjekt, har sålunda kommit att istället betraktas såsom organ åt staten. Vad som varit sådana självständiga subjekts rättigheter och skyldigheter har blivit statens.<sup>421</sup>

Herlitz påpekar i en not till ovanstående avsnitt att »statsförvaltning» genom detta fick betydelsen »den av staten utförda förvaltningen».<sup>422</sup> Detta då i motsats till betydelsen *förvaltningen av staten* (som en anstalt).<sup>423</sup> Enligt Herlitz är det obehövt att gå till botten med denna subjektiverings innebörd, men han påpekar kort att i »statshushållningens historia framträder förskjutningen såsom en avveckling av specialdestinationssystemet».<sup>424</sup> Från att ha varit fråga om enskilda ekonomiska beslut tagna av riksdagen för ett visst ändamål (specialdestination), består nu hushållningen i en mer omfattande kontinuerlig verksamhet.

Det har dock också med rättsstatsidéerna som utvecklas på 1800-talet att göra, där både det »offentliga livet» och de enskildas inbördes relationer skulle underkastas »rättens herravälde» vars regler skulle »bestämma relationerna».<sup>425</sup> »Men rättsreglernas väsen ligger – sades det – däri att de reglera förhållandet mellan skilda rättssubjekt; utan uppfattningen om staten såsom ett rättssubjekt (juridisk person) syntes med andra ord ingen offentlig rätt vara möj-

<sup>421</sup> *Föreläsningar i förvaltningsrätt. 1, 13f.*

<sup>422</sup> *Ibid, 13, not 4.*

<sup>423</sup> *Ibid, 10.*

<sup>424</sup> *Ibid, 14, not 3.*

<sup>425</sup> *Ibid, 14.*

## 2.5. Subjektivering och »icke alltför stor skada skedd» (Herlitz)

lig.»<sup>426</sup> Med andra ord, för att rättsreglerna i rättsstaten skall reglera även staten, krävs att denna förstås som ett rättssubjekt. Detta är alltså subjektiveringsprocessen.<sup>427</sup> Enligt Herlitz utgår positiv svensk rätt från åskådningen att »den offentliga verksamheten är i främsta rummet statens verksamhet».<sup>428</sup> Även *riksstyrelse* och *regering* faller in under förvaltningen, så länge de inte utgör lagstiftning, eftersom de inte går att »generellt särhålla» från förvaltningen.<sup>429</sup>

När det gäller att hitta ett avskiljande kriterium med vilket vi kan identifiera den offentliga förvaltningen underkänner Herlitz alla föreslagna lösningar som otillräckliga. Varken distinktionen mot det privata, verksamhetens ändamål eller intresset bakom, beskaffenheten hos själva verksamheten eller organisatoriska kriterier är fullgoda lösningar för att urskilja den offentliga förvaltningen från andra offentliga eller privata verksamheter eller sfärer.<sup>430</sup> Det enda möjliga är att i varje tid och på varje plats försöka beskriva den specifika verksamhet som där försiggår och försöka avgöra om den ter

<sup>426</sup> Ibid, 14.

<sup>427</sup> Även om vissa velat inskränka denna förståelse av staten som ett rättssubjekt till ekonomisk verksamhet, har den i allmänhet utökats till att gälla alla rättsförhållanden, så »att staten alltigenom fattats såsom ett rättssubjekt, en bärare av rättigheter och skyldigheter» ibid, 15. Även om det enligt Herlitz förts diskussioner i Tyskland huruvida statsbegreppet skall förstås som »grundval för den offentliga rätten» vill han här inte gå närmare in på dessa rättsteoretiska spörsmål, ibid, 15.

<sup>428</sup> Ibid, 15.

<sup>429</sup> Ibid, 31. När det gäller kommunalrätten så skiljer lagstiftningen ut förvaltningen som en del och »beslutande organ skiljas från verkställande och förvaltande». Även om Herlitz tycker det finns vissa skäl att jämföra den kommunala självstyrelsen med riksstyrelsen, vill han ändå rubricera hela den kommunala verksamheten, i likhet med statliga myndigheter som verk och länsstyrelser, som förvaltning. Jag återkommer till en diskussion om kommunal självförvaltning i relation till statliga förvaltningsmyndigheters verksamhet i avsnitt 3.3.1. I en not motiverar Herlitz detta så här: »Materiellt sett är 'självstyrelsen' av ganska brokig beskaffenhet. Sundberg har med sin terminologi ej velat förneka, att den rymmer mycket av förvaltning.» ibid, 32.

<sup>430</sup> Ibid, 17ff.

sig offentlig.<sup>431</sup> Denna otillräcklighet i det vetenskapliga definierandet oroar dock inte Herlitz överdrivet mycket.<sup>432</sup>

Något förvaltningsbegrepp finns att alltså enligt Herlitz inte att tillgå i den svenska konstitutionella traditionen. I senare lagstiftning har förvisso föreställningen om förvaltningen »såsom en avgränsad grupp av offentliga funktioner, vunnit insteg». Det har dock inte inneburit att det ur lagtolkningssynpunkt blivit en angelägen uppgift att klargöra vad förvaltning är. Inte heller är vetenskapen »bunden vid en i positiv rätt förankrad betydelse av termen». Begreppet offentlig förvaltning har därmed främst gjort sig gällande i det allmänna språkbruket.<sup>433</sup> I det allmänna språkbruket finns dock flera betydelser och det är inom ramen för förvaltningsrättsliga undersökningar viktigt att »så långt det är möjligt, fixera, vad man menar». Även om begreppsbestämningen bör förhålla sig både till det allmänna språkbruket, vedertagen vetenskaplig teori och positiv rätt kan förvaltningsrättsvetenskapen vara ganska fri och »som sitt egentliga öronmärke fatta uppställandet av en praktiskt användbar begreppsbestämning».<sup>434</sup> Men även detta kan vara svårt, och om man inte når hela vägen fram är det ingen fara trots allt:

Om den icke ens når detta syfte – utan nödgas konstatera, att förvaltningens gränser i någon mån är flytande – är för övrigt därmed icke alltför stor skada skedd.<sup>435</sup>

Kontentan för Herlitz blir att det inte går att fastslå någon säker definition för förvaltningen med stöd i allmänspråket, vetenskapen eller den positiva rätten. Dess gränser är flytande, men det är inget att oro sig för.

<sup>431</sup>Föreläsningar i förvaltningsrätt. 1, 24f.

<sup>432</sup>Det hindrar honom heller inte från att relativt detaljerat utveckla en beskrivning av hur distinktionerna ser ut i den svenska förvaltningsrätten vid tiden då han skriver.

<sup>433</sup>Föreläsningar i förvaltningsrätt. 1, 27. Här och senare är citaten utan egna referenser placerade på samma sida som närmast följande referens. Detta för att inte tynga texten med onödigt många fotnoter.

<sup>434</sup>Ibid, 28.

<sup>435</sup>Ibid, 28.

## 2.5. Subjektivering och »icke alltför stor skada skedd» (Herlitz)

### HERLITZ OM FAKTISK VERKSAMHET

Som vi redan sett ovan diskuterar Herlitz det vi idag kallar faktisk verksamhet, och själva omfattningen av begreppet förvaltning utgör en integrerad del av hans teori. Som en början till en definition gör Herlitz distinktionen mellan myndighetsakter och den förvaltning som inte är myndighetsakter. På ett bekant sätt definierar Herlitz myndighetsakterna positivt och låter den andra kategorin bli negativt bestämd. Myndighetsakterna är de som »antingen äro rättsskapande – i den mening att de med förbindande verkan fastslå vad som är eller skall vara rätt – eller ock innebära utövning av ett av rätten reglerat tvång mot enskilda». Mot dessa står då de akter där »offentlig myndighet» inte används, men som ändå utgör förvaltning: »undervisning, vård av fattiga, järnvägsdrift, fastighetsförvaltning». <sup>436</sup> Den offentliga verksamhet som utgör förberedelsen till en myndighetsakt, exempelvis en utredning, skall enligt Herlitz förstås som en enhet med själva akten. <sup>437</sup> Värt att notera här är att begreppet myndighetsakter här än så länge innefattar även lagstiftning och rättskipning, som alltid innebär myndighetsutövning. <sup>438</sup> De viktigaste funktionerna är enligt Herlitz att särskilja förvaltningen från andra offentliga funktioner, och då är den lättaste lagstiftningen. Även lagbegreppet lider dock av mångtydighet. En mångfald for-

<sup>436</sup> ibid, 28. I en not påpekar Herlitz att distinktioner liknande den han använder i »den förvaltningsrättsliga litteraturen företagits efter många olika inbördes avvikande linjer». Han tar inte ställning till alla dessa, men påpekar att hans distinktion liknar den som Andersen, *Dansk forvaltningsret, almindelige emner*, 217f, gör mellan »faktiska handlingar» och »rättsakter» och Maurice Haurio gör mellan »opérations techniques» och »administration au droit», Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 28, not 1.

<sup>437</sup> ibid, 28f. Här hänvisar Herlitz till Kelsen, *Justiz und Verwaltung*, 24 och *Förhandlingarna å det femtonde Nordiska juristmötet i Stockholm den 27-29 augusti 1931*, 238.

<sup>438</sup> Vi måste här vara uppmärksamma på den skilda användningen av termen myndighetsutövning hos Herlitz, som är bredare än det myndighetsutövningsbegrepp som idag används.

mella och materiella definitioner finns i doktrinen, av både bred och snäv art.<sup>439</sup>

Även om det nu gått med distinktionen mellan förvaltning och rättskipning som det tidigare gått med definitionen av offentlig verksamhet – att ingen sådan materiell definition står att finna – är Herlitz inte alltför oroad.<sup>440</sup> Han hänvisar till att redan Rabenius funnit detta och dennes formulering att man får nöja sig med »en någorlunda klar föreställning om vad som i de civiliserade samhällena menas med förvaltning». Resultatet blir att bara en formell bestämning återstår, inte en materiell eller i vetenskapen grundad sådan.

Kriteriet är, om man så vill, formellt. Men det har sitt berättigande däri, att den formella ordningen – om den än ej kan bygga på en vetenskapligt hållbar åtskillnad mellan rättskipning och förvaltning – oftast i varje särskilt fall är grundad i lagstiftarens mening, till äventyrs ologisk, om sakernas materiella innebörd.<sup>441</sup>

Som avslutande punkter i kapitlet påpekar Herlitz att det är viktigt att både särskilja förvaltningen och »uppmärksamma dess släktskap med andra rättsliga företeelser», utan att det skymmer blicken för det som är »karaktaristiskt för förvaltningen.» »Allra minst får den leda till ett förbiseende av dess behov av en rättslig reglering, som är avpassad efter dess egenart.»<sup>442</sup>

<sup>439</sup>För de förvaltningsrättsliga ändamålen i denna skrift ansluter Herlitz sig till Malmgrens definition av lagstiftning: »samtliga från de högsta statsorganen utgående akter, som gå ut på att fastställa, ändra eller upphäva rättsnormer, oavsett huruvida åtgärden ankommer på konung och riksdag gemensamt eller på endera», Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 29, citerat från Malmgren, *Sveriges författning*, 34 och Edén, *Sveriges Riksdag*, 34 och med hänvisning till Herlitz själv, Herlitz, *Om lagstiftning genom samfällda beslut av konung och riksdag*, 402, 434ff. Herlitz vill inte heller skilja mellan rättsnormer som riktar sig till medborgare och de som riktar sig till statsorganen. Med detta menar Herlitz att han inte intar en rättsteoretisk ståndpunkt utan en praktisk, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 30.

<sup>440</sup>Se också *ibid*, 46 om att vetenskapen inte behöver bekymra sig över bristen på materiell definition.

<sup>441</sup>*Ibid*, 45.

<sup>442</sup>*Ibid*, 48.

## 2.5. Subjektivering och »icke alltför stor skada skedd» (Herlitz)

### HERLITZ OM LEGALITET

Här är det på sin plats att säga något om Herlitz utläggning kring legalitet och normbundenhet. Herlitz diskuterar förändringen från en äldre föreställning om förvaltningen som fri, till skillnad från den bundna rättskipningen. I äldre tid har »förvaltningen åtminstone på många håll i huvudsak haft att, obunden av alla normer, lösa sina uppgifter med hänsyn till vad som i de särskilda fallen funnits riktigt och lämpligt; detta innebär frihet gentemot all lagstiftning, även den enbart materiella». <sup>443</sup> Gällande förvaltningen i Sverige har dock när det gäller myndighetsutövning <sup>444</sup> inte skiljt sig särskilt från rättskipningen när det gäller lagbundenhet. Både från materiell utgångspunkt och från den principiella utgångspunkten i 1809 års RF 16 § har den svenska förvaltningen varit i ganska hög grad lagbunden. <sup>445</sup>

Den förändring som då skett är att denna lagbundna rättskipning och fria förvaltning »i hög grad modifierats» genom »rättsstatens program» under 1800-talet. <sup>446</sup> Denna generella utveckling skisserar Herlitz i tre steg: 1) Folkrepresentationerna genom lagstiftning börjat utöva större inflytande över förvaltningsverksamheten. Den moderna konstitutionalismen har därmed inneburit att lagen utgjort en negativ begränsning av den fria förvaltningen. 2) Lagstiftningen har positivt bestämt förvaltningsverksamhetens innehåll, vilket lett förvaltningen till att mer likna rättskipningen i normbundenhet. 3) Statsrätten i många länder uppställt förbehållet att ingrepp i medborgarnas frihet och egendom kräver stöd av formell lag. <sup>447</sup>

<sup>443</sup> Ibid, 33.

<sup>444</sup> Notera att Herlitz inte laborerar med exakt samma betydelse som vi idag gör, se ovan fotnot 429.

<sup>445</sup> *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 34.

<sup>446</sup> Ibid, 34.

<sup>447</sup> *ibid*, 35. De två första stegen har genomförts i svensk rätt, medan det tredje inte blivit gällande genom positiv lag, men »dock gestaltar sig konstitutionell praxis föga annorlunda än om ett dylikt förbehåll gällde», *ibid*, 35. Herlitz hänvisar till den livaktiga tyska debatten om rättsstaten och pekar särskilt ut Schmitts



## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

Den andra aspekten av den ökade normbundenheten ligger enligt Herlitz i »ett ökat beroende av lagar i den materiella mening som ovan berörts, d.v.s. av generella normer». <sup>448</sup> Här motiveras det främst av likhetsprincipen. <sup>449</sup>

Utifrån denna genomgång menar Herlitz att lagbundenheten inte är något särskiljande för rättsskipningen, utan tvärtom att »förvaltningen i sin helhet kan betecknas som normbunden», trots att normerna ofta är »av mycket obestämd beskaffenhet». <sup>450</sup> Förvaltningen är inte »principiellt fri och därför ur rättslig synpunkt [...] irrelevant», så som det privata handlandet är. Som ett slags minimum utgör det allmännas bästa en grundnorm. <sup>451</sup> Skillnaden mellan rättsskipningens och förvaltningens lagbundenhet är därmed en gradskillnad. De obestämda, ibland »ytterst innehållstomma» normerna gäller då »intresset för likformighet och maktkoncentration» fått ge vika för »hänsynen till det som i de konkreta fallen anses riktigt och lämpligt». Exempel på detta är när kungen »obunden av lagar styr riket», polismyndigheternas och kommunernas upprätt-

kritiska inlägg till idén om rättsstaten, Schmitt, »Was bedeutet der streit um den Rechtsstaat?», 189ff.

<sup>448</sup>Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 35.

<sup>449</sup>ibid, 35f. Mycket intressant påpekar Herlitz i en not att det också kan ha att göra med intresset att koncentrera makten hos de centrala statsorganen: »Utom av det rättsstatliga intresset för likformighet i statsverksamheten kan lagbundenheten också sägas vara betingad av en strävan att förläna de högre statsorganen ett starkare inflytande, att koncentrera makten hos dem. Denna strävan gör sig naturligen gällande även där förvaltningen ej består i myndighetsutövning.» ibid, 36, not 1. Denna tanke som alltså funnits inom rättsskipningen, vinner under 1800-talet »stor och genomgripande betydelse» även i förvaltningen, ibid, 36.

<sup>450</sup>Han vänder sig därmed emot formuleringar som exempelvis F J von Stahl som menat att lagen är rättsskipningens mål, medan förvaltningen blott har lagen som ett skrank.

<sup>451</sup>I polemik mot von Stahls formulering ovan och med hänvisning till Andersen, *Dansk forvaltningsret, almindelige emner*, 35, fortsätter Herlitz i fotnoten: »Häremot betonar den moderna förvaltningsrätten med styrka, att alla förvaltning åtminstone i någon mån är bunden; det är en grundväsentlig skillnad mellan den enskildes autonomi och förvaltningens 'fria' verksamhet, som i varje fall alltid lyder under regeln, att det skall göras som det allmänna bästa fordrar.» Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 36, not 3.

## 2.6. Varje rättssubjekt har en förvaltning (Sundberg)

hållande av ordning och säkerhet, kommunernas hushållningsangelägenheter och också de »förvaltningsgrenar utan myndighetsutövning» där rättsstatliga synpunkter inte lett till krav på likformighet. Dessutom fungerar det fria skönet som ett ytterligare sätt att utöva en friare förvaltning. Herlitz vill dock inte se detta som ett »förvaltningens väsen», utan påpekar att flera delar av förvaltningen är lika hårt bundna som rättskipningen. Det fria skönet är inte heller unikt för förvaltningen, utan finns även i domstolarnas prövning.<sup>452</sup>

Rättskipningen har förvisso till syfte att »realisera rättsordningen» och att vara till för rätten och den enskildes skull, medan förvaltningen direkt tjänar »det allmännas intressen».<sup>453</sup> Men utvecklingen i rättspositivistisk riktning och den generella svårigheten att i de olika sfärerna förvaltning och rättskipning särskilja intressena har gjort distinktionen svår att upprätthålla.<sup>454</sup> Även om olika motiv kan delvis särskilja rättskipning och förvaltning, håller distinktionen (särskilt i rättsstatens tidevarv) inte streck då båda influerats av varandras motiv och dessutom rättskipningen också setts som en funktion hos staten.<sup>455</sup>

## 2.6 VARJE RÄTTSSUBJEKT HAR EN FÖRVALTNING (SUNDBERG)

Under rubriken »Förvaltningen och förvaltningsverksamheten» inleder Halvar Sundberg 1943, som Herlitz före honom, med att påpeka att begreppet förvaltning är »omfattande och obestämt». Det förekommer både inom det offentliga och privata livet.

<sup>452</sup> *ibid*, 37. Herlitz påpekar att domaren inte sysslar med enbart subsumtion av fakta under rättsregler utan långt mer än man förr tänkt ägnar sig åt en verksamhet av »fritt skapande karaktär» *ibid*, 38.

<sup>453</sup> *Ibid*, 38f.

<sup>454</sup> *Ibid*, 39f.

<sup>455</sup> Att särskilja rättskipning och förvaltning genom materiell definition är inte heller framkomligt, likväl som särskiljandet att två privaträttsliga subjekt skulle vara parter för rättskipningen är en förenkling, *ibid*, 41ff.

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

Man talar om »förrådsförvaltare», »godsförvaltare» och »förmögenhetsförvaltare»; man »förvaltar» ett ämbete, en jordbruksegendom, ett hyreshus eller en förmögenhet. Att förvalta innebär alltså att handhava de för ämbetets, egendomens, husets eller förmögenhetens skötsel erforderliga göromålen: att handlägga de ärenden, som tillhöra ämbetet, att besörja jordbruket, boskapsskötseln och skogsbruket, att uppbära hyror, låta verkställa reparationer, teckna försäkringar och betala fastighetens övriga utgifter, lyfta räntor och utdelningar, företaga nödiga omplaceringar, o.s.v.<sup>456</sup>

Detta breda förvaltningsbegrepp, utan åtskillnad mellan det privata och det offentliga, består också i både *faktiska handlingar* och *rättshandlingar*.<sup>457</sup> Eftersom förvaltningen är så omfattande kan den inte vara »en helt osjälvständig verksamhet». Även om förvaltaren inte är ägare måste denna person »äga en viss, mer eller mindre omfattande ... beslutanderätt» under förvaltningen, som binder ägaren.<sup>458</sup> Det finns alltså ett slags grundläggande ställföreträderskap som en del av förvaltningens väsen. Sedan presenterar Sundberg en definition av förvaltning som är unik i den svenska doktrinen.

Varje existerande rättssubjekt har en förvaltning. Verksamheten är nämligen oskiljaktig från rättskapaciteten.<sup>459</sup>

För Sundberg är alltså förvaltningen (som verksamhet) i princip identisk med själva rättskapaciteten. Alla naturliga och juridiska personer har förvaltning, »husmodern, som handhar hemmets skötsel, och verkställande direktören, som leder ett miljonbolag, äro båda förvaltare», men också olika offentliga och privata rättssubjekt

<sup>456</sup>Sundberg, *Grunddragen av allmän förvaltningsrätt*, 13.

<sup>457</sup>Intressant här är att Sundberg använder agrara exempel: jordens plöjning, sådd och skörd som faktiska handlingar och försäljningsavtal, hyreskontrakt och anställning som exempel på rättshandlingar

<sup>458</sup>*Grunddragen av allmän förvaltningsrätt*, 13.

<sup>459</sup>*Ibid*, 14.

## 2.6. Varje rättssubjekt har en förvaltning (Sundberg)

har »förvaltningsverksamhet: bolag, föreningar och stiftelser lika väl som stat, kyrka, kommuner och korporationer och anstalter».<sup>460</sup> Verksamheten att förvaltas hör till en person även om denna inte själv har förmåga att handla. Juridiska personer eller barn »har förvaltning», men denna förvaltning får »handhas» av någon annan. Kärnan i denna förvaltning som alla sorters subjekt har är en »verksamhet, som innebär företagandet av de för subjektets upprätthållande erforderliga faktiska och rättsliga handlingarna.»<sup>461</sup> Förvaltning är därmed alla faktiska och rättsliga handlingar som rör ett subjekt. Dock ger formuleringen »för subjektets upprätthållande erforderliga» vid handen att det verkar röra sig mer om nödvändiga handlingar eller handlingar man är av något slags plikt ålagd att göra. Det utgör fortfarande ett ovanligt brett förvaltningsbegrepp.

Två delar av statsstyrelsen måste för Sundberg skiljas ut från förvaltningen, då förvaltningen »är blott en del av statsstyrelsen.» För det första *regementet*, »den egentliga riksvårdande verksamheten [...] som avser högsta ledningen av statsstyrelsen» och är förbehållen Kungl. Maj:t.<sup>462</sup> För det andra skall förvaltningen avgränsas från *rättsskipningen*. Enligt Sundberg har Sverige karakteriserats av att förvaltningen inte setts som »en fri funktion» utan som »bestämd av lagen». Förvaltningen »uppfattades som en lagtillämpande verksamhet av liknande slag som rättsskipningen».<sup>463</sup>

Sundberg övergår sedan från denna relativt koncist utvecklade *formella* bestämning av vad som utgör »den egentliga förvaltningen» till att diskutera förvaltningsverksamhetens innehåll. Men här ger Sundberg upp innan han ens har försökt och konstaterar att förvaltningsverksamhetens innehåll helt enkelt är den statsverksamhet som inte är »lagstiftning, statsreglering, regemente eller rättsskipning». Trots att denna bestämning också enligt honom är både »föga upplysande» och otillfredställande kan det inte hjälpas,

<sup>460</sup> Ibid, 14.

<sup>461</sup> Ibid, 14.

<sup>462</sup> Ibid, 16 med hänvisning till 1809 års RF § 47.

<sup>463</sup> Ibid, 16.

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

då »förvaltningen är 'resten' och den är icke något enhetligt begrepp; den är icke ens skarpt skild från övriga statsfunktioner».<sup>464</sup>

Förvaltningsverksamheten kan också bestå av både normgivning («uppställandet av bindande normer») och budgetstyrning («statsreglerande verksamhet»). Det finns inte heller någon åtskillnad i det att det högsta organet skulle handha de viktigaste besluten och de lägre mindre viktiga. Kungl. Maj:t har »allsköns bagatellärenden» på sitt bord, medan förvaltningsorganen fattar »mycket vittutseende beslut» och tar därmed del även av regementet. Sist finns även en omfattande rättskipande verksamhet inom förvaltningen, förvaltningsjurisdiktionen. Sammantaget rör det sig om en stor närhet mellan rättskipning och förvaltning.<sup>465</sup>

Det främsta förvaltningsrättsliga subjektet är staten själv, men har sällskap av andra »av staten erkända [...] bärare av offentliga förvaltningsfunktioner». Här skisseras en viss hierarki genom att de rättssubjekt som är offentliga »lyfts upp ur de civilrättsliga personernas» krets och får »en högre, en offentlig uppgift». Dessa offentlig-rättsliga subjekt har dock kvar »privaträttslig rättskapacitet» och är inte begränsad i omfattningen av denna.<sup>466</sup> Makten över själva verk-

<sup>464</sup> Grunddragen av allmän förvaltningsrätt, 18.

<sup>465</sup> ibid, 18, 22. Som en avslutning i samma avsnitt dyker plötsligt statsändamålet upp under beteckningen förvaltningens ändamål, i form av relativt anspråkslösa formuleringar om trivsel, frid, trygghet och trevnad. »Förvaltningens ändamål är statens och folkets upprätthållande; detta har också uttryckts så, att förvaltningen avser att be[f]rämja det allmänna och enskilda levernets trivsel. Denna senare enkla men målande bestämning anknyter till det för en var uppenbara förhållandet, att en välorganiserad och välfunktionär förvaltning äger förmåga att inom ett samhälle upprätthålla den allmänna känsla av trygghet och trevnad, vilken man även kan beteckna såsom samhällsfriden, och vilken utgör en av grundvalarna för näringslivets blomstring och därigenom också för folkets allmänna välstånd.» ibid, 18f

<sup>466</sup> »Med offentlig förvaltning åter förstås en förvaltningsverksamhet, som direkt eller indirekt handhaves för statens räkning. Direkt statsförvaltning föreligger, när ett statsorgan besörjer verksamheten; indirekt åter, när staten använder sig av ett icke-statligt subjekt för förvaltningsuppgiftens bestridande. Enär detta subjekt sålunda får själv handhava statsförvaltning, kan denna förvaltning benämnas 'självförvaltning'» ibid, 24.

## 2.6. Varje rättssubjekt har en förvaltning (Sundberg)

samheten och dess inriktning måste alltså i någon mån gå tillbaka på staten.

Sundberg redogör kort för exempel (om än kanske inte en uttömmande lista) på förvaltningsrättsliga subjekt<sup>467</sup>: kyrkan, kommunen, korporationen (ex. hushållningssällskap, handelskammare, mosaiska församlingar), anstalten (ex. högskolor, akademier, skolor, hospital), stiftelsen. Dessa typer av subjekt präglas av olika aspekter som: gemensamma organ med staten (kyrkan) förvaltningsuppgifter (kyrkan, korporationer), tvunget medlemskap (vissa korporationer), av staten fastställd organisation (korporationer, anstalter), förvaltningsverksamhet (anstalter).<sup>468</sup>

Vilka är då de förvaltningsrättsliga *objekten*? De är »alla nyttigheter, som kunna användas för tillgodoseende av de förvaltningsrättsliga subjektens behov». <sup>469</sup> Det är alltså tillgångar och egendom som hör subjekten till. Det finns ingen principiell skillnad mellan förvaltningsrättens och civilrättens »objekt».

Sundbergs föreslagna definition av förvaltning som en egenskap eller verksamhet som alla rättssubjekt eller personer besitter är unik. Denna mycket inkluderande eller generella definition av förvaltning erbjuder en ingång i förvaltningsrättsvetenskapens grundproblem från ett helt annat perspektiv. Här likställs förvaltandet i princip med rättskapaciteten, vilket också innebär att ett subjekts förvaltning kan handhas av någon annan, exempelvis en förälder<sup>470</sup> eller en tjänsteperson.<sup>471</sup>

<sup>467</sup> Vilka vi idag kanske skulle snarare kalla *offentlig*rättsliga subjekt (eller organ).

<sup>468</sup> Stiftelsen utgör här ett specialfall vars »offentliga karaktär formellt erkännes genom fastställelsen» av att den främjar ett allmännyttigt ändamål, *Grunddragen av allmän förvaltningsrätt*, 26f.

<sup>469</sup> Ibid, 28.

<sup>470</sup> Och bekräftar härmed den tes en kollega till mig ivrigt förespråkar – att förmynderskapsrätten utgör all juridiks kärna.

<sup>471</sup> Trots denna radikala position ter sig sedan Sundbergs följande systematiska arbete relativt ortodox i sitt upplägg. Ett statsändamål identifieras ändå, och i övrigt identifieras ett antal specifika offentligrättsliga subjekt av olika slag (kyrkan, korporationer, anstalter, etcetera) och deras olika objekt som består av diverse fysiska egendomar.

## 2.7 DEN OFFENTLIGRÄTTSLIGA REGLERINGENS SÄRART (STRÖMBERG)

En av de viktigaste böckerna i den allmänna förvaltningsrätten är alltjämt Håkan Strömbergs *Allmän förvaltningsrätt* som givits ut sedan 1962, baserad på en stencilerad manusversion från 1961. Här finns alltså en i princip obruten linje från efterkrigsepoken och den svenska välfärdsstatens mest expansiva dagar in i vår tid. I inledningen till sin lärobok från 1962<sup>472</sup> skriver Strömberg att om »man närmare vill ange, vad som menas med offentlig förvaltning, är man i första hand hänvisad till en negativ definition». Det som inte räknas till förvaltningen brukar vara riksdagens, regeringens och domstolarnas verksamhet. »Vad som återstår av statlig (och kommunal) verksamhet, kallar man förvaltning.»<sup>473</sup>

Här återfinner vi alltså en sedan tidigare bekant negativ definition av förvaltningen. Förvaltningsrätten innehåller dock också regler om relationen mellan myndigheter och medborgare, myndigheternas interna regler och regler direkt riktade till medborgare sank-

<sup>472</sup>Strömberg, *Allmän förvaltningsrätt* [1962], baserad på *Allmän förvaltningsrätt* : kompendium som verkar vara identisk, i varje fall vid en ytlig besiktning. Strömbergs lärobok har som sagt kommit ut i över 25 upplagor och redigeras idag av Bengt Lundell. De inledande två styckena i andra kapitlet om de förvaltningsrättsliga subjekten är i princip desamma i utgåvan från 1962 som 2018. Ett tillägg med anledning av statens suveränitet har lagts till angående EU, men Lundell påpekar att den inskränkning av suveräniteten som det innebär vilar ytterst på riksdagens beslut, Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 25.

I Lundells senaste utgåva har ett stycke tagits bort. Istället för att som Lundell 2018 gå direkt till stycket som inleds med formuleringen att statens »egenskap av juridisk person ...», börjar Strömberg 1962 i att skriva om en *föreställning* om staten som ett rättssubjekt. Denna föreställning om ett enhetligt rättssubjekt har enligt honom ersatt ett äldre dualistiskt betraktelsesätt, Strömberg, *Allmän förvaltningsrätt* [1962], 24. Det är inte långsökt att betrakta denna redigering som att Strömberg skriver i, eller i varje fall i närmare anknytning till, ett skifte i förståelsen av staten och dess status som subjekt. Strömberg hänvisar här till Hesslers artikel om staten som som rättssubjekt, Hessler, »Om staten som rättssubjekt».

<sup>473</sup>Strömberg, *Allmän förvaltningsrätt* [1962], 11.

## 2.7. Den offentligrättsliga regleringens särart (Strömberg)

tionerade av straff.<sup>474</sup> Gränsen mellan statsrätt och förvaltningsrätt är något flytande, exempelvis när det gäller medborgarskap och till detta knutna rättigheter. Finansförvaltningen är en del av den offentliga förvaltningen, om än den behandlas i sin egen disciplin, finansrätten. Kyrkorätten står också främst nära förvaltningen, men även statsrätten.<sup>475</sup>

Vi finner hos Strömberg den första svenska diskussionen om en indelning i allmän och speciell förvaltningsrätt. Enligt Strömberg behandlar den allmänna »problem, som är gemensamma för hela förvaltningsrättens område» och detta utgörs främst av organisation och verksamhetsformer genom processuella regler, men även viss materiell rätt. Den speciella förvaltningsrätten rör då både materiella och processuella regler för »de särskilda förvaltningsgrenarna».<sup>476</sup>

I ett avsnitt under rubriken »Begreppet offentlig förvaltning» försöker Strömberg positivt fastställa vad offentlig förvaltning är. Han påpekar att det är svårt och att det beror på att förvaltningsverksamhetens omfattning varierar mellan länder och tider och »häri genom förskjuts ständigt gränsen mellan offentlig och enskild verksamhet»..<sup>477</sup> Vissa centrala statsfunktioner verkar inte kunna undvaras; försvaret, utrikesrepresentationen och polisväsendet finns i alla stater. Förvaltningsverksamheten är till sitt omfång »mycket skiftande» och staten kan i varierande omfattning »utnyttja sin makt för genomförande av tvångsregleringar» inom politi-, närings- och socialrätten. Men den offentliga förvaltningen behöver inte innebära maktutövning enligt Strömberg. Det innebär också att det positiva innehållet i den offentliga förvaltningen inte kan bestämmas begreppsmässigt. Utöver maktutövningen består den offentliga för-

<sup>474</sup>Det senare exemplifieras med vägtrafikförordningen, allmänna ordningsstadgan och hälsovårdsstadgan, *ibid*, 12.

<sup>475</sup>*Ibid*, 12.

<sup>476</sup>*ibid*, 12. I stället för att dela in förvaltningen i vissa gängse grenar som politi-, ekonomi-, och socialförvaltningsrätt föreslår Strömberg att dela in förvaltningsrätten är efter »det subjekt, som driver förvaltningsverksamheten». Han räknar upp »statsförvaltningsrätt, kommunalrätt, kyrkorätt, korporationsrätt», *ibid*, 13.

<sup>477</sup>*Ibid*, 13.



valtningen »i stor utsträckning däri, att nyttigheter och tjänster av olika slag ställes till medborgarnas föfogande, t.ex. sjukvård, socialvård, undervisning och kommunikationer.»<sup>478</sup>

Det är alltså inte nödvändigt att det skall gå »att dra en klar gräns mellan en offentlig och en enskild sektor», vilket Strömberg exemplifierar med både det medeltida feodalsamhället och »förhållandet i en modern socialistisk stat». I det svenska samhället kan man dock i stort sett dra denna gräns, om än den ibland är oklar. Den naturliga utgångspunkten är att fästa vikt vid subjektet som utför verksamheten. En formell bestämning ger vid handen att staten och andra offentligrättsliga objekt, som kommunen, ägnar sig åt offentlig förvaltning. Denna formella bestämning blir dock direkt problematisk då »viss statlig och kommunal verksamhet till sin beskaffenhet är likartad med enskild näringsverksamhet» och viss offentlig förvaltning kan drivas av enskilda. Därför behövs ett begrepp för »offentlig förvaltning i materiell mening». Detta begrepp sammanfaller inte helt med det formella begreppet när det gäller specifika verksamheter, men dock i de viktigaste fallen.<sup>479</sup>

Det ur juridisk synpunkt avgörande kännetecknet på offentlig förvaltning i materiell mening måste vara, att verksamheten är underkastad *en typisk rättslig reglering, som avviker från den som gäller för enskild verksamhet*.<sup>480</sup>

<sup>478</sup> »Det förekommer också, att staten driver rena affärsföretag, antingen som monopol eller i konkurrens med det enskilda näringslivet. Den offentliga förvaltningens positiva innehåll kan alltså inte bestämmas begreppsmässigt utan beror av den offentliga verksamhetens faktiska omfattning i ett visst samhälle och vid en viss tidpunkt.» *Allmän förvaltningsrätt* [1962], 13.

<sup>479</sup> *ibid*, 14. Ett annat alternativ är att utpeka ett offentligt ändamål eller intresse som skiljer sig från enskilda verksameters vinstsyfte. Detta kriterium är problematiskt på tre sätt enligt Strömberg. För det första är det ett slags cirkelresonemang »eftersom intressets offentlighet ofta förutsättes som självklar, så snart en verksamhet drivas av ett offentligrättsligt subjekt», *ibid*, 14. Dessutom kan privata subjekt bedriva verksamheter som lika mycket främjar offentliga ändamål, *ibid*, 14f.

<sup>480</sup> *Ibid*, 15.

## 2.7. Den offentligrättsliga regleringens särart (Strömberg)

Strömberg identifierar här ett slags strukturellt kriterium, där vissa typer av reglering, vissa juridiska former för verksamheten, blir det avgörande kännetecknet hos den offentliga förvaltningen. Inte heller denna definition är dock helt säker. Dess användbarhet beror på om det finns sådan offentligrättslig reglering. Även om så ofta är fallet finns det områden, som statlig och kommunal affärsdrift och den ovan diskuterade offentliga förvaltningen genom enskilda, där det inte är möjligt att skilja mellan offentlig förvaltning och enskild verksamhet. Förvaltningsrätten kan därför inte som sitt objekt ha själva verksamheten, utan viss sorts reglering. Därmed får vi nöja oss med att sådan reglering kan finnas i större eller mindre grad.<sup>481</sup>

Avslutningsvis i avsnittet om begreppet offentlig förvaltning, berör Strömberg en ytterligare dubbeltydighet mellan offentlig verksamhet av »*faktisk eller rättslig art*».<sup>482</sup> Det finns här enligt Strömberg två betydelser av offentlig förvaltning, där den mer vidsträckta innefattar verksamhet av faktiskt art, och den mer inskränkta (och vanligare) bara rör fattandet av beslut, det vill säga sådana som innebär »en *rättslig* dirigerings av förvaltningsorganens eller de enskildas handlande». Denna bredare verksamhet av faktiskt art exemplifieras med att det offentliga »bygger och underhåller gator och vägar, driver järnvägar och andra kommunikationsinrättningar, tillhandahåller undervisning och sjukvård, underkastar abnorma eller sociala individer anstaltsbehandling» samt betalar ut diverse understöd och bidrag.<sup>483</sup> Den mer inskränkta betydelsen beskriver koncist ärende-beslut-myndighetsutövning i en modern tappning, som i sin tur kan verkställas genom faktiskt handlande av myndigheterna eller direkt av privatpersoner:

I den mera begränsade betydelsen avser man med offentlig förvaltning myndigheternas beslutande verk-

<sup>481</sup> »Förvaltningsrättens objekt blir därför i sista hand inte verksamheten som sådan utan den typiskt offentligrättsliga reglering, som i större eller mindre utsträckning gäller för olika slag av verksamhet.» *ibid*, 15.

<sup>482</sup> *Ibid*, 16.

<sup>483</sup> *Ibid*, 16.

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

samhet med vad därtill hör av förberedande och verkställande åtgärder. Denna verksamhet kan innebära en dirigering av faktisk förvaltningsverksamhet av nyssnämnd art. Men den kan också, samtidigt eller enbart, innefatta en dirigering av enskilda personers handlande.<sup>484</sup>

Vad utgör då denna särart hos den offentlighetsrättsliga regleringen? Enligt Strömberg är den traditionella synen att särprägelns består i myndigheternas ensidiga maktutövning. Detta är dock inte det enda och avgörande kännetecknet som skiljer den offentliga förvaltningen från enskild verksamhet. Maktutövningen är begränsad av folklig självstyrelse och lagbundenheten i förvaltningen. Dessa utgör också karaktäristiska drag hos den offentliga förvaltningen. Denna tredelning i elementen maktutövning, självstyrelse och lagbundenhet är inte »någon historisk förklaring» enligt Strömberg utan endast ett begrepps-schema, som underlättar förståelsen av förvaltningsrättens egenart.<sup>485</sup>

makt- utövning	folklig självstyrelse (demokrati)	förvaltningens lagbundenhet
-------------------	--------------------------------------	--------------------------------

Tabell 2.3: Den offentlighetsrättsliga regleringens särart enligt Strömberg

Den första delen, maktutövning, beskriver Strömberg som ett »oumbärligt inslag i den offentliga förvaltningen». I diktaturer dominerar den men spelar en viktig roll även i demokratier. Dess styrka varierar, men är starkast inom militär- och polisförvaltningen.

<sup>484</sup> *Allmän förvaltningsrätt* [1962], 16.

<sup>485</sup> *ibid*, 17. Sundberg kritiserar detta schema i sin anmälan av Strömbergs bok: »Den offentliga förvaltningens särart vill förf. finna i de tre elementen maktutövning, självstyrelse och lagbundenhet. Som synes föreligger här tre begrepp, vilka ej utesluta varandra. Också självstyrelsen innehåller maktutövning och är, liksom varje maktutövning i ett rättssamhälle, lagbunden. Karakteristiken synes därför icke särskilt givande.» Sundberg, »Anmälan av Håkan Strömberg: Allmän förvaltningsrätt», 357.

## 2.7. Den offentligrättsliga regleringens särart (Strömberg)

Den karakteriseras av makten att befalla, göra sig åtlydd med tvång och obundenheten av generella regler.<sup>486</sup>

När det gäller maktutövningen i den offentliga förvaltningen leder den också till en »obetingad lydnessplikt gentemot de styrande» för de lägre myndigheterna. Både generella och särskilda direktiv från regeringen skall följas, även om generella är de vanligaste av praktiska skäl. Detta är dock inte allt. Viktigare än att följa generella direktiv »efter bokstaven är att handla i *ledningens anda*».<sup>487</sup> Strömberg påpekar också att regeringen själv inte binds av sina generella direktiv utan både kan avvika och ändra dessa. Dessutom kan de ingripa i handläggningen av ett visst ärende hos en myndighet.<sup>488</sup> I relation till enskilda blir denna maktutövning obunden och består i makten att befalla och genomdriva dessa befallningar »med administrativt tvång». Staten och myndigheterna kan ålägga de enskilda fler förpliktelser än vad som finns enligt existerande lagar och de enskilda har inga rättigheter mot det allmänna, utan myndigheterna anses handla på eget initiativ och i statens intresse, även när deras handlande är till de enskildas förmån.<sup>489</sup>

Den bild som Strömberg själv skisserar påpekar han kan framstå som en »karikatyr» som bara har verklighetstäckning i en diktaturstat. Men det är ingen karikatyr. »De här skildrade dragen framträder emellertid, mer eller mindre starkt modifierade, även inom vårt lands förvaltningsrätt.»<sup>490</sup> En talande formulering som Strömberg använder är att maktutövningen »yttrar sig utåt, i förhållande till medborgarna (*eller snarare undersåtarna*), i myndigheternas makt att befalla och att genomdriva sina befallningar med administrativt tvång».<sup>491</sup> Medborgarna är inte just medborgare när de är utsatta för maktutövningen som den offentliga rätten innebär, då är

<sup>486</sup> »Utmärkande för detta inslag i den förvaltningsrättsliga regleringen är dels de styrandes makt att befalla och att göra sig åtlydda med tvång, dels deras obundenhet av generella regler.» Strömberg, *Allmän förvaltningsrätt* [1962], 17.

<sup>487</sup> Ibid, 17.

<sup>488</sup> Ibid, 17.

<sup>489</sup> Ibid, 18.

<sup>490</sup> Ibid, 17.

<sup>491</sup> Ibid, 17f, min kursivering.

de snarare undersåtar. I denna maktutövning är myndigheterna både »obundna av privaträttens regler» och handlingarna kan inte underkastas domstolsprövning.<sup>492</sup> Två begränsande faktorer på den grundläggande maktutövning som de demokratiska staterna delar med de diktatoriska finns dock.

Det första är »det starka inslag av folklig *självstyrelse* (demokrati), som finns inom vår förvaltning.»<sup>493</sup> Självtstyret består av både det demokratiska inflytandet i riksdagen och i kommunala organ.<sup>494</sup> Detta självstyre handlar om ett »visst hänsynstagande till medborgarnas intressen gentemot de styrande». Självtstyret som tar detta hänsyn till medborgarnas intressen tar sig två uttryck. Å ena sidan fungerar normgivningen genom riksdag och kommunfullmäktige genom att den sätter upp »en bestämd gräns för myndigheternas handlingsfrihet» och å andra sidan är förvaltningsmyndigheternas självständighet och delvisa oberoende i beslut en garant.

Den andra aspekten av begränsningen av maktutövningen är *lagbundenheten*. Denna lagbundenhet vilar givetvis å ena sidan på normgivningen som löper ur den demokratiska självstyrelsen ovan. »Men en viss lagbundenhet kan också utveckla sig spontant inom förvaltningsorganisationen dels genom regeringens egen normgivning, dels genom myndigheternas naturliga benägenhet att iaktta konsekvens i sitt handlande.»<sup>495</sup>

Förutom de normer som kommer från det demokratiska självstyrelseorganet kan normer också komma från regeringen. Lagbundenheten i förvaltningen består i självständigheten i vissa beslut<sup>496</sup> och att överprövning kräver överklagande. Dessutom är vissa de-

<sup>492</sup> *Allmän förvaltningsrätt* [1962], 18.

<sup>493</sup> *Ibid*, 18.

<sup>494</sup> Dessutom finns lekmanaledamöter inom statliga myndigheter, alltså en korporativism snarare än ett strikt »demokratiskt» inflytande som Strömberg benämner det.

<sup>495</sup> *Allmän förvaltningsrätt* [1962], 18.

<sup>496</sup> Här nämns inte självständigheten hos förvaltningsmyndigheterna för beslut som utgör myndighetsutövning mot enskild eller kommun, men den formuleringen eller kodifieringen har ännu inte tagit form (1962) – om än riktningen redan här är tydlig.

## 2.8. Administrativt handlande (Wennergren)

lar av beslutsprocesserna så strikta att myndigheten i princip agerar som domstol.<sup>497</sup> För enskilda innebär lagbundenheten ett skydd för enskilda fri- och rättigheter genom krav på lagstöd för ingrepp i dessa. Myndigheterna har också skyldighet att utge bistånd i vissa fall och är i övrigt bundna av privaträttens regler och resultaten av domstolsprövning.<sup>498</sup>

## 2.8 ADMINISTRATIVT HANDLANDE (WENNERGREN)

Bertil Wennergrens *Handläggning* utkom första gången 1972 och efter det i sammanlagt nitton upplagor fram till 1996.<sup>499</sup> Resonemangen om vad som utgör offentlig förvaltning är bekanta från tidigare verk i doktrinen (och också i princip identiska genom alla upplagor). Själva titeln anger att det huvudsakligen handlar om just handläggningen av ärenden inom förvaltningen. Wennergren avviker dock något rent terminologiskt då han skriver om faktiskt handlande i motsats till »administrativt handlande». Denna distinktion går heller inte längs samma linje som den samtida distinktionen mellan faktiskt handlande och ärendehandläggning. Medan det faktiska handlandet är sådant som »väg- och kraftverksbyggande, järnvägsdrift och forskning» hör till det administrativa handlandet »dels ren kontorsverksamhet såsom sortering, maskinskrivning, kopiering, postöppnande, postexpediering, diarietföring och annan registrering».<sup>500</sup> Men inom ramen för denna kategori av administrativt handlande urskiljer Wennergren det »formliga beslutsfattandet».

Det kan gälla beslut om anställning eller avskedande av tjänsteman, konsumentupplysning, elleverans, tidtabell för en järnvägslinje, tillstånd till eller förbud mot viss åtgärd eller verksamhet, godkännande av lo-

<sup>497</sup> *Allmän förvaltningsrätt* [1962], 19.

<sup>498</sup> *Ibid*, 19.

<sup>499</sup> Wennergren, *Handläggning* [1972]; *Handläggning* [1996].

<sup>500</sup> *Handläggning* [1972], 10.

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

kal, livsmedel, läkemedel eller dylikt, åtgärder för upprätthållande av allmän ordning och säkerhet, uttagande av skatt eller avgift, omhändertagande för vård, bevislag av varor, bestämmande av bebyggelseplan, beviljande av lån, lokalisering av en industri. De frågor och saker som är föremål för myndighetens behandling bildar hos myndigheten *ärenden*. I sinnevärlden utgörs ett ärende av en eller flera skriftliga handlingar, ofta sammanhållna i en *akt*. Ärende är emellertid ett abstrakt begrepp med ungefär samma betydelse som uppdrag.<sup>501</sup>

Det formliga beslutsfattandet innefattar alltså i princip varje typ av ärende som utmynnar i ett beslut. Wennergren ser »ärende» och »uppdrag» som synonyma på ett sätt som inte är bekant från andra verk i doktrinen. Kopplingen till den huvudsakligen civilrättsliga termen uppdrag förklaras inte närmare, men kan kanske förstås genom att för Wennergren har verksamheten hos myndigheterna inga särdrag, utöver de »särskilda befogenheter» som den har att besluta ensidigt över enskilda, som skiljer den från motsvarande organ i privata organisationer. »Denna sida av den offentliga förvaltningen brukar kallas *myndighetsutövning* till åtskillnad från förvaltningsutövningen i övrigt, vilken i allt väsentligt är av samma karaktär som ute i näringslivet.»<sup>502</sup>

Förvaltningsverksamheten i offentliga organ är alltså som utgångspunkt inte något annat än den verksamhet som försiggår i exempelvis ett privat företag. Schematiskt beskrivs Wennergrens systematik i tabell 2.4.

<sup>501</sup> *Handläggning* [1972], 10f.

<sup>502</sup> »Bland de beslut som en myndighet eller ett enskilt organ kan meddela intar sådana en särställning, som innefattar *utövning av särskilda befogenheter* och som innebär att myndigheten ensidigt, vare sig den enskilde är med på det eller ej, bestämmer om något för honom på ett sådant sätt att det länder till allmän efterrättelse och åtlydnad.» *ibid*, 11.

## 2.9. Den allmänna förvaltningsrättens kodifiering

Offentlig förvaltningsverksamhet	
faktiskt handlande	administrativt handlande
	kontorsverksamhet   formligt beslutsfattande

Tabell 2.4: Wennergrens systematik, adekvat även för privata verksamheter förutom myndighetsutövningen

## 2.9 DEN ALLMÄNNA FÖRVALTNINGSRÄTTENS KODIFIERING

Den mest avgörande förändringen i den allmänna förvaltningsrätten under 1900-talet var troligen kodifieringsarbetet under 60-70-talet som utmynnade i 1971 års FL, 1986 års FL och senare den nu gällande FL. Innan denna process inleddes hade RB tillämpats analogt inom förvaltningsmyndigheterna, samt att en okodifierad praxis hade utvecklats rörande förvaltningsförfarandet.<sup>503</sup> Parallellt med denna utveckling inom den mer snäva förvaltningsrätten pågick en diskussion och ett utredningsarbete som utöver ökad rättssäkerhet strävade efter effektivitet och smidighet, baserad i en kritik av en överdrivet krånglig byråkrati.<sup>504</sup>

### GRUNDLAGSREFORMEN FRAM TILL 1974

Innan vi behandlar tillkomsten av 1971 års FL skall kort nämnas något om 1974 års regeringsform. Denna reform var kronan på ett decennielångt utredningsarbete som skulle förnya den skrivna svenska konstitutionen. I den breda ansatsen att tänka igenom den svenska statens organisation och rättsliga grundstruktur uttrycktes också en del med bäring på den offentliga förvaltningens teoretisering. Grundlagberedningens betänkande *Ny regeringsform, ny riksdagsordning* (SOU 1972:15) utgick ifrån att den nya grundlagen inte skulle baseras på maktindelning. Henrik Wenander har påpekat att i linje med detta ansågs domstolar och förvaltningsorgan »till stor

<sup>503</sup>SOU 1981:46, 25.

<sup>504</sup>För koncis redogörelse om debatten och kontexten se SOU 1981:46, 26f.



del ägna sig åt i stort sett likartad verksamhet, nämligen rättstillämpning som syftade till att förverkliga politiska beslut». <sup>505</sup> Även i sin kommentar till propositionen påpekade departementschefen att det var svårt och kanske inte nödvändigt att särskilja förvaltning och domstolar med tanke på att de i grunden ägnade sig åt något slags rättstillämpning. Självständighet och prövning av rättsfrågor var enligt departementschefen inte något exklusivt för domstolarna.

Det är enligt min uppfattning inte meningsfullt att i RF:s inledningskapitel söka ge en närmare karaktäristik av den roll som dessa olika samhällsorgan spelar. Över huvud taget torde det inte vara möjligt att i några korta satser ge en rättvisande beskrivning av de likheter och olikheter som finns mellan domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas verksamhet. Jag föreslår därför att i förevarande paragraf endast slås fast att för rättskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter. <sup>506</sup>

Om än denna studie inte rör frågan om avgränsningen mellan rättskipning och förvaltning <sup>507</sup> ser vi ändå här en tydlig idé framföras där förvaltningen huvudsakligen finns till för att genomföra den politik som fastslagits av de politiska församlingarna. Detta är i sig är inte så iögonfallande <sup>508</sup> om än det kan sticka i ögonen på en rättsstatligt vurmande läsare, men det är hursomhelst en tydlig position. Likheterna anses såpass stora, och olikheterna såpass obetydliga, att inte ens domstolarna och förvaltningsmyndigheterna kan särskiljas.

<sup>505</sup>Wenander, »Förvaltningens lagprövning», 433, jämför SOU 1972:15, 76,119f.

<sup>506</sup>Prop 1973:90, 232f.

<sup>507</sup>För mer om den frågan se Johansen och Wejedal, »Mot ett funktionellt domstolsbegrepp I»; »Mot ett funktionellt domstolsbegrepp II».

<sup>508</sup>Vårre är det kanske för rättskipningens del.

## 2.9. Den allmänna förvaltningsrättens kodifiering

### REGLERING AV FÖRFARANDET (HERLITZ MOTION OCH UTREDNING)

Nils Herlitz utredning *Förvaltningsförfarandet : förberedande utredning angående reglering av förfarandet hos förvaltningsmyndigheter i ärenden rörande enskild rätt och därmed sammanhängande frågor* (SOU 1946:69) kom till stånd som resultatet av en motion år 1942 skriven av honom själv och undertecknad av ett antal riksdagsledamöter. Utredningen syftade till att utreda, kodifiera och fylla ut luckor i vad vi idag skulle kalla förvaltningsprocessrätten och den allmänna förvaltningsrätten.<sup>509</sup> Vid denna tid var skiljelinjen mellan förvaltningsmyndigheter i allmänhet och förvaltningsdomstolar inte särskilt tydlig.<sup>510</sup> Bland annat frågor om när jäv förelåg, i vilken mån förvaltningsmyndigheten skulle agera ex officio, bevisbörderegler, ombudsmöjligheter, kommunikation och partsinsyn, omprövning, rättelse, överklagande, överprövning, etcetera, behövde utredas och närmare lagstiftas om enligt motionen.<sup>511</sup> Kort sagt alla de centrala frågor som FL idag reglerar. Innan 1940-talet fungerade dåvarande RB (från 1734 års lag) som källa till analogier i förvaltningsärenden, men också i ljuset av att den skulle ersättas (av nuvarande RB 1942:740) sågs ett behov av att hantera frågorna för förvaltningens räkning. Det konstaterades i lagutskottets yttrande att den offentliga förvaltningen under senare år utvecklats så att »de ärenden, i vilka enskildas angelägenheter avgöras av förvaltningsmyndigheter, blivit allt talrikare och sträckt sig till allt flera områden».<sup>512</sup>

Herlitz utredning fick kortfattade direktiv – »en förberedande utredning angående reglering av förfarandet hos förvaltningsmyndigheter i ärenden rörande enskild rätt och därmed sammanhängande frågor» – vilka dock avslöjar att det både rörde sig om ett slags förberedelse inför det verkliga utredningsarbetet, och att fokus var

<sup>509</sup>SOU 1946:69, 7f, passim.

<sup>510</sup>SOU 1946:69, 13.

<sup>511</sup>SOU 1946:69, 9.

<sup>512</sup>SOU 1946:69, 10.

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

på »förvaltningsakter». I den meningen var frågor om faktisk verksamhet redan delvis utdefinierat, vilket Herlitz också konstaterar.<sup>513</sup>

### PARTSÄRENDEN MED ELLER UTAN RÄTTVERKNINGAR (SOU 1964:27)

Utredningsarbetet vars behov skisserats av Herlitz fortsatte i bland annat *Åtgärder för förenhetligande av besvärstiden i administrativa mål* (SOU 1953:30) och *Administrativt rättsskydd: principbetänkande angående besvärsinstitutet och därmed sammanhängande ämnen* (SOU 1955:19). Det viktigaste arbetet var dock den mera omfattande *Lag om förvaltningsförfarandet: Besvärssakkunnigas slutbetänkande* (SOU 1964:27).<sup>514</sup> Betänkandet begränsades till att handla om förvaltningsförfarandet i betydelsen handläggning av ärenden. Trots att skiljelinjen mellan de två typerna av förvaltningsverksamhet, faktiskt handlande och ärenden, inte alltid var lätt att göra var det »dock ej ägnat vålla några svårigheter». »Att hållandet av en lektion i en skola eller utförandet av en kirurgisk operation icke är att betrakta som ett ärende är lika klart som att disciplinär bestraffning av en elev eller en patients debitering för sjukhusvård utgöra ärenden.»<sup>515</sup> Det begränsades även till att gälla partsärenden, det vill säga ärenden som inte var av rent myndighetsintern art.<sup>516</sup>

Dock betraktade kommittén att avskilja ärenden utan rättsverkningar som olämpligt. För upplysningar, råd, anvisningar, förslag, etcetera var det enligt betänkandet ett »stort värde att ordnade, enhetliga former iakttagas även i dylika ärenden, att dessa icke böra undantagas från lagstiftning i förevarande sammanhang».<sup>517</sup>

<sup>513</sup>SOU 1946:69, 11f.

<sup>514</sup>Såväl Herlitz, Gustaf Petrén och Wennergren var delar av kommittéen, om än i varierande grad, SOU 1964:27, 9f. Den har av Sterzel kallats »alla tiders bredaste och djupaste utredning på den allmänna förvaltningsrättens område», citerat i Edelstam, *Förvaltningsmyndigheters utredningsskyldighet*, 31.

<sup>515</sup>SOU 1964:27, 81.

<sup>516</sup>SOU 1964:27, 82.

<sup>517</sup>SOU 1964:27, 81.

## 2.9. Den allmänna förvaltningsrättens kodifiering

### REGLERING AV PARTSÄRENDEN MED RÄTTSVERKNINGAR (SOU 1968:27)

Efter en omfattande remissbehandling, som bland annat innehöll mycket kritik över omfattningen av den föreslagna lagen<sup>518</sup> om förvaltningsförfarandet, utarbetade en arbetsgrupp inom justitiedepartementet ett förslag till förvaltningslag. Kritiken av att 1964 års förslag rörde även beslut och ärenden utan rättslig verkan, privaträttsliga ärenden och kommunala självstyrelseärenden, hanterades i det nya förslaget genom att dela in förvaltningslagen i två avdelningar. Den första avdelningen hade allmänna bestämmelser för alla ärenden, medan de särskilda bestämmelserna i andra avdelningen inte rörde interna, privata eller självförvaltande kommunala ärenden, utan endast »förvaltningsrättsliga partsärenden».<sup>519</sup>

Kritiken handlade bland annat om detaljrikedomen<sup>520</sup> och för mycket fokus på rättsäkerhet på bekostnad av effektivitet, problemet med myndigheter och personal (inklusive lekmän) som inte hade varken vana vid »administrativ rutin» eller rättstillämpning.<sup>521</sup> Ett argument som framfördes var att de verksamheter som inte var rena partsärenden, inte borde betungas med detaljregler. Det var full enighet bland remissinstanserna om att interna ärenden inte skulle regleras i lagen.<sup>522</sup> Den pragmatiska aspekten av politikens genomförande, genom den faktiska verksamheten, framhölls som skäl att inte reglera förvaltningsverksamheten som helhet.<sup>523</sup> Dess-

<sup>518</sup>Inte minst handlade kritiken om att rättssäkerheten prioriterades för mycket över effektiviteten i förslaget, Prop 1971:30, 246.

<sup>519</sup>SOU 1968:27, 7f.

<sup>520</sup>Vilket med tanke på de skiftande verksamheterna inom de olika myndigheterna skulle medföra krångel och ökande kostnader, på bekostnad av de materiella bedömningarna.

<sup>521</sup>Se omfattande redogörelse, SOU 1968:27, kapitel IV.

<sup>522</sup>»Mot att *rent interna ärenden*, i vilka det inte förekommer någon enskild med partsställning, tas undan från lagens tillämpningsområde framförs inga erinringar i remissyttrandena.» SOU 1968:27, 62.

<sup>523</sup>Exempelvis framförde försäkringsinspektionen att många förvaltningsärenden som inte angick enskild part gav myndigheten en »vidsträckt handlingsfrihet och i allmänhet har att träffa avgöranden grundade huvudsakligen på lämplighets-

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

utom påpekade JO att regleringen av förvaltningsförfarandet bara var en av faktorerna som främjar rättsäkerheten i förvaltningen.<sup>524</sup> En ytterligare kritik var att förslagen inte hade anpassats till den kommunala oregrerade förvaltningen (själv- eller egenförvaltningen).<sup>525</sup>

En fråga som också lyftes bland remissvaren var avgränsningen av de enkla förvaltningsbestyren och deras formlösa hantering, och huruvida dess »ärenden» skulle falla in under lagens tillämpningsområde, och om det i så fall skulle handla om en rent »symbolisk tillämpning» eller inte. I samband med denna diskussion framförde JK att en precisering av begreppet ärende skulle »kunna ge en i huvudsak lämplig lösning».<sup>526</sup> I sina allmänna överväganden landade arbetsgruppen i att en mellanväg var att inte reglera alla ärenden eller verksamhet i förvaltningen, utan att reglera de mer avgränsade partsärendena, där de med rättsverkningar fick viss ytterligare reglering..<sup>527</sup>

En intressant diskussion förs över en halv sida rörande vad lagen skall kallas. Besvärssakkunniga hade föreslagit »lag om förvaltningsförfarande», men det uppfattas som för långt och opraktiskt. Det annars attraktiva alternativet att kalla lagen för »förvaltningsbalk» avfärdas med att tradition saknas, att lagen kommer bli mycket kort och inte kapitelindelad. Istället landar arbetsgruppen i samma benämning som den norska lagen: »förvaltningslagen».<sup>528</sup> Här måste då noteras att det sedan 1971 års FL tillkomst kan ha något förvirrat författarna i doktrinen att lagen till sitt namn antyder att den handlar om all förvaltning. Det är dock tydligt utifrån 1964 års betänkande att den endast rör förvaltningsförfarandet, och inte för-

och ändamålsenlighetsöverväganden. I sistnämnda slag av ärenden ankommer det i stor utsträckning på myndigheterna att bedriva en viss politik, som statsmakterna beslutat och som, om också endast i principiell form, angetts i lag eller annan författning.» SOU 1968:27, 28.

<sup>524</sup>SOU 1968:27, 27, 46.

<sup>525</sup>SOU 1968:27, 36ff.

<sup>526</sup>SOU 1968:27, 41, 60f.

<sup>527</sup>SOU 1968:27, 48.

<sup>528</sup>SOU 1968:27, 47.

## 2.9. Den allmänna förvaltningsrättens kodifiering

besvärsförfarandet	homogent och tål utförlig reglering
förfarandet i första instans	disparat och hanterbart i ex. administrativa föreskrifter
faktisk verksamhet	behöver inte regleras i den allmänna förvaltningsrätten

Tabell 2.5: Tre nivåer av förvaltningsverksamhet i SOU 1968:27

valtningsverksamhet i allmänhet. Även den allmänna avdelningen i de första paragraferna, rör endast service och råd, det vill säga partsärenden (om än ofta formlösa, sådana »enkla förvaltningsbestyr» som diskuterats ovan) och inte myndigheternas interna ärenden eller verksamhet, eller exempelvis kommunernas självförvaltning.

Vi kan se hur arbetsgruppen implicit gör en indelning mellan tre nivåer, där olika behov av reglering, och särskilt allmän reglering, gör sig gällande. (Se tabell 2.5.) Om än regleringen av både första instans- och besvärsförfarandet görs mycket mer koncis än i besvärssakkunnigas förslag, resonerar man ändå i betänkandet om hur behoven skiljer sig.<sup>529</sup>

En kategorisering som implicit görs är mellan olika typer av ärenden inom förvaltningen:<sup>530</sup>

- interna ärenden
- interna ärenden med part (exempelvis personalärenden)
- kommersiella ärenden
- serviceärenden (förvaltningsbestyr)
- partsärenden

När det gäller de kommersiella ärendena eller handlingar, det vill säga sådan verksamhet och rättshandlingar som annars regleras med civilrättsliga regler, är de flesta remissinstanser överens om att dessa inte bör omfattas av den föreslagna förfarandelagen. Detta inkluderar både upphandlingar, där myndigheterna agerar som

<sup>529</sup>SOU 1968:27, 51.

<sup>530</sup>SOU 1968:27, 56ff.

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

part gentemot en enskild medborgare (service), och de affärsdrivande verk där myndigheten är en näringsdrivande aktör på marknaden.<sup>531</sup>

Arbetsgruppen landar också i att utesluta från de särskilda bestämmelser om förfarandet 1) ärenden som avgörs genom beslut utan rättsverkningar, 2) ärenden om avtalbara saker och 3) kommunala självstyrelsens ärenden. För att möjliggöra detta tar arbetsgruppen fasta på besvärssakkunnigas ståndpunkt att det går »en vattendelare mellan faktiskt handlande och handläggning av ärenden».<sup>532</sup> Men fastställandet av vad som utgör ett ärende är för den skull inte enkelt. Om än arbetsgruppen inte verkar anse det svårt att skilja mellan faktiskt handlande och ärenden, är de olika typerna av ärenden som skall utskiljas från varandra en svårare nöt att knäcka. Med anledning av svårigheten att se när ett ärende uppstår i JK:s tillsynsverksamhet, ges några intressanta formuleringar i betänkandet.

Man kan med JK fråga sig när i en tillsynsverksamhet ärenden uppstår. När uppkommer ärenden genom en byggnads-, hälsovårds- eller yrkesinspektörs inspektion av en byggnad eller en arbetsplats eller vid en polis-mans patrullering eller trafikövervakning? När kristalliserar arbetet med en naturvårdsplan ut sig i ärenden? Man kan inte gärna tala om ärenden i de förra fallen förrän rapporter upprättats hos beslutande myndighet som underlag för vidare åtgärder. Muntliga påpekanden, anvisningar o. d. gör inga ärenden. Inte heller talar man gärna om ärenden vid samhällsplanering eller t. ex. skattekontroll förrän aktionsplanen utlöst åtgärder syftande till individuella beslut eller allmänna föreskrifter. Betydande lagtekniska svårigheter möter som besvärssakkunniga framhållit och remissinstanserna vits-

<sup>531</sup>SOU 1968:27, 67ff. Bland annat avstyrker alla de affärsdrivande verken som hörts – poststyrelsen, telestyrelsen, järnvägsstyrelsen, väg- och vattenbyggnadsstyrelsen, vattenfallsstyrelsen och domänstyrelsen – förslaget om att förfarandelagen skall omfatta kommersiell verksamhet. SOU 1968:27, 69f.

<sup>532</sup>SOU 1968:27, 79.

## 2.9. Den allmänna förvaltningsrättens kodifiering

ordat att ge en meningsfull definition av ärendegränsen. Ingen definition alls synes bättre än en som utgör en truism. Av lagens allmänna karaktär och rent språkliga grunder följer så tydligt som behövs vad som är att uppfatta som ärende.<sup>533</sup>

Truismen som hotar varje definition visar på det undflyende i att fastställa det grundläggande begreppet. Samtidigt är just formuleringen i frågan om när ett visst arbete »kristalliseras» till ett ärenden talande.<sup>534</sup> Men var det uppenbara ligger i att muntliga påpekanden och anvisningar inte utgör ärenden utvecklas inte ytterligare. Detsamma med den förberedande verksamhet inför exempelvis en skattekontroll eller inom ramen för samhällsplanering.<sup>535</sup> Sammantaget öppnar 1968 års betänkande för och visar hur svårt det är att på ett tillfredställande sätt definiera de centrala förvaltningsrättsliga begreppen. Självklarheten i distinktionen mellan faktiskt handlande och ärenden emotsägs av själva resonemanget hos både remissinstanserna och av arbetsgruppen i betänkandet.

### MYNDIGHETSUTÖVNINGSBEGREPPET (PROPOSITIONEN TILL 1971 ÅRS FL)

Betänkandet ledde till den proposition som låg till grund för 1971 års FL och vars mest kända och viktigaste innehåll rörde den grundläggande definitionen av myndighetsutövningsbegreppet som sedan utvecklats i doktrin och praxis:

Ärendet skall innefatta utövning av en befogenhet att bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinär

<sup>533</sup> SOU 1968:47, 80.

<sup>534</sup> Jag kommer återkomma till just denna metafor nedan i avsnitt 3.1.2.

<sup>535</sup> Som kommer diskuteras nedan finns en tendens att låta vissa verksamheter konsumeras retroaktivt eller av tidigare beslut (verkställandet av frihetsstraffet konsumeras av domen) eller sådana som kommer komma (som här: planeringen av skattekontrollen konsumeras av det eventuella kommande beslutet om en sådan kontroll). Se avsnitt 3.4.



## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

bestraffning eller annat jämförbart förhållande; och befogetheten skall utövas i förhållande till enskild. Gemensamt för all myndighetsutövning är, att det rör sig om beslut eller andra åtgärder, som ytterst är uttryck för samhällets maktbefogenheter i förhållande till medborgarna. Det behöver dock inte vara fråga om åtgärder som medför förpliktelser för enskilda. Myndighetsutövning kan föreligga i form av gynnande beslut, t.ex. tillstånd att driva viss verksamhet, befrielse från viss i författning stadgad förpliktelse och beviljande av social förmån. Karakteristiskt är emellertid att den enskilde på visst sätt befinner sig i ett beroendeförhållande. Är det fråga om ett beslut, varigenom han förpliktas att göra, tåla eller underlåta något, måste han rätta sig efter beslutet, eftersom han annars riskerar att tvångsmedel av något slag används mot honom. Rör det sig om ett gynnande beslut, kommer beroendeförhållandet till uttryck på det sättet att den enskilde för att komma i åtnjutande av exempelvis en rättighet är tvungen att vända sig till samhällsorganen och att dessas tillämpning av de författningsbestämmelser som gäller på det aktuella området blir av avgörande betydelse för honom.<sup>536</sup>

Utöver detta innehöll propositionen också ett antal resonemang om kategorierna faktiskt handlande och ärende. Departementschefen gav ingen entydig definition, men resonerade om ärendets karaktär i relation till det faktiska handlandet. Den föreslagna förvaltningslagen skulle gälla handläggningen av ärenden hos förvaltningsmyndighet och därmed föll myndigheternas »s.k. faktiska handlande ... utanför lagens tillämpningsområde.»<sup>537</sup> Indikatorer på när det rörde sig om ett ärende snarare än faktiskt handlande kunde enligt departementschefen finnas i att uttrycket användes i specialförfattning, men det kunde också framgå av regler om att beslut

<sup>536</sup>Prop 1971:30, 331.

<sup>537</sup>Prop 1971:30, 315.

## 2.10. Omöjligt att särskilja, inget faktiskt problem (Lavin)

kunde överklagas. »Någon skarp skiljelinje mellan handläggning av ärenden och s. k. faktiska handlingar torde dock inte kunna dras upp.»<sup>538</sup> Den främsta aspekten av ett ärende var dock inte överklagbarhet, utan att en viss verksamhet utmynnade i ett beslut:

Skillnaden mellan de olika typerna av verksamhet belyses bäst genom några exempel. Hållandet av en lektion i en skola eller utförandet av en operation på ett sjukhus kan enligt normalt språkbruk inte betecknas som handläggning av ett ärende. Uppkommer däremot fråga om disciplinär bestraffning av en skolelev eller om en patients debitering för sjukhusvård föreligger ett ärende som skall behandlas av förvaltningsmyndigheten. Ytterligare exempel på faktiska handlingar som företas av företrädare för det allmänna utgör polismans trafikdirigering på en gata och konduktörs kontroll av en rese- nars färdbiljett på ett tåg.<sup>539</sup>

Exemplifiering blir här alltså den enda framkomliga vägen för att belägga det som departementschefen, precis som arbetsgruppen för betänkandet och många tidigare författare, uppfattat eller beskrivit som en relativt enkel och självklar distinktion.<sup>540</sup>

## 2.10 OMÖJLIGT ATT SÄRSKILJA, INGET FAKTISKT PROBLEM (LAVIN)

Rune Lavin diskuterar i sin avhandling från 1972, *Domstol och administrativ myndighet*, frågan om definitionen av förvaltning, utifrån distinktionen mot rättskipning. Han kritiserar äldre doktrin som använde sig av ett slags »avskalningsteknik», där förvaltningen

<sup>538</sup> Prop 1971:30, 315.

<sup>539</sup> Prop 1971:30, 315.

<sup>540</sup> Vi återkommer i avsnitt 3.1.2 till en diskussion om huruvida beslut är en så träffsäker indikation på vad som utgör ett ärende.

blir den statsverksamhet som finns kvar när lagstiftning och rättsskipning skalats bort. Närliggande försök att basera distinktionen på 47 § i 1809 års RF ger han inte mycket för då idén att lagbundenhet skulle präglade domstolarna, medan skönsmässighet eller frihet skulle präglade förvaltningen, inte löser problemet. Förvaltningens verksamhet är ofta lagbunden, medan domstolarna ofta ägnar sig åt skälighetsbedömningar. Han konstaterar att vanligtvis »erkänner man också i doktrinen, att man trots sina ansträngningar misslyckats med att på materiella grunder hålla isär rättsskipning och förvaltning».<sup>541</sup> Försöken verkar fruktlösa och Lavin påpekar hur man något uppgivet i doktrinen återkommande konstaterat detta misslyckande. Lavins egen position i relation till detta misslyckande är dock intressant:

Den fortsatta undersökningen synes emellertid ej kräva att någon klar gränslinje mellan de båda begreppen anges, varför problemet kan lämnas därhän. Det torde nämligen gå utmärkt att endast bygga vidare därpå, att det har funnits och alltså finns en föreställning, att man rent faktiskt kan skilja mellan dömande och förvaltande verksamhet.<sup>542</sup>

Lavin handlar alltså på samma ställe som övriga författare i doktrinen – det är helt enkelt inget problem. Vi vet tillräckligt väl vad vi menar. Denna allmänna »föreställning» som vi (juristerna) alla delar räcker gott nog. I resten av avhandlingen fokuserar Lavin på sin fråga – förvaltningens och domstolarnas kompetensfördelning – men det som han därmed benämner »förvaltande» rör endast avgöranden av ärenden eller förvaltningsmål.

<sup>541</sup>Lavin, *Domstol och administrativ myndighet*, 3.

<sup>542</sup>Ibid, 3.

## 2.11. *Inte reflektera för mycket & faktiska handlingar (Strömberg)*

### 2.11 INTE REFLEKTERA FÖR MYCKET & FAKTISKA HANDLINGAR (STRÖMBERG)

Strömberg publicerar 1972 en kort uppsats under titeln »Myndighet och myndighetsutövning». Han konstaterar att ordet myndighet används både i betydelsen offentligt organ och offentlig makt.<sup>543</sup> Utöver denna skillnad finns både en ideologisk sida och en rättsteknisk sida av begreppen. Det ideologiska begreppet (eller sidan av begreppet) kretsar kring frågan om särskilda kompetenser att utöva offentlig makt, som vissa organ besitter. Därmed är offentliga organ som kallas »myndighet» sådana som har sådan kompetens i betydelsen offentlig makt och »därav följande ansvar».<sup>544</sup>

Den rättstekniska funktionen är en annan, och kan ha mer eller mindre med det ideologiska begreppet att göra. Uppsatsen rör dessa rättstekniska betydelser, det vill säga vilka organ som är myndigheter och vilka organ som utövar myndighet, vars verksamhet innehåller myndighetsutövning. Strömberg påpekar hur myndigheten förstådd som organisation är de särskilda delar av hela den organisation som »bär upp den offentliga verksamheten».<sup>545</sup> Myndigheterna återfinns någonstans emellan hela statsverksamheten och de enskilda avdelningar eller tjänstemän som utför själva verksamheten. Den bibehåller sin identitet trots att personerna som utgör myndigheten byts ut, genom den interna byråkratiska organisation som ordnar arbetet personerna emellan. Vidare är den inte identisk med alla de »lokaler, möbler, apparater, penningmedel, och inte minst papper, mängder av papper» som är myndighetens hjälpmedel.<sup>546</sup> Längre än så vill inte Strömberg ge sig iväg för att försöka förstå vad myndigheten är i någon faktisk mening, och uttrycker här den pragmatiska inställning till att reda ut begreppen som vi sett tidigare i doktrinen.

<sup>543</sup> Strömberg, »Myndighet och myndighetsutövning», 233.

<sup>544</sup> Ibid, 233.

<sup>545</sup> Ibid, 234.

<sup>546</sup> Ibid, 234.

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

Det är lätt att utpeka de personer och föremål, som hör till en myndighet, men det är svårare att säga vad myndigheten själv är. Förmodligen är den en fiktion, men en fiktion med praktiskt viktiga funktioner. Låt oss emellertid inte fastna i detta kunskapsteoretiska problem. Begrepp av detta slag förstår man bäst om man inte reflekterar för mycket över dem.<sup>547</sup>

Överlag är Strömberg optimistisk att den interna förvaltningsorganisationens struktur och den externa organisationen, definierad av kompetensfördelningen mellan de olika myndigheterna, är relativt kongruent.<sup>548</sup> Vidare konstaterar han att om än det vardagliga språket förknippar »myndighet» med organ som utövar makt, myndighetsutövning, finns ingen sådan avgränsning i den offentliga rätten, där även organ som inte ägnar sig åt myndighetsutövning är myndigheter, exempelvis utöver förvaltningsmyndigheterna även de politiska organen och domstolarna.<sup>549</sup> I frågan om organ utanför den kommunala eller statliga organisationen som ändå kan betraktas som myndigheter, upprepar Strömberg sin fras om att det är »bäst om man inte reflekterar över» begreppen. Det går att »intuitivt» avgöra med ledning av kriterier som vem som utser ledamöter och funktionärer, vem som betalar och ger direktiv.<sup>550</sup>

Strömberg går igenom flera disparata uttalanden i förarbeten och praxis som pekar ut olika gränsdragningar, eller i vissa fall helt enkelt tveksamhet över sådana, mellan vad som skall anses utgöra myndighet, förvaltningsmyndighet eller ingetdera. Särskilda problem reser de tillfällen då olika uppgifter tilldelats annars privaträttsliga subjekt (exempelvis AB Svensk Bilprovning, notarius publicus eller advokatsamfundet). Han identifierar dock en tendens att vilja definiera myndighetsbegreppet funktionellt, efter vilken verksam-

<sup>547</sup> »Myndighet och myndighetsutövning», 234.

<sup>548</sup> »En myndighet blir då varje organisatorisk enhet, som enligt rättsordningen framstår som bärare av en egen kompetens.» *ibid*, 234.

<sup>549</sup> *Ibid*, 236.

<sup>550</sup> *Ibid*, 238.

### 2.11. Inte reflektera för mycket & faktiska handlingar (Strömberg)

het som utövas, snarare än efter organisatoriska linjer.<sup>551</sup> Tendensen uttrycks tydligt i hur begreppet »myndighetsutövning» blivit allt viktigare och Strömberg hänvisar något tvekan till det »svepande» uttalandet från grundlagberedningen: »Principiellt är varje organ som utövar offentlig makt en myndighet.»<sup>552</sup>

Detta för Strömberg över till diskussionen om just »myndighet i betydelsen offentlig makt» och myndighetsutövningsbegreppets »renässans».<sup>553</sup> I motiven till 1971 års FL,<sup>554</sup> skadeståndslagen<sup>555</sup> och i slutbetänkandet från ämbetsansvarskommittéen<sup>556</sup> finner Strömberg de centrala begreppsbestämningarna som refereras till i övrigt material. Han konstaterar att de dock inte är helt identiska, och att särskilt »myndighetsutövning genom faktiska handlingar och myndighetsutövning av annan än förvaltningsmyndighet faller utanför förvaltningslagen»<sup>557</sup> Strömberg avfärdar idén att myndighetsutövningens begrepp egentligen grundas i idén om en viss maktutövning från det offentliga. Skillnaden i just maktutövning kan inte avskilja exempelvis »ett beslut om en social förmån eller ett statsbidrag från ett beslut av styrelsen för en privat stiftelse eller fond om utdelande av bidrag för liknande ändamål».<sup>558</sup> Det som dock utskiljer den offentliga verksamheten och dess myndighetsutövning är »verksamhetens bundenhet av offentlighetsregler och ingen-

<sup>551</sup> Ibid, 244.

<sup>552</sup> Ibid, 246.

<sup>553</sup> Ibid, 247.

<sup>554</sup> Prop 1971:30, 330-334.

<sup>555</sup> Prop 1972:5, 498-505.

<sup>556</sup> SOU 1972:1.

<sup>557</sup> Strömberg, »Myndighet och myndighetsutövning», 248. Strömberg går igenom den nu bekanta definitionen av myndighetsutövningen som grundad i ett uttryck för maktbefogenheter från staten mot medborgarna, och där både betungande och gynnande beslut innefattas genom idén om ett beroendeförhållande mellan den enskilde och staten där den senare har den avgörande makten. I motiven till skadeståndslagen och i betänkandet från ämbetsansvarskommittéen utökas dock begreppet i relation till förarbetena till ÄFL, genom att även avtalsingående, exempelvis vid offentlig upphandling inkluderas, ibid, 249.

<sup>558</sup> Ibid, 250.

ting annat», det vill säga mer frågor om under vilka särskilda ansvar som verksamheten bedrivs.<sup>559</sup>

Den ovanstående diskussionen leder Strömberg fram till att föreslå en egen definition av myndighetsutövningen, men med brasklappen att den inte har »anspråk på att ge uttryck för gällande rätt». Han erbjuder en funktionell beskrivning där myndighetsutövning är »sådana åtgärder av offentliga organ, som har väsentliga verkningar gentemot den enskilde och som vidtas med stöd av och/eller med tillämpning av offentlighetsregler, vilka inte är av rent intern natur utan avser att reglera förhållandet mellan myndigheterna och medborgarna».<sup>560</sup>

## 2.12 DET SOM KUNNAT UNIFORMERAS (RAGNEMALM)

Hans Ragnemalms *Förvaltningsprocessrättens grunder* utkom första gången 1978 som en kommentar till 1971 års FL.<sup>561</sup> Han tar sin utgångspunkt i frågan om politik och juridik, vilka är »oskiljaktiga följeslagare». Ragnemalm skriver att varje »organiserat samhälle förutsätter en rättsordning».<sup>562</sup> Konstitutionella regler som grundlagar beskriver statsorganens organisation och vilken makt de besitter samt sådant som fri- och rättigheter. Förutom dessa grundläggande regler är ekonomiska dispositioner och den rättsliga normgivningen det som Ragnemalm ser som viktigast för att kunna genomföra politiken. Politiken förverkligas genom att normer ges på vilka individuella beslut fattas och i slutändan genomförs faktiska åtgärder på grundval av dessa beslut.<sup>563</sup>

Det är, särskilt i den »moderna välfärds- och regleringsstaten», svårt att särskilja olika rättsområden enligt Ragnemalm. Detta gäl-

<sup>559</sup>»Myndighet och myndighetsutövning», 250.

<sup>560</sup>Ibid, 251.

<sup>561</sup>Sedan i tio upplagor fram till Ragnemalm, *Förvaltningsprocessrättens grunder* [2014].

<sup>562</sup>*Förvaltningsprocessrättens grunder* [1978], 11.

<sup>563</sup>Ibid, 11.

## 2.12. *Det som kunnat uniformeras (Ragnemalm)*

ler inte minst förvaltningsrätten.<sup>564</sup> Redan 1976 hade han konstaterat att det var »ogörligt att förankra en generell definition av begreppet offentlig förvaltning i realistiska kriterier» eftersom varken maktutövning var nödvändigt eller allmänintresse exklusivt för det offentliga. Den stora variationen i förvaltningens verksamheter gav inte heller några allmänna drag som kunde fungera som grund för en definition.<sup>565</sup> Även i grundlagskommentaren från 1980 anger Ragnemalm tillsammans med Petrén och Malmgren att vad som avses med objektet förvaltningsuppgift är »höljt i dunkel».<sup>566</sup>

Förvaltningsrätten reglerar nästan uteslutande det som »kunnat uniformeras»<sup>567</sup> – nämligen handläggningen av ärenden och beslutsfattande. Den övriga verksamheten som både utgör de materiella reglerna i den speciella förvaltningsrätten och det faktiska handlandet, är alltför disparat för att kunna uniformeras på motsvarande sätt. »Den offentliga förvaltningen innefattar emellertid så många och olikartade företeelser, att det är ogörligt att på basis av bestämmelsernas materiella innehåll inränga dem i ett konsekvent uppbyggt system.»<sup>568</sup> Ragnemalm är därmed skeptisk till möj-

<sup>564</sup>Ibid, 12.

<sup>565</sup>»Regeringsformen 11:6 : Överlämnande av förvaltningsuppgift till enskilt subjekt», 111.

<sup>566</sup>»De försök som i den juridiska doktrinen gjorts att ange det för den offentliga förvaltningen särpräglade – t ex att denna skulle innefatta maktanvändning, uppbäras av ett allmännyttigt ändamål eller vara underkastad en typisk offentlig-rättslig reglering, som avviker från den som gäller för enskild verksamhet – synes emellertid närmast illustrera det omöjliga i att förankra en generell definition av begreppet offentlig förvaltning i realistiska kriterier. Maktutövning är icke något nödvändigt inslag, allmänintresset är icke något för sådan förvaltning exklusivt, och de offentlig-rättsliga dragen i den rättsliga regleringen är svårfångade och varierande beträffande olika arter av sådan verksamhet som kan ifrågasättas ha karaktären av offentlig förvaltning.» Petrén, Malmgren och Ragnemalm, *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar*, 278.

<sup>567</sup>Ragnemalm, *Förvaltningsprocessrättens grunder* [1978], 15.

<sup>568</sup>Ibid, 14.



ligheten att systematisera den speciella förvaltningsrätten och det månghövdade faktiska handlandet.<sup>569</sup>

Avgörande för detta perspektiv blir då användbara definitioner av begreppen »ärende» och »beslut». Detta blir också det sätt på vilket ärenden avskiljs från faktiskt handlande. Hos Ragnemalm används termen ärende uteslutande för det som av andra benämns partsärenden. Han hänger upp definitionen av dessa kring beslutet som ett »uttalande, varigenom myndigheten vill påverka andra förvaltningsorgans eller enskildas handlande».<sup>570</sup> Detta är vad som retroaktivt i någon mening definierar en viss verksamhet som att den utgjort ett ärende. Ragnemalm skriver att »handläggning av ett ärende är en verksamhet, som utmynnar i ett beslut av något slag, och att ett *beslut* är ett uttalande som tjänar som mönster för ett handlande, varigenom faktiska förhållanden påverkas».<sup>571</sup>

I sin avhandling diskuterar Ragnemalm begreppet förvaltningsakt i relation till beslut, i linje med den norska diskussionen om *vedtak* som ett vidare begrepp än förvaltningsakt.<sup>572</sup> Ragnemalm tycker begreppet förvaltningsakt i kvalificerad mening kan undvaras, då det mest betecknar »en avskild grupp av den brokiga samlingen av sådana beslut ... som har det gemensamt, att de medför verkningar av viss styrka».<sup>573</sup> Beslut blir därmed termen som används för en »betydligt större sfär av myndighetsavgöranden».<sup>574</sup>

Ragnemalm menar att ett grundläggande kriterium för beslut, i varje fall när det gäller överklagbarhet, är att det endast skall användas för uttalanden. Vidare måste dessa ha viss beständighet och där-

<sup>569</sup>*Förvaltningsprocessrättens grunder* [1978], 15. Se liknande skepsis och formuleringar kring det »ogörliga» i »Regeringsformen 11:6 : Överlämnande av förvaltningsuppgift till enskilt subjekt», passim.

<sup>570</sup>*Förvaltningsprocessrättens grunder* [1978], 16.

<sup>571</sup>*Ibid*, 23.

<sup>572</sup>*Förvaltningsbesluts överklagbarhet*, 24f.

<sup>573</sup>*Ibid*, 26.

<sup>574</sup>Värt att notera är att Ragnemalms syfte med att utreda beslutsbegreppets betydelse i detta verk är för utredningen av överklagandeinstitutet. Jämför *ibid*, 27. Se också Wall, *Rättskraft och korrektiv*, 107f angående Ragnemalms beslutsbegrepp, som bland annat utesluter momentana oskrivna beslut.

### 2.13. *Reformer samt en väg som inte togs (1986 års FL)*

med utesluts momentana handlingar.<sup>575</sup> Sedan vidtar Ragnemalm ett slags negativt utrensande av vissa handlingar och uttalanden som försiggår i myndigheternas verksamheter, men som inte bör ingå i beslutsbegreppet: faktiska handlingar (är ej uttalanden)<sup>576</sup>, passivitet (Sverige har vid denna tid ingen passivitetstalan), formlösa beslut (som trafikmans tillsägelse – de har ingen beständighet i skri-ven form och kan därför inte upphävas eller ändras), vissa uttalan-den i protokoll så som reservationer.<sup>577</sup> Partsbesked i civilrättsliga relationer kan dock betraktas som beslut.<sup>578</sup>

## 2.13 REFORMER SAMT EN VÄG SOM INTE TOGS (1986 ÅRS FL)

Efter införandet av 1971 års FL visade sig erfarenheterna vara goda av den kodifierade allmänna förvaltningsrätten och regeringen till-satte därför 1978 en kommitté för att fortsätta arbetet.<sup>579</sup> Det för-anleddes också av en efterfrågan från riksdagens revisorer och di-verse motioner om att ytterligare utveckla förvaltningslagen, samt också i ljuset av det arbete som parallellt genomfördes av byråkrati-utredningen, vilket framförallt ledde till ett ökat fokus på att reglera ansvaret för service från myndigheterna gentemot enskilda.<sup>580</sup> Di-rektiven för förvaltningsrättsutredningen (FRU) rörde således »att förbättra myndigheternas service gentemot allmänheten, att under-lätta kontakterna mellan myndigheterna och medborgarna, att för-korta handläggningstiderna och förenkla förfarandet samt att sä-

<sup>575</sup> Ragnemalm, *Förvaltningsbesluts överklagbarhet*, 27f.

<sup>576</sup> Dock påpekar Ragnemalm att bakom »de flesta faktiska åtgärder torde ... lig-ga ett beslut av något slag, skriftligt eller muntligt.» *ibid*, 29. Det innebär att dessa ursprungliga beslut möjligen kan överklagas, men inte de handlingar som är resul-tatet. Se nedan kring diskussion om verkställighet.

<sup>577</sup> *ibid*, 28ff. Ragnemalm diskuterar även det intressanta med helt automatisera-de beslut, som löneutbetalningar bestämda av datormaskin.

<sup>578</sup> *Ibid*, 29ff.

<sup>579</sup> Se Hellners, *Förvaltningslagen med kommentarer* för översikt.

<sup>580</sup> SOU 1979:31.

kerställa goda förutsättningar att träffa riktiga avgöranden». <sup>581</sup> Ett delbetänkande, med förslag till partiella reformer och vissa principiella diskussioner lades fram 1981, som ett led i kommitténs arbete. <sup>582</sup> Huvudbetänkandet från 1983 innehöll förslag till en ny förvaltningslag.

I anslutning till en diskussion om hur den offentliga förvaltningen hade ökat i omfång under årtiondena innan, konstaterades i delbetänkandet 1981 att karaktären på både verksamheten och normerna som omgivit den förändrats. Medan myndighetsutövningen tidigare var mer dominerande, och även om den i sig hade ökat i omfattning, hade nu förvaltningen »fått en allt större inriktning på samhällsservice i vid mening», bland annat vård, skola och omsorg. <sup>583</sup> Dessutom hade överlämnandet av detaljreglering av verksamheten alltmer överlämnats till regeringen, förvaltningsmyndigheterna och kommunerna själva, den lagstiftningsteknik som vid denna tid börjat benämnas ramlagar. Dessa ökade »diskretionära befogenheter» kunde ge större flexibilitet, men riskerade också ökad detaljreglering, byråkrati och därmed ökade kostnader. <sup>584</sup> Även den delvis kritiserade privatiseringen, den tekniska utvecklingen med bland annat databehandling och de stora arbetsrättsliga reformerna nämns som bakgrund till behovet att reformera regleringen av förvaltningsförfarandet. <sup>585</sup> Fler »reformlinjer» diskuteras som bakgrund till förvaltningens förändrade verklighet: utlokalisering, samordning, kommunreformerna, landstingskommunernas utveckling, förhållandet stat-kommun, decentralisering och inte minst besparingar och rationaliseringar. <sup>586</sup>

FRU föreslog en ny förvaltningslag med bredare tillämpningsområde än 1971 års FL. Lagförslaget i huvudbetänkandet från FRU kom att med mindre redaktionella ändringar och mer avgörande

<sup>581</sup>SOU 1983:73, 11.

<sup>582</sup>SOU 1981:46.

<sup>583</sup>SOU 1981:46, 44.

<sup>584</sup>SOU 1981:46, 44f. Vad som intressant nog inte berörs här är risken för korruption eller illojal maktanvändning.

<sup>585</sup>SOU 1981:46, 45.

<sup>586</sup>SOU 1981:46, 45-47.

## 2.14. Funktionell bestämning och legalitet (Marcusson)

en insnävning av tillämpningsområdet att antas som 1986 års FL. Lagen skulle inte gälla endast ärendehandläggning, utan ha tre delar: »En som gäller myndigheternas hela verksamhet, en som gäller ärendehandläggning i allmänhet och en som gäller myndighetsutövning mot enskilda.»<sup>587</sup>

Denna väg mot en lag med mer omfattande tillämpning, utanför ärendehandläggningen, togs dock inte inom ramen för utredningen som endast föreslog vissa partiella förändringar i den gällande förvaltningslagen. Det som skisserades var mer i riktning mot en framtida mer omfattande reform.<sup>588</sup> Som svar kom dock departementschefen i propositionen att ställa sig tveksam till ett bredare tillämpningsområde.

I viss motsättning till utredningen anser jag att lagen i princip inte lämpligen bör vara tillämplig annat än vid ärendehandläggning. Den bör alltså inte utvidgas till att omfatta verksamhet av typen köra buss, dirigera trafiken, släcka bränder, hålla lektioner i skolan, göra kirurgiska ingrepp på sjukhuspatienter osv.<sup>589</sup>

Det som behölls av detta bredare perspektiv var reglerna om service och samverkan, vilka sedan dess även är tillämpliga utanför ärendehandläggningen.<sup>590</sup>

## 2.14 FUNKTIONELL BESTÄMNING OCH LEGALITET (MARCUSSON)

Lena Marcussons avhandling rör sig kring ett av den offentliga förvaltningens gränsområden – den förvaltning som bedrivs av andra än offentligrättsliga subjekt (myndigheter). I och med detta behöver

<sup>587</sup> SOU 1981:46, 80.

<sup>588</sup> Detta kom ju i någon mening att uppfyllas i och med 2018 års FL, baserat på Ragnemalms förslag i *En ny förvaltningslag* (SOU 2010:29).

<sup>589</sup> Prop 1985/86:80, 14.

<sup>590</sup> Prop 1985/86:80, 15, nuvarande FL 6 §.

Marcusson närma sig den mer övergripande frågan om vad offentlig förvaltning är. Marcusson skriver inledningsvis i sin avhandling om *offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet* att detta fenomen inte är »klart definierat i vare sig lag, förarbeten, rättspraxis eller doktrin». <sup>591</sup> För hennes projekt blir det nödvändigt att »så långt det nu går ge innehåll åt begreppet offentlig förvaltning». <sup>592</sup> Avhandlingen fokuserar förutom på själva överlämnandet, också på begreppet förvaltningsuppgift. <sup>593</sup>

Marcusson hänvisar till Strömbergs avhandling <sup>594</sup> som konstaterade en blandning av offentlig- och privaträttsliga drag när det gäller anstalter och dess nyttjare. Den spontant sett rimliga uppdelningen mellan vissa uppgifter som är offentliga och utförs av offentliga organ och motsvarande med privata uppgifter av privata organ, har alltså sedan länge inte varit en realitet. Med en hänvisning till RF:s reglering av normgivningen, som innebär att privaträttsliga regler kräver lag och offentligrättsliga föreskrifter kan ges genom bemyndigade av regeringen, konstaterar Marcusson att man i svensk rätt valt att »med insikt om begreppsbildningens otillräcklighet ändå hålla fast vid den grundläggande uppdelningen, som också har en klart positivrättslig betydelse». <sup>595</sup> Distinktionen mellan privaträtt och offentlig rätt slutar alltså inte vara verksam, trots den kontinuerliga uppluckringen. Kompletterande indelningar »kan bidra till förståelsen av sammanhanget mellan rättsområdena och belysa likheter och skillnader mer nyansrikt». <sup>596</sup>

<sup>591</sup> Marcusson, *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, 18.

<sup>592</sup> Ibid, 46.

<sup>593</sup> Som hon intressant nog i sin engelska abstract översatt till *public administrative function*. Här kan noteras att hon också i sin engelska sammanfattning översätter myndighetsutövning med det vedertagna *exercise of public authority*, fast översätter (eventuellt på grund av en icke hänvisad översättning, eller en egenmäktig översättare som hjälpt henne) termen gällande RF till *exercise of public power*, ibid, 423.

<sup>594</sup> Strömberg, *Om rättsförhållandet mellan offentliga anstalter och deras nyttjare*.

<sup>595</sup> Marcusson, *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, 53.

<sup>596</sup> Ibid, 53f.

## 2.14. Funktionell bestämning och legalitet (Marcusson)

Enligt Marcusson har den formella distinktionen »inte genomförts med önskvärd tydlighet» i svensk rätt.<sup>597</sup> En materiell bestämning av offentlig förvaltning är inte heller framkomligt om man väljer att beteckna det som de formellt definierade myndigheterna ägnar sig åt som offentlig förvaltning.<sup>598</sup>

Marcusson konstaterar att hittills i svensk rätt har myndighetsutövning tagits som utgångspunkt när det gäller kontroll och insyn genom offentligrättslig reglering.<sup>599</sup> Enligt henne är den formella bestämningen (»myndigheternas verksamhet är offentlig förvaltning») både felaktig och ofullständig.<sup>600</sup> Myndigheterna gör sådant som inte är offentlig förvaltning. Enligt Marcusson måste även agerande »med privaträttsliga medel» föras till den offentliga förvaltningen, inte minst eftersom medborgarna har intresse både av att »myndigheterna interna verksamhet sköts på ett rättsenligt sätt» och att sådana privaträttsliga ageranden som försäljningar eller upphandlingar är rättsenliga.<sup>601</sup>

Ett ytterligare skäl att använda en funktionell bestämning gäller de affärsdrivande verk som är myndigheter och statsägda bolag som är privaträttsliga subjekt. Hon utgår från att det finns ett intresse att upprätthålla legalitet och objektivitet utifrån RF:s krav även i dessa.<sup>602</sup> Det är tydligt att Marcusson här försöker nå vidare från en enkel syn på myndighetsutövning och bredda perspektivet till att hantera begreppet »offentlig förvaltningsuppgift», särskilt med utgångspunkt i hur det normativt är förankrat i RF.

Marcusson kommer in på frågan om ärendehandläggning och faktiskt handlande. Utifrån frågan om de traditionella termerna »fak-

<sup>597</sup> Ibid, 60.

<sup>598</sup> Här ansluter hon sig till Strömbergs tidigare konstateranden.

<sup>599</sup> *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, 61.

<sup>600</sup> Eftersom Marcussons tema i avhandlingen rör enskilda som utövar offentlig förvaltning, frågar hon sig om det »räcker med att låta kontrollen avse myndighetsutövning», ibid, 61, särskilt med avseende på den oklara termen »offentlig förvaltningsuppgift» i RF 11:6.

<sup>601</sup> Ibid, 62.

<sup>602</sup> Det krävs alltså ett funktionellt begrepp för att det generella kravet på legalitet eller rättsenlighet skall kunna tillfredställande ställas på de som utför förvaltningsuppgifter, men inte är förvaltningsmyndigheter. ibid, 62f.

tiskt handlande» och »handläggning av ärenden» förhåller sig på något särskilt sätt till »myndighetsutövning» och »förvaltningsupp- gift» konstaterar hon att utredningen som föregick 1971 års FL föreslog både en mer omfattande reglering av den verksamhet som inte utgjorde ärenden och dessutom förde in en tredelning, där den faktiska verksamheten kompletterande ärenden i allmänhet och ären- den som innebar myndighetsutövning.<sup>603</sup>

Marcusson konstruerar en sextonfältare (se tabell 2.6), där des- sa fyra gånger fyra kategorier markeras med huruvida de »är av in- tresse ur offentlighetsrättslig synpunkt, eller bör vara det».<sup>604</sup> Det släen- de med denna figur är att alla typer av verksamhet, hos alla typer av aktörer, förutom det privaträttsliga handlandet hos fristående off- entlighetsrättsliga subjekt eller privaträttsliga subjekt skall »underkas- tas särskild kontroll eller reglering som en yttring av offentlig för- valtning».<sup>605</sup> Marcussons begrepp om offentlig förvaltning, det som särskilt skall kontrolleras eller regleras, blir alltså en mycket omfat- tande kategori som omfattar allt utom vissa offentliga bolag eller stiftelser samt privaträttsliga subjekts rent privaträttsliga handlan- de.

Tre typer av regler kan försäkra denna reglering av förvaltnings- verksamheten: 1) Handläggningsregler, främst förvaltningslagen. 2) Regler som legalt begränsar beslutanderätten: legalitets-, objektivit- ets- och likhetsprinciperna, med mera. 3) Kontrollregler: offentlig- hetsprincipen, JO:s och JK:s tillsyn, straffrättsliga och skadestånds- rättsliga regler, överklaganderätt, med mera. Marcusson diskuterar också »vilka verksamheter *vid sidan av myndighetsutövningen* som är av den arten att de kan eller skall betecknas som offentlig förvalt-

<sup>603</sup>»Konstaterandet att myndigheterna ägnar sig åt ärendehandläggning och fak- tiskt handlande ger emellertid inte svar på frågan vad offentlig förvaltning är och hur den skiljer sig från privat verksamhet. Även sådan kan ju bestå av ärendehand- läggning och faktiskt handlande. Det är inte heller någon skillnad mellan myndig- hetsutövning och andra förvaltningsuppgifter i det här avseendet. Båda aktiviteterna kan ta sig uttryck i beslutsfattande och faktiskt handlande.» *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, 72f.

<sup>604</sup>Ibid, 73f.

<sup>605</sup>Ibid, 74.

2.14. Funktionell bestämning och legalitet (Marcusson)

Verksamhet / Aktör	Myndighetsutövning	Övriga beslut	Faktiskt handlande	Privaträttsligt handlande
Myndighet	x	x	x	x
Fristående offentlighetsrättsliga subjekt	x	x	x	xy
Bolag och stiftelser	x	x	x	xy
Övriga privaträttsliga subjekt	x	x	x	y

Tabell 2.6: Marcusson: offentlighetsrättsligt intressant verksamhet (x), bör inte underkastas särskild offentlighetsrättslig kontroll (y)

ningsuppgifter» även när de överlämnats åt enskilda.<sup>606</sup> Det intressanta här är att de kriterier som Marcusson ställer upp också indirekt blir kriterier som går att tillämpa på förvaltningsverksamheten inom myndighetsfären:

1. Uppgiften skall kunna utföras av en myndighet.
2. Staten utövar viss styrning och kontroll över verksamheten.
3. Staten medverkar till finansieringen av verksamheten.
4. Uppgiften innebär en påverkan i någon form på medborgarna eller grupp av medborgare.<sup>607</sup>

Värt att notera är att detta utesluter helt interna delar av förvaltningens verksamhet, åtgärder eller verksamhet som inte direkt påverkar medborgarna. Marcusson jämför sedan denna tentativa bestämning mot doktrinen.<sup>608</sup> Hon landar i att »offentlig förvaltning genom enskild bara kan vara förhanden när *verksamheten teoretiskt*

<sup>606</sup>Ibid, 75.

<sup>607</sup>Ibid, 75.

<sup>608</sup>Reuterskiöld, Herlitz, Fahlbeck, Sundberg, Herlitz igen och Strömberg, *ibid*, 86.



## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

kan utföras av stat eller kommun i det rådande samhällssystemet». Även om det går att föra principiella resonemang om vad begreppet offentlig förvaltning skall betyda, kan »faktiska verksamheter i ett visst samhälle ... bara systematiseras med hjälp av de positivrättsliga förutsättningarna i detta samhälle vid en viss tidpunkt». <sup>609</sup>

### 2.15 YTTRELLIGARE PRECISERING INTE NÖDVÄNDIG

Wiweka Warnling-Nereps och Alf Bohlins *Förvaltningsrättens grunder* är ett tydligt exempel på upptagenheten vid ärendet, beslutet och myndighetsutövningen i det att den faktiska verksamheten behandlas i ett enda kort stycke och de enda exemplen rör rådgivning eller information till allmänheten. Utifrån RF:s terminologi konstaterar Warnling-Nerep att innebörden av begreppet offentlig förvaltning »helt enkelt» är »sådan verksamhet som bedrivs i statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter». <sup>610</sup>

Ytterligare försök att precisera begreppet *offentlig förvaltning* förefaller inte meningsfulla, utan det är bäst att redovisa denna mångskiftande verksamhet genom de exempel som presenteras i bokens olika kapitel. Däremot bör nämnas, att man inte kan sätta ett likhetstecken mellan offentlig förvaltning och *maktutövning*. Tvärtom fungerar de offentliga organen i hög grad som serviceorgan visavi allmänheten: Sjukvård och hemtjänst förmedlas, undervisning bedrivs, vägar byggs, etc. En stor del av den offentliga förvaltningen

<sup>609</sup> *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, 86. Plikter för enskilda (vittnesplikt, trafikregler, ...) är förvisso offentligrättsligt reglerade, men det gör inte dessa »uppgifter» eller verksamheter till offentlig förvaltning, enligt Marcusson. Inte heller föräldrars uppfostran av sina barn, trots det allmänna intressen av det. Avgränsningen här är dock ideologisk, i det att exempelvis uppfostran eller röst-rätten »i vårt statskick tillkommer medborgarna som sådana och enligt den demokratiska ideologin är det individens intresse av denna rätt som är central.» *ibid*, 86f.

<sup>610</sup> Bohlin, *Förvaltningsrättens grunder*, 12.

## 2.15. Ytterligare precisering inte nödvändig

består i s.k. *faktisk verksamhet*, vilken måste särskiljas från myndigheternas beslutande verksamhet, eller – annorlunda uttryckt – *handläggning* av ärenden.<sup>611</sup>

Stefan Zetterströms och Anna-Sara Linds *Offentlig rätt* innehåller en mycket kort formulering rörande den faktiska verksamheten, om än det påpekas att den »offentliga förvaltningen förverkligas i stor utsträckning genom» just faktisk verksamhet.

Under begreppet offentlig förvaltning faller förfaranden som kan innebära såväl *maktutövning* som *gynnande åtgärder* av olika slag för medborgaren (sjukvård, undervisning, socialvård och kommunikationer). Den offentliga förvaltningen förverkligas i stor utsträckning genom *faktisk verksamhet*. Det kan röra sig om tillhandahållande av undervisning och sjukvård, byggande av vägar och gator som sedan underhålls av stat och kommun, drift av järnvägar m.m. eller tvångsvård av vårdbehövande osv.<sup>612</sup>

<sup>611</sup>ibid, 10f (Warnling-Nerep har författat det citerade kapitlet.) En liknande inställning till de grundläggande begreppsliga problemen präglar även hennes Warnling-Nerep, *En introduktion till förvaltningsrätten*.

<sup>612</sup>Zetterström och Lind, *Offentlig rätt*, 194.

## 2.16 POLITI TILL

### ÄRENDE-BESLUT-MYNDIGHETSUTÖVNING

Föregångaren till det som idag utgör förvaltningsrättsvetenskapen var som konstaterats en bredare vetenskaplig ansats som hanterade hela statens verksamhet under ett samlat paraply, som kameral- eller politivetenskap. Om än man kan argumentera för att det under denna historiska epok saknades precision och att systematiken var primitiv i jämförelse med dagens offentligrätt, så kan man också kritisera utvecklingen för att ha snävat av synfältet och på ett problematiskt sätt fragmenterat vetandet. Låt oss därför sammanfatta dessa historiska rörelser under några tematiska rubriker.

#### 2.16.1 STÄNDIGT SVÄRGREPPBART

Ett återkommande tema i doktrinen är att förvaltningen är svår-greppbar, både i meningen att den är svår att positivt definiera och att den i sig är så heterogen att den inte låter sig kategoriseras på något enkelt sätt. Detta samtidigt som hela strävan från Reuterskiöld och framåt är att försöka just greppa och systematisera den månghövdade offentliga förvaltningen. Denna svårighet förvärras bara i takt med att förvaltningen under 1900-talet tar på sig allt fler uppgifter och utökar sin service till de enskilda. Ironiskt nog blir svår-greppbarheten bara förstärkt av att vissa delar av dessa verksamheter återförs till den privata sektorn, eftersom de där måste ingå i en slags dubbel reglering av både privat och offentlig natur. En annan aspekt av detta är att det hela tiden finns ett växelspel, eller cirkelresonemang, där (de offentliga) subjekten bestäms av (den offentliga) verksamheten, som bestäms av vilka subjekt som utövar den, etcetera... Det verkar ibland ogörligt för förvaltningsrätten att komma ur denna självrefererande rörelse, där förvaltningens subjekt och objekt inte blir möjliga att särskilja.

Även om vi kan kritisera författarna i doktrinen för att ge upp alltför lätt, måste ha vi sympati för vilken svår uppgift förvaltningsrättsvetenskapen stått inför under sina första 150 år. Det som ibland

## 2.16. *Politi till ärende-beslut-myndighetsutövning*

framstår som nonchalans kring att avgränsningen av forskningsobjektet utgör ett problem, döljer snarare en förståelig uppgivenhet inför svårigheten. Initialt var behovet att med en rättslig diskurs överhuvudtaget fånga och beskriva det som pågick inom den offentliga verksamheten. För de första författarna drevs dessa ansatser mer av pedagogiska behov än vetenskapligt intresse. Men i takt med att den vetenskapliga behandlingen växte i skuggan av den civilrättsliga doktrinen visade sig den offentliga verksamheten vara minst lika mångfaldig, och troligen än mer komplex, än den privata.<sup>613</sup> För att få grepp om dessa fenomen fick hela frågan om förvaltningens natur, vad den offentliga förvaltningen var i all sin mångfaldighet, sättas inom parentes. Lösningen blev istället att fokusera på »det som kunde uniformeras» (Ragnemalm) och försöka fånga den »offentligrättsliga regleringens särart» (Strömberg). Vad skulle man annars göra?

Det är också en fråga om att börja någonstans – för att juridiskt kunna behandla förvaltningens verksamhet, så gick alla i riktning mot ett Mayerskt fokus på förvaltningsakten, det som i svensk doktrin skulle fångas in av begreppen ärende-beslut-myndighetsutövning. Majoriteten av författarna erkänner trots det att detta avsnävande fokus syftar till att juridiskt och rättsligt hantera vissa frågor, inte att fånga in hela förvaltningsverksamheten.

### 2.16.2 FÖRVALTNING SOM REST

En aspekt av de teoretiska och systematiska försöken genom doktrinen hänger ihop med ovanstående om att förvaltningen är svår-greppbar. Etablerat hos Mayer, men återkommande hos senare författare, är att lagstiftningen och rättskipningen går att positivt be-

<sup>613</sup> Detta eftersom motsvarande verksamhet i privata organisationer inte har något generellt krav på normbundenhet utöver den interna självreglering som där upprättas. Interna frågor i ett aktiebolag är mindre legalitetskrävande än den inre verksamheten i en förvaltningsmyndighet utifrån ett gängse konstitutionellt perspektiv.

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

stämma, medan förvaltningen är det som blir över.<sup>614</sup> I det omfattande nätverket av offentliga organ med varierande uppgifter och verksamheter står ändå den lagstiftande makten i form av kung och senare parlamentet ut som ett klart identifierbart lokus för denna utövning av offentligt makt. Trots att lagstiftningsprocessen som helhet är en både informellt och formellt omfattande och stökig historia, så kokas dessa processer ned till ett suveränt identifierbart beslut. I moderniteten växer också föreställningen om att detta är både den legala och legitima kritiska punkten för maktens utövande. I det parlamentariska Sverige uttrycks den föreställda folkviljan genom beslut av den representativa politiska församlingen. Det lagstiftande beslutet är det som bär lagen som i sin tur är den positiva grunden

<sup>614</sup>»Avskalningstekniken» som Lavin kallar det, Lavin, *Domstol och administrativ myndighet*, 3. I en samling uppsatser som annars inte utvecklar de centrala begreppen ställer sig Jägerskiöld kritisk mot Reuterskiölds och Sundbergs negativa bestämningar av förvaltningen, samt den senares idé om att förvaltning är alla åtgärder för subjektets upprätthållande. »Ej heller kan man med framgång hävda, att förvaltning är lagarnas verkställande, en definition, som ännu kan möta. ... Bestämningen är för snäv. Den hör samman med positivistisk övertro på lagstiftningens makt och förvaltningens lagbundenhet. Förvaltning är emellertid även verksamhet utanför lagregleringens område, handlande till samhällets bestånd och utveckling, medborgarens skydd och fromma.» Jägerskiöld, *Om allmän förvaltningsrätt*, 7f. Att definiera förvaltningen som det som myndigheterna sysslar med är inte tillfredställande heller. Jägerskiöld konstaterar att de flesta (exempelvis Sundberg, Jellinek, Castberg) hamnar i att »statsförvaltningen är resten». »Men detta är å andra sidan otvivelaktigt att gå för långt i uppgivelsen.» Istället är det bättre med en mindre precis definition än en alltför vid eller begränsad som blir intetsägande. »Förvaltningen innebär otvivelaktigt ett handlande; förvaltningsorganen äro, såsom tyska vetenskapsmän uttryckt saken, 'Leistungsträger'.» ibid, 10. Aproppå utvecklingen av förvaltningsrätten och dess influenser in till Sverige, noterar Jägerskiöld en intressant övergång från studier av »organisationens fakticitet till undersökningar om relationerna mellan stat och medborgare», ibid, 12f. Jämför även Herlitz: »[V]issa offentliga funktioner, som kvantitativt varit av jämförelsevis begränsad räckvidd, men som haft eller ansetts hava en desto större betydelse (och därför ansetts böra handhas på ett särskilt sätt), särhållits och karakteriserats: det gäller särskilt om lagstiftning och rättsskipning. Förvaltning har sedan blivit namnet på vad som återstår av den offentliga verksamheten.» Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 26f.

för hela rättsordningen och i en väsentlig mening statens verksamhet.<sup>615</sup>

Samma tacksamt identifierbara punkt i tid och rum finns inom rättsväsendet, där verksamheten finner sitt kritiska avgörande i den fällda domen. De organ som levererar sådana beslut som vinner laga kraft (och därmed realiserar den abstrakta lagen) är också relativt enkla att identifiera som domstolar. I linje med detta får sedan »förvaltningen» fungera som en uppsamlingskategori, resten av den offentliga verksamheten. När lagstiftandet återfinns hos riksdagen och rättskipningen hos domstolarna så bedrivs all annan offentlig verksamhet av förvaltningen.<sup>616</sup> Inom en disciplin som framstår som ömsom självsäker i ljuset av sin flertusenåriga historia och ömsom lidande av dåligt självförtroende i skuggan av de positivistiska naturvetenskaperna, så är det inte en helt bekväm situation. Särskilt inte för förvaltningsrätten som en subdisciplin inom rättsvetenskapen, som då får stå kvar med ett objekt som bara utgör de kvarlämnade resterna av andra offentligrättsliga subdiscipliner. Förvaltningsrättens objekt är det som blev över när statsrätten tagit lagstiftningen och straff- och processrätt tagit rättskipningen.

<sup>615</sup> Detta utgör den positivistiska föreställningen om rätten, som förvisso också går att kritisera från ett konstitutionellt perspektiv. Se Martin. Loughlin, *The Idea of Public Law*.

<sup>616</sup> Förvisso har doktrinen kämpat med ett meningsfullt och tillförlitligt sätt att skilja mellan rättskipning och förvaltning. Denna strävan har förstärkts i takt med Sveriges anpassning till en europeiserad rättsideologi och inlemmande i de europarättsliga rättsordningarna. Problemet har antagligen förstärkts av en traditionell sammanblandning, och ibland nonchalant inställning till att någon avgörande distinktion står att finna, mellan rättskipande verksamhet och förvaltning. En negativ definition av förvaltningen hittar vi i 12 kap RF som talar om både förvaltningsmyndigheter och förvaltningsuppgifter. I 12 kap 3 § läser vi att riksdagen inte får ägna sig åt förvaltningsuppgifter utöver vad grundlag eller RO anger (exempelvis om åtal mot riksdagsledamot 12 kap 4 § RF). I grundlagarna och RO anges ett antal förvaltningsuppgifter (som utlämnande av allmänna handlingar och diverse saker som riksdagskansliet gör) – men detta blir en negativ definition i den meningen att det som riksdagen huvudsakligen gör, bland annat lagstiftning, *inte är* förvaltning. Se för diskussion Johansen och Wejedal, »Mot ett funktionellt domstolsbegrepp I»; »Mot ett funktionellt domstolsbegrepp II».

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

Här kan vi hitta ytterligare en orsak till att förvaltningsakten och närliggande systematiska begrepp fick ta den framträdande platsen. Beslutet (om än besluten och deras skiftande typer är så många) har en analog struktur till de positivt definierade formerna för juridisk maktutövning som lagstiftningen och rättskipningen. I kombination med det rättsstatliga idealet och den framväxande rättighetsdiskursen, utgör ett identifierbart beslut med vissa rättsverkningar den naturliga platsen att reglera statens maktutövning. Genom att procedurellt och materiellt reglera vissa kvalificerade beslut kan viktiga delar av statens makt gentemot enskilda hållas i schack. Men lika viktigt är att förvaltningsrätten här finner sitt positiva objekt, som ger den något mer fast att hålla i än den oregerliga massan av förvaltningsverksamheter. Denna möjlighet att finna och utgå från ett respektabelt juridiskt begrepp omvandlas sedan till idén att detta begrepp är själva grunden för disciplinen och utgör dess objekts kärna.

### 2.16.3 ÄRENDE–BESLUT–MYNDIGHETSUTÖVNING

Låt oss nu försöka sammanfatta hur begreppen ärende, beslut och myndighetsutövning idag används inom förvaltningsrätten. Dessa tre begrepp utgör ett systematiskt sammanhang där begreppen relaterar till varandra inbördes, därför kan de lämpligen skrivas som *komplexet ärende–beslut–myndighetsutövning*.

Begreppet myndighetsutövning har olika innebörd i olika lagar eftersom det inte är ett autonomt begrepp. Det fyller två funktioner. Det ena är att särskilja vissa sorters kvalificerade beslut från andra mer löpande och mindre inverkan. Det vill säga en strukturerande heuristisk funktion inom vart och ett rättsområde eller rättsligt komplex.<sup>617</sup> Det andra är att identifiera vissa åtgärder som särskilt allvarliga, vilket därmed definierar dessa åtgärder som beslut eller som innefattande beslut, oavsett deras form. Dessa funktioner är anledningen till att myndighetsutövningen och komplexet ärende–beslut–myndighetsutövning blivit så viktigt. Det är relativt väl ägnat

<sup>617</sup>Jämför Prop 1975:78, 143.

## 2.16. *Politi till ärende-beslut-myndighetsutövning*

att lyfta ut vissa åtgärder från mängden av faktisk verksamhet och de otaliga åtgärder som förvaltningen utgör. Det vill säga, myndighetsutövningen (precis som ärendebegreppet) fungerar för att »fånga in» vissa åtgärder. Det är ett slags praktiskt verktyg för att försöka reglera delar av förvaltningsverksamheten.

Den grundläggande distinktionen som gjort sig gällande i svensk förvaltningsrätt har, i varje fall sedan tiden för 1971 års FL, varit den mellan *ärenden* och *annan förvaltningsverksamhet*.<sup>618</sup> Ärende som begrepp har varit nära knutet till *beslutet*, som resultatet av ärendets handläggning. Till dessa tre begrepp har också det centrala begreppet *myndighetsutövning* varit nära knutet. För att försöka beskriva den generella systematiken, med vilken dessa begrepp inom den allmänna förvaltningsrätten förhåller sig till varandra, kan vi också ta avstamp i den mest inflytelserika källan i förarbetena, departementschefens kommentar till 1971 års FL. Diskussionen fördes under lagstiftningsarbetet kring huruvida förvaltningslagens regler skulle vara tillämpliga i all förvaltningsverksamhet. Departementschefen föreslog ingen entydig definition, men resonerade om ärendets karaktär i relation till det faktiska handlandet.

Var gränsen går mellan handläggning av ärenden och faktiskt handlande får avgöras från område till område. Ofta används i specialförfattningarna uttryckligen begreppet »ärende». Även när detta begrepp inte begagnas i specialförfattningarna, framgår ofta av sammanhanget, t. ex. av regler om besluts överklagbarhet, vad som enligt viss författning är att räkna som ärende. Någon skarp skiljelinje mellan handläggning av ärenden och s. k. faktiska handlingar torde dock inte kunna dras upp.<sup>619</sup>

<sup>618</sup>Hellners, *Förvaltningslagen med kommentarer*, 38.

<sup>619</sup>Prop 1971:30, 315.



## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

Om än det inte uttryckligen skrevs ut, ser vi här hur ärendet kopplas till sådan verksamhet som utmynnar i ett beslut.<sup>620</sup> Handläggningen av ärenden är alltså »myndigheternas *beslutande verksamhet*»,<sup>621</sup> men ses också som ett förled till detta. Handläggningen består alltså också i »mellanhavanden med enskilda som mynnar ut i någon form av beslut från myndighetens sida».<sup>622</sup> Strömberg och Lundell beskriver »myndigheternas beslutande verksamhet» som att den består i meddelandet av »rättsliga direktiv antingen för faktisk förvaltningsverksamhet eller för enskilda personers handlande».<sup>623</sup> Denna verkställbarhet (exigibilitet) innebär att beslutet kan realiseras genom myndighetens handlande eller någon enskilds handlande, ofta under hot om ett eller annat tvång.<sup>624</sup> Ärenden behöver dock inte bara vara av den karaktären att de utmynnar i beslut som har någon rättslig verkan eller effekt för den enskilde. De beslut som har sådana mer betydelsefulla verkningar för den enskilde avskiljs med hjälp av myndighetsutövningsbegreppet, vilket också det har sin viktigaste källa i förarbetena till 1971 års FL, vilket motiverar att här återge ett längre citat:

Ärendet skall innefatta utövning av en befogenhet att bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinär bestraffning eller annat jämförbart förhållande; och befogenheten skall utövas i förhållande till enskild. Gemensamt för all myndighetsutövning är, att det rör sig

<sup>620</sup>Jämför exemplifieringen som kan citeras här igen: »Skillnaden mellan de olika typerna av verksamhet belyses bäst genom några exempel. Hållandet av en lektion i en skola eller utförandet av en operation på ett sjukhus kan enligt normalt språkbruk inte betecknas som handläggning av ett ärende. Uppkommer däremot fråga om disciplinär bestraffning av en skolelev eller om en patients debitering för sjukhusvård föreligger ett ärende som skall behandlas av förvaltningsmyndigheten. Ytterligare exempel på faktiska handlingar som företas av företrädare för det allmänna utgör polismans trafikdirigering på en gata och konduktörs kontroll av en resenärs färdbiljett på ett tåg.», Prop 1971:30, 315.

<sup>621</sup>Hellners, *Förvaltningslagen med kommentarer*, 38.

<sup>622</sup>Ibid, 39.

<sup>623</sup>Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 17.

<sup>624</sup>Ibid, 76.

## 2.16. *Politi till ärende-beslut-myndighetsutövning*

om beslut eller andra åtgärder, som ytterst är uttryck för samhällets maktbefogenheter i förhållande till medborgarna. Det behöver dock inte vara fråga om åtgärder som medför förpliktelser för enskilda. Myndighetsutövning kan föreligga i form av gynnande beslut, t.ex. tillstånd att driva viss verksamhet, befrielse från viss i författning stadgad förpliktelse och beviljande av social förmån. Karakteristiskt är emellertid att den enskilde på visst sätt befinner sig i ett beroendeförhållande. Är det fråga om ett beslut, varigenom han förpliktas att göra, tåla eller underlåta något, måste han rätta sig efter beslutet, eftersom han annars riskerar att tvångsmedel av något slag används mot honom. Rör det sig om ett gynnande beslut, kommer beroendeförhållandet till uttryck på det sättet att den enskilde för att komma i åtnjutande av exempelvis en rättighet är tvungen att vända sig till samhällsorganen och att dessas tillämpning av de författningsbestämmelser som gäller på det aktuella området blir av avgörande betydelse för honom.<sup>625</sup>

Denna beskrivning har sedan blivit vägledande i praxis och doktrin, om än utvecklad över de snart femtio år sedan den författades av departementschefen. Som vi också sett i den historiska genomgången har den, inte förvånande, djupare rötter i tidigare doktrin, bland annat under termen »förvaltningsakt». Det rör sig just om en beskrivning snarare än en definition, vilket hänger samman med den relativa obestämligheten i det som begreppet försöker fånga. Det finns inget skäl att slå fast en strikt definition, som sedan förvaltningens verksamhet får rätta sig efter. Tvärtom behöver begreppet följa verksamheten och det genererar en obestämlighet men också, mer positivt uttryckt, behovet av en dynamisk definition av begreppet.

Ärenden som inte är av myndighetsutövningskaraktär kan bland annat innefatta råd, upplysningar eller information från myndighe-

<sup>625</sup> Prop 1973:90, 331.

ten – det vill säga sådan service som omfattas av 6 § FL. Hos Hellners och Malmqvist konstateras att olika tolkningar av gränsen mellan ärende och annan förvaltningsverksamhet går att finna i doktrinen, gränsen är något »flytande». De knyter för egen del myndighetsutövningsbegreppet nära till just ärendebegreppet och menar att det endast rör sig om myndighetsutövning när det handlar om »ärenden som mynnar ut i bindande beslut». <sup>626</sup> Detta är också den rådande hållningen i doktrin och hos lagstiftaren. Strömberg (och i senare upplagor Lundell) har sedan första upplagan 1962 beskrivit den offentliga förvaltningen som en mångskiftande verksamhet som »består i stor utsträckning i att nyttigheter och tjänster av olika slag ställs till medborgarnas förfogande, t ex sjukvård, socialvård, undervisning och kommunikationer.» <sup>627</sup> Det är inte så att förvaltningsområdena inte innefattar maktutövning (exempelvis tvångsmässig sjuk- eller socialvård), men att de till största delen utgörs av frivilliga möjligheter som enskilda kan välja att nyttja eller inte. Detta innebär att de inte, i varje fall på denna grund, utgör »maktutövning». Verkställande genom tvångsmedel består också »delvis av rent faktiska åtgärder». Utbetalningar av understöd och bidrag utgör också faktisk verksamhet. <sup>628</sup>

Från den faktiska förvaltningsverksamheten bör man skilja myndigheternas beslutande verksamhet. Denna består i att myndigheterna meddelar rättsliga direktiv antingen för faktisk förvaltningsverksamhet eller för enskilda personers handlande. Myndigheternas beslutande verksamhet med vad därtill hör av förberedande och verkställande åtgärder är underkastad en ingående rättslig reglering och tilldrar sig därför helt naturligt det största intresset inom förvaltningsrätten. Men även den faktiska förvaltningsverksamheten är av förvaltnings-

<sup>626</sup>Hellners, *Förvaltningslagen med kommentarer*, 39.

<sup>627</sup>Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 16.

<sup>628</sup>Ibid, 17.

rättsligt intresse, i den mån den är underkastad rättslig reglering och kontroll.<sup>629</sup>

Här ser vi också hur verkställandet av ett beslut, exempelvis utbetalandet av en förmån till följd av myndighetsbeslut, också utgör faktisk verksamhet.

Strukturellt har samma slags avskiljning som lämnat förvaltningen som rest efter att lagstiftningen och rättskipningen definierats, i sin tur gjorts inom förvaltningsrättens objekt, den offentliga förvaltningen. Det centrala har ansetts vara ärendehandläggningen som leder till beslutet medan den faktiska verksamheten utgjort resten.

#### 2.16.4 FAKTISK VERKSAMHET

Hur står det då till med den faktiska verksamheten? Inga systematiska försök har gjorts att beskriva den faktiska verksamheten positivt, till skillnad från de negativa definitioner och exemplifierande beskrivningar vi sett ovan. Tvärtom visar ovanstående hur just sådana försök a priori uteslutits i förvaltningsrätten.<sup>630</sup> I vissa fall lyfts frågan om inte systematiskt så i varje fall som ett centralt tema, när en studie inte kan undkomma den faktiska verksamheten.<sup>631</sup> Exempelvis inleds uppsatsen »När börjar ett betygsärende?» av Sverker

<sup>629</sup>Ibid, 17.

<sup>630</sup>Som en hastig komparativ utblick: »Med den ubredelse af institutionalisering, der er sket og stadig sker, vil mængden af faktiske handlinger vokse. Betragter man disse som et uinteressant residualbegreb, vil feltet for den retsvidenskablige forskning ikke kunne indfange en række myndighedshandlinger, der er af overordentlig vigtig betydning for den enkelte.» Ketscher, *Offentlig børnepasning i retlig belysning*, 376. Ketscher påpekar i sin undersökning av barnomsorg att det är otillfredställande att betrakta allt som försiggår mellan att ett barn skrivs in på institutionen och att det skrivs ut som faktiska handlingar. Hon »mener, at der i løbet af et institutionsophold træffes en række beslutninger, der må karakteriseres som retsafgørelser», ibid, 376. Det finns rättsskyddsfrågor och hon är kritisk mot den »a-retlige holdning» till dessa fenomen som varit gällande i den danska doktrinen, ibid, 377.

<sup>631</sup>Som ett exempel på spridda brottstycken återfinns en intressant diskussion om faktiskt handlande i utredningen *Juridik som stöd för förvaltningens digitalisering*, där det framförs att faktiskt handlande också kan utföras av icke-människor: »Som exempel på faktiska handlanden kan nämnas en lärare som står i ett klass-

## Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning

Scheutz med att konstatera att »med ärende bör avses sådana åtgärder av en myndighet som leder fram till ett beslut. Verksamhet som inte leder fram till ett beslut är således inte ärendehandläggning.»<sup>632</sup> Men direkt infinner sig frågor för författaren: »Vad är ett beslut? Vad är skillnaden mellan slutliga beslut och beslut under handläggningen? Vad är ett ärende? Vad menas med faktiskt handlande? När börjar ett ärende? Vad betyder termen handläggning?»<sup>633</sup>

När gränslandet mellan ärenden och faktiskt handlande kommer ifråga så verkar alla begrepp hamna i gungning. När det gäller det centrala exemplet för Scheutz, examinationen inom ramen för undervisning i gymnasium eller högskola, konstaterar han att så länge det inte rör sig om bedömningar så kan själva undervisningen utgöra faktiskt handlande och därmed inte handläggning av ett ärende.<sup>634</sup> Det är dock inte alltid enkelt att särskilja de bedömande momenten, även om Scheutz normativt förespråkar strikta gränsdragningar.<sup>635</sup> Hans slutsats blir att betygsärendet i varje fall börjar senast när examinationen börjar.<sup>636</sup>

Utan att närmare gå in på diskussionen<sup>637</sup> är Scheutzs text ett bra exempel på hur den gängse systematiken snarast behöver pressas på vissa förvaltningsverksamheter. När den faktiska verksamheten inte kunnat positivt definieras, så befinner sig de verksamheter som är kvar i denna rest i en prekär situation. Men denna osäkerhet som

rum och undervisar eller en chaufför som kör en spårvagn, dvs. förfaranden som inte innefattar ärendehandläggning eller beslutsfattande i förvaltningsrättslig mening. Framtida tekniker förutspås emellertid i hög grad kunna ersätta mänskliga förfaranden. Det kan röra sig om t.ex. självkörande fordon eller olika former av sensorer eller trygghetstekniker.» SOU 2018:25, 145f.

<sup>632</sup>Scheutz, »När börjar ett betygsärende?», 320.

<sup>633</sup>Ibid, 318.

<sup>634</sup>Ibid, 331.

<sup>635</sup>»Anser man att examination är ärendehandläggning bör man noggrant tänka igenom hur undervisning och examination integreras så att det alltid är klart när lärare och examinatore handlägger ärenden och när de ägnar sig åt faktiskt handlande – undervisning utan examineriska inslag.» ibid, 333.

<sup>636</sup>Ibid, 334.

<sup>637</sup>Som sympatiskt nog innehåller många frågetecken och få träffsäkra avgöranden kring de begreppsliga frågorna.

## 2.16. *Politi till ärende-beslut-myndighetsutövning*

är en oavsiktlig men ofrånkomlig effekt av systematiken verkar också återverka på de mer stabila begreppen (ärende, handläggning, beslut) i den meningen att just gränfallen gör begreppen osäkra.

Det har visat sig att de centrala begreppen inte verkar hålla samman i någon stabil systematik. Det är inte i sig en anledning att kritisera dem, varje systematiskt försök är möjligt att angripa och kan inte validera sig själv. Det som följer i kapitel 3 är förslag till att utveckla en systematik som tar sin utgångspunkt i den faktiska verksamheten, istället för komplexet ärende-beslut-myndighetsutövning. Den kommer inte erbjuda någon oemotsäglich teori som ersätter den tidigare. Snarare är den ett försök att utveckla det arbete som redan gjorts i doktrinen. Huruvida denna systematik från ett nytt perspektiv är mer fruktbar, produktiv eller användbar är upp till läsaren. Låt oss som avslutning på kapitlet plocka upp några idéer från doktrinen som vi kan bära med oss.

### 2.16.5 FRAGMENT TILL ETT ALTERNATIVT PERSPEKTIV

I doktrinen finner vi ett antal försök eller fragment till ett alternativt perspektiv på den offentliga förvaltningen.

Vi kunde redan hos Mayer se ett bredare perspektiv där *statsverksamheten* utgör det som strävar mot statsändamålet, och vilket får olika karaktär när det ses från olika perspektiv. Verksamheterna som utgörs av lagstiftning och rättskipning syftar precis som verksamheten som utgör förvaltning till att förverkliga detta ändamål. Förvaltningen blir här, i inskränkt mening, bara en underordnad del och en rest när övriga positivt definierats. Men allt har sin grund i en bred verksamhet som förenas i sitt ändamål.

Rabenius laborerar med ett *statsförvaltnings*-begrepp som är mycket brett, på ett liknande sätt som Mayer. En motsvarande inskränkning som hos Mayer för att finna just förvaltningsrättens objekt görs dock. Men fortfarande här och också hos Ask och Blomberg är *förvaltning* eller *verksamhet* i bred mening termer som kan beskriva och sammanfatta hela statens verksamhet, motsvarande det vi idag benämner den offentliga sektorn. Allt offentligt är för-

valtning, men förvaltningsrätten sysslar bara med viss sorts förvaltning. Det är också värt att återigen poängtera hur Ask formulerar sig när han skriver att förvaltning »innebär alltid en verksamhet»<sup>638</sup> och Blomberg när han menar att förvaltningen inte bara genomför lagarna utan »består i en mängd fall uti ett fritt handlande inom lagarnes rāmärken».<sup>639</sup>

Reuterskiöld, i en tradition som han i någon mening avslutar, diskuterar också en bredare idé om förvaltning. Som hos författarna ovan, men mer utförligt formulerat, används termen förvaltning för allt som sträcker sig hela vägen från utrikesförvaltningen ner till kommunerna. Det vill säga att det finns en parallell användning av termen »förvaltning» för ett begrepp som är mycket bredare än vad förvaltningsrätten senare kommer ägna sig åt.

Även Sundberg utgår eller startar i ett brett förvaltningsbegrepp, om än från ett än mer allmänt perspektiv i det att han utgår från att alla subjekt, även de som inte själva kan handla, är förvaltande eller »har förvaltning». Här blir det grundläggande förvaltningsbegreppet så generellt att ingen undkommer att vara del av förvaltningen i vid mening.

Ett viktigt påpekande görs också av Herlitz om att inte behöva binda den vetenskapliga terminologin till den juridiska. Även om vissa vill beteckna exempelvis ekonomisk förvaltning som privat, eftersom den regleras av privaträtten, tycker Herlitz att dess specialbetydelser inte behöver binda den »vetenskapliga terminologien».<sup>640</sup> Herlitz påpekar att den vetenskapliga teorin inte bör vara bunden av olika detaljer i doktrin eller juridisk praxis, utan strävar efter en vetenskaplig redogörelse som är självständig i någon bemärkelse. Detta öppna sätt att närma sig en vetenskaplig och systematisk behandling bör inspirera ett nytt förhållningssätt. Ett av hans viktigaste bidrag till teorin om den offentliga förvaltningen är att påpeka hur ett skifte under denna period skett från att betrakta staten som objektet som förvaltas, till att bli subjektet som förvaltar. Herlitz ar-

<sup>638</sup> Ask, *Föreläsningar i svensk förvaltningsrätt*, 2.

<sup>639</sup> Blomberg, *Nordisk Retsencyklopædi*. 5, *Den nordiska förvaltningsrätten*, 1.

<sup>640</sup> Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 16.

## 2.16. *Politi till ärende-beslut-myndighetsutövning*

gumenterar för att den alltmer rådande föreställningen om staten som subjekt hänger intimt samman med den rättsstatliga ideologin, eftersom ett bindande vid rättsliga regler kräver just relationer mellan subjekt. Detta är i hans mening det grundläggande väsendet hos rättsregler. Lagbundenhet bör vara ett generellt drag hos all offentlig verksamhet, all förvaltning, inte enbart rättskipningen. Herlitz påpekar att fritt skön förvisso finns i vissa delar av förvaltningen, men också hos domstolarna. Delar av förvaltningen är därmed mer hårt bundna av normer än vissa delar av rättskipningen som verksamhet.

Strömbergs beskrivning av *maktutövningen* från 1962, där skillnaderna mellan auktoritära och demokratiska styrelseskick inte bör överdrivas framstår som ett mer realistiskt grundperspektiv på den statliga verksamheten än många senare beskrivningar. Det är detta som driver den här föreliggande studien normativt – ett realistiskt perspektiv på staten måste se hur dess verksamhet är en maktutövning som i slutänden genomdrivs med våld mot enskilda. Detta har också varit en genomgående faktor i den rättsstatliga diskursen i allmänhet och på motsvarande sätt drivit doktrinens utläggningar om förvaltningsrättslig legalitet och normbundenhet. Även statens »goda» handlingar, utdelande av bistånd eller erbjudande av samhällsservice, präglas av både ofrånkomlig assymetri mellan den enskilda människan och staten samt av monopolställning *de jure* eller *de facto*.

Ett exempel som likt Sundbergs ovan utgår från en rätt annorlunda utgångspunkt är Wennergrens terminologi. Diskussionen förs här nära golvet i den meningen att just kontorsarbetets fysiska förutsättningar är i fokus. Ärenden består oftast av hanteringen av papper i olika fysiska akter eller andra konkreta åtgärder vid bord och i mötesrum. Det pekar mot en förståelse av ärendehandläggning och beslut som administrativt *handlande*, vilket ju Wennergren kallar det, på ett ytterst konkret sätt. Detta är en möjlig nyckel till en annan mer verklighetsförankrad metaforisk förståelse av förvaltningen som olika handlingar, snarare än att se alla de handlingar som krävs för att ärenden och beslut skall förverkligas som sekundära



## *Kapitel 2. Ärende, beslut, myndighetsutövning*

och perifera aspekter. Det vill säga, metaforen att förvaltningen består av många konkreta handlingar på kontor är ju mer av en realistisk beskrivning än metaforen att förvaltningen består av ärenden som leder fram till beslut, i det att det senare är betydligt mer abstrakt än det förra.

Samtidigt som författarna i doktrinen i mån mening ger upp inför att begreppsligt fastställa definitioner, funktionella avgränsningar, etcetera, pekar det vidare på att det finns underliggande problem i teoretiseringen. Herlitz och andra verkar slitas mellan att ha en konsekvent vetenskaplig begreppsapparat och det alltför uppenbara i att den heterogena förvaltningsverksamheten inte låter sig fångas in i sådana ramar. Sammantaget pekar ovanstående vidare mot möjligheten och nödvändigheten av alternativa sätt att teoretisera förvaltningsrättens objekt (den offentliga förvaltningen) och systematisera dess centrala begrepp. Detta utgör temat för nästa kapitel.

## KAPITEL 3

# ALLMÄNNA LÄROR OCH BEGREPPSUTVECKLING

Det som kan konstateras av föregående undersökning av den förvaltningsrättsliga doktrinen är att förvaltningsrätten har begränsat sig till att identifiera sitt huvudsakliga objekt med ärendet, beslutet och myndighetsutövningen. I detta fokus på det juridiska har beslutet betraktats som kärnan och det normala i förvaltningsrätten. Detta fokus delar den förvaltningsrättsliga rättsvetenskapen både med sina systerdiscipliner inom rättsvetenskapen och med förvaltningsrätten som en praktisk verksamhet utanför den vetenskapliga kontexten. I ljuset av denna samstämmighet bland de i övrigt mångfaldiga teoretiseringarna av förvaltningsrätten och den offentliga förvaltningen blir det relevant att föreslå ett alternativt perspektiv från vilket rättsvetenskaplig forskning om den offentliga förvaltningen kan utgå. Det vill säga att föreslå nya allmänna läror.

Det följande består därmed i att beskriva de *övergripande* aspekterna av de allmänna läror som studien bidrar med. I de nästkommande avsnitten presenteras detaljerade begrepp och andra systematiska konsekvenser av detta övergripande perspektiv. Det kan uttryckas som att det där är mer fokus på *läror*.

Om än många myndigheters verksamhet rutinmässigt består av beslut i ärenden och myndighetsutövning, är ändå dessa beslut undantag från förvaltningens normala och grundläggande natur som

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

en kontinuerlig verksamhet. Å ena sidan kan därför denna alternativa teoretisering ses som ett ställande på huvudet av det traditionella perspektivet. Medan den faktiska verksamheten hittills förstås som ett undantag och en rest i förhållande till den normala kärnan, beslutet, skall vi nu betrakta verksamheten som det normala och beslutet som undantaget. I viss mån utgör den här föreslagna teorin just en sådan vändning.<sup>641</sup> Å andra sidan kan vi också beskriva det som att komplexet ärende–beslut–myndighetsutövning bäddas in i den mer generella kategorin faktisk verksamhet. Den offentliga förvaltningen är faktisk verksamhet i *vid* mening. Detta i motsats till den faktiska verksamheten i *snäv* mening, där den bara utgör resten som blir över när komplexet ärende–beslut–myndighetsutövning har definierats.

Denna faktiska verksamhet i vid mening är en kontinuerlig process, en slags ständigt realiserad levd verklighet som tjänstepersoner och medborgare deltar i och upplever. I detta fält av sociala fenomen är vissa delar kristalliserade och behandlas inom ramen för en mer formaliserad normmässig struktur.<sup>642</sup> Eller enklare uttryckt: vissa delar av förvaltningens verksamhet behandlas enligt mer formaliserade regler. Ytterligare vissa delar av denna mer formellt organiserade verksamhet uppfyller kriterierna för vad vi kallar myndighetsutövning. Beslut och ärenden är därmed inbäddade i förvaltningsverksamheten som helhet, den faktiska verksamheten i vid mening.<sup>643</sup>

Följande kapitel består av tre delar. Först behandlas några olika problem som *ärendebegreppet* möter på i gränssnittet mellan abstrakta kategorier och konkreta fall samt olika interna utmaningar

<sup>641</sup>Se nedan, särskilt avsnitt 3.3.1, om oreglerad förvaltning.

<sup>642</sup>»Every institution, firm, family and even individual produces an indefinite number of scripts that serve as behavioural models. But these scripts, models, distributors, organization charts and *dispatchers* do not necessarily have legal consequences. Only a small proportion of them will constitute a grievance leading to 'law' – and only in the event of dispute if their possibility of lodging a complaint is recognized. Thus, law refers to scripts like everything else, in its own way, without for all that being reduced to them.» Latour, *The Making of Law*, 275f.

<sup>643</sup>Se figur 1.1, sidan 9.

för ärendebegreppet. Sammanfattande för dessa utmaningar är att gränsdragningsfrågor återkommande genererar problem. Gränsen mot faktisk verksamhet, mot ett tillstånd innan ärendet inletts, gränsen mellan interna och externa ärenden, gränserna mellan de olika inre delarna i ärendet, och så vidare.

I den andra delen diskuteras en till ärendet anknuten fråga, *verkställigheten* av det beslut som ärendet utmynnar i. Som utgångspunkt betraktas i doktrinen inte verkställigheten som en del av ärendet, utan endast som ett förverkligande av ett slutligt beslut.

Dessa två teman bidrar sedan till kapitlets tredje del, där ett antal utvecklade och delvis *nya begrepp och analytiska kategorier* föreslås. Dessa utgör resultat och fynd som studien utmynnar i, men även konstruktiva resonemang som syftar till att utveckla och fördjupa förvaltningsrättens kapacitet att beskriva sitt objekt.

## 3.1 ÄRENDETS UTMANINGAR

Ärendet, det begrepp som inom sig samlar anhängiggörande, handläggning och beslut, är som vi konstaterat centralt för förvaltningsrätten. Trots att detta begrepp är centralt, är det inte entydigt definierat i doktrinen.<sup>644</sup> Tvärtom finns svårigheter både i att fastställa när ett ärende uppstår, vad det i sig är för något och också vilka olika sorters ärenden som kan finnas. I den doktrin som behandlar allmän förvaltningsrätt är frågan sparsmakat hanterad. Ett exempel är Strömberg och Lundell som konstaterar att FL:s tillämpningsområde behöver preciseras: »Lagen gäller främst förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden. Genom denna term har man avsett att från tillämpningsområdet utesluta myndigheternas rent faktiska

<sup>644</sup>Heller inte legaldefinerat, vilket många i doktrinen brukar påpeka om diverse begrepp. Att centrala begrepp inte är legaldefinerade, det vill säga definierade av lagstiftaren i någon författning, verkar dock inte vara varken ovanligt eller som sådant ett egentligt problem. Många centrala delar i alla rättsområden vilar på vissa begrepp som bara utvecklats i praxis, doktrin eller som helt enkelt är underförstådda. Jämför Wittgenstein, *Filosofiska undersökningar*, 40.

### *Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling*

handlande, t ex undervisning och sjukvård.»<sup>645</sup> Om än det kan tyckas som om faktiskt handlande här fungerar som den kända delen och att tillämpningsområdet rör det som blir över, har vi ovan sett hur det är tvärtom. Snarare än att FL:s tillämpningsområde här definieras med hjälp av ärendebegreppet så definieras ärendebegreppet med hjälp av FL:s bestämmelser. Det uppstår ett slags cirkeldefinition där ärendet är det som styr tillämpningsområdet samtidigt som ärendets definition består i reglernas referenser. Men detta är inte enda otydligheten som ärendebegreppet lider av. Följande avsnitt hanterar ett antal ytterligare problem.

#### 3.1.1 AVGRÄNSNINGEN MOT FAKTISK VERKSAMHET

##### *Trafikdirigering*

Scheutz tar upp ett typexempel på faktiskt handlande, konduktörers klippande av biljetter.<sup>646</sup> Han finner det tveksamt att det rör sig om faktiskt handlande. Varje klipp av ett färdbevis skulle kunna vara ett handläggande av ett ärende. Scheutz undrar varför det endast skulle röra sig om ett ärendes när konduktören underkänner en biljett? Trots att starkare rättssäkerhetskrav kanske aktualiseras när någons biljett underkänns, så framstår det ändå som ett beslut som är resultatet av ärendehandläggning.<sup>647</sup>

I propositionen till 1986 års FL nämns trafikdirigering, vilket är en liknande verksamhet som biljettkontrollerna. Som utgångspunkt framstår det som ett ganska bra exempel på faktisk verksamhet. En tjänsteperson (polis) ägnar sig åt något som uppenbart är en del av tjänsteutövningen, själva dirigerandet. Detta är uttryck för en viss del av samhällets maktbefogenheter, men det består inte i någon ansökan, ärendehantering eller skriftliga beslut som riktar sig till

<sup>645</sup>Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 87.

<sup>646</sup>Exemplet kommer från SOU 1964:27, 115 då jag antar att konduktörer var ofientligt anställda. Idag är de privatanställda, och biljettkontrollen utgör knappast en åtgärd i förvaltningsrättslig mening. För den enskilda framstår dock verksamheten som identisk. Frågan om vilka uppgifter som en konduktör utför och huruvida de utgör myndighetsutövning har behandlats i praxis, se AD 1986 nr 111.

<sup>647</sup>Scheutz, »När börjar ett betygsärende?», 324f.

enskilda. Snarare är det en kontinuerlig praktik som inlemmar sig i trafikflödet. Å andra sidan kan man se själva dirigeringen av trafik som en strid ström av beslut<sup>648</sup> som riktar sig till specifika bilister (om än de kan vara många tillstådes) och polismans befallning utgör ju högsta trafikregel.<sup>649</sup> Det är ju också den enskilde polisen som i varje ögonblick väljer hur trafiken skall dirigeras. Att köra i strid med dirigeringen innebär ett trafikbrott och kan beivras. Hellners och Malmqvist påpekar också hur trafikdirigering »belyser rätt väl svårigheterna att entydigt bestämma skillnaden mellan handläggning av ärenden och faktiskt handlande» i första upplagan av sin kommentar till 1986 års FL.<sup>650</sup>

Utifrån det perspektivet är trafikdirigering ett typiskt dåligt exempel på faktiskt handlande, i varje fall om vi vill avgränsa det faktiska handlandet på ett tydligt sätt från myndighetsutövningen. Som konstateras i propositionen till 1971 års FL innebär myndighetsutövningen att den enskilde när det gäller ett beslut »varigenom han förpliktas att göra, tåla eller underlåta något, måste han rätta sig efter beslutet, eftersom han annars riskerar att tvångsmedel av något slag används mot honom».<sup>651</sup> Detta funktionella sätt att bestämma myndighetsutövningen, framför en begränsning till en formell ärendeprocédur med vissa former för dokumentation, handläggning och beslut, har haft relativt stor framgång i förvaltningsrätten. I linje med detta ligger trafikdirigeringen nära den typ av dold myndighetsutövning som Ragnemalm och JO beskriver kan finnas i ett »momentant» handlande som framstår som faktiskt handlande.<sup>652</sup> Eller för den delen går det att sälla till en kategori där även

<sup>648</sup> Jämför diskussionen i Ragnemalm, *Förvaltningsbesluts överklagbarhet*, 33f där det konstateras att dirigering och tillsägelse av trafikant kan innebära beslut, men att dessa dock inte har beständighet som gör det meningsfullt att säga att de kan senare upphävas eller ändras.

<sup>649</sup> Trafikförordning (1998:1276) 2 kapitel 3 § 1 p. Jämför norsk doktrin, Graver, *Alminnelig förvaltningsrett*, 192.

<sup>650</sup> Hellners och Malmqvist, *Nya förvaltningslagen : [med kommentarer]*, 49.

<sup>651</sup> Prop 1971:30, 331.

<sup>652</sup> Detta diskuteras närmare nedan i avsnitt 3.1.6.

### *Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling*

exempelvis dispositioner med intagna i kriminalvården får placeras.<sup>653</sup>

En annan aspekt som kan vara avgörande här är det mer praktiska faktum att något rättsmedel i praktiken inte står till buds för den som råkar misstycka med dirigeringen av trafiken. Det blir meningslöst att tänka sig ett överklagande av ett visst handpekande av en polis vid ett visst tillfälle. Detta hänger också samman med att själva trafikdirigeringen inte utgör något ärende i den gängse meningen – det består inte i något anhängiggörande eller egentlig handläggning. Det är en faktisk åtgärd. En möjlighet för prövning i domstol av frågan om dirigerandet utgör myndighetsutövning skulle antagligen kräva att en olycka inträffat och någon söker skadestånd eller åklagare utreder ansvar för tjänstefel i samband med en viss dirigerings.<sup>654</sup>

Vad händer om vi förstår trafikdirigeringen från perspektivet att förvaltningen primärt är en verksamhet? Trafikdirigeringen är ett typexempel på en normal förvaltningsverksamhet, men som inte utesluter maktutövning och fri- och rättighetsaspekter för den enskilde. Dock finns inom ramen för diskussionen i doktrin och praxis ingen myndighetsutövning i det handlande som dirigerandet består i.

Här ser vi alltså en begränsning av ärendebegreppets potential som begrepp för att fånga in maktutövande verksamhet som inkräktar på den enskildes rättssfär. Eftersom vi kan konstatera att även det relativt ofarliga (och för trafiksituationen kanske helt nödvändiga) exemplet med trafikdirigering innebär ett inskränkande av enskildas frihet, behöver själva grunden för myndighetsutövningens logik justeras. Den dirigerande polisen utövar myndighet/makt mot de enskilda, och vi kan alltså se att myndighet i betydelsen utövande av makt mot enskilda (inskränkande av fri- och rättigheter) inte som utgångspunkt är mer snävt rättsligt reglerat. De yttre gränserna för det tillåtliga i trafikpolisens handlande är inte utstakade långs med gränsen mot den enskildes rättssfär utan istället mot myndig-

<sup>653</sup>Se avsnitt 3.2.2.

<sup>654</sup>Jag har inte stött på några sådana fall.

hetens interna regler eller direktiv och straffrättsliga ansvarsbestämmelser. Polismannen får alltså utöva offentlig myndighet, makt, mot de enskilda, utan att underkastas reglerna i FL.

### *Undervisning*

Undervisning har sedan lång tid bedrivits som förvaltningsverksamhet och har ofta setts som ett typexempel på faktiskt handlande.<sup>655</sup> Men vad är egentligen bedrivandet av en kurs vid universitetet? Hur skall de olika konkreta handlingar som en sådan verksamhet består i kategoriseras?

I ett fall från JO behandlas frågan om studenter kan återkalla en inlämnad tentamen.<sup>656</sup> JO:s utredning visade att olika synsätt på frågan fanns hos olika lärosäten. Medan Umeå universitet i vissa fall medgav ett återkallande tillät Örebro universitet det inte. Enligt Lars Bejstam är inlämnad tentamen att jämställa med en ansökan om förmån och det innebär då att det går att återkalla ansökan av den som ansökt.<sup>657</sup> Mot denna syn vände sig både flertalet av lärosätena och Högskoleverket.

JO konstaterar i sin bedömning att det inte finns någon uttömmande reglering av handläggningen av betygsärenden och att FL:s regler då aktualiseras, så länge lärosätet är under offentligt huvudmannaskap. JO är dock inte överens med Bejstam om att betygsärenden är att jämställa med normalfallet av ansökningar om för-

<sup>655</sup>C.-A. Reuterskiöld, *Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran*, 40; Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 10, not 3, 28; Strömberg, *Allmän förvaltningsrätt* [1962], 13,16,20; B. Christensen, »Forvaltningsrettens grænseområder», 251f; Essen, *Arbete i offentlig förvaltning*, 45. »Liksom bara en bråkdel av det som äger rum i landets skolor kan förklaras av skollagen och andra författningar är det inte heller särskilt upplysande att redogöra för hur makt utövas på dessa områden genom att beskriva de relevanta rättsliga bestämmelserna.» Brännström, *Förrättsligande*, 277f

<sup>656</sup>JO 977-2010.

<sup>657</sup>Vogel m. fl., *Festskrift till Hans-Heinrich Vogel*, 24f.



### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

måner och att grundsatsen om återkallande av ansökan om förmån därför inte kan ligga till grund för en bedömning i frågan.<sup>658</sup>

En fråga här blir om betygsärendet därmed utgör myndighetsutövning, om det är faktisk verksamhet eller om det är ett ärende som inte utgör myndighetsutövning men som utmynnar i ett beslut. Själva beslutet och ärendet verkar vackla mellan kategorierna. Det är å ena sidan tydligt att ett beslut om betyg i slutändan utgör den typ av maktutövning mot enskild som faller inom ramen för myndighetsutövningen. Å andra sidan består själva handläggningen av ärendet fram till det att ett slutligt beslut fattas av en slags faktisk verksamhet som inte går att komma åt med något rättsmedel, och vad det verkar i det här fallet inte ens går att hindra med hjälp av ett återkallande av den inlämnade tentamen.

Om vi strikt håller oss vid dikotomin mellan ärende och faktisk verksamhet måste själva bedömningen av tentamen falla i den senare kategorin. Beslut om betyg som meddelas kan dock i sin tur utgöra myndighetsutövning, om än i det här fallet ett beslut undantaget från den generella regeln om överklagbarhet.<sup>659</sup>

Men är det inte snarare så att bedömningen utgör ett led i ärendehantering? Här kommer frågan om myndighetsutövningen bara är lokaliserad till beslutsögonblicket eller om hela ärendet som utmynnar i ett beslut av myndighetsutövningskaraktär också utgör myndighetsutövning.<sup>660</sup>

<sup>658</sup>JO finner det otillfredställande att den här typen av ärenden inte är reglerade i Högskoleförordningen, att det hanteras olika på olika lärosäten och till och med inom samma lärosäte, att det är oklart huruvida lärosätena har rätt att utfärda föreskrifter i frågan, men landar därmed också i att inte uttala någon kritik mot Örebro universitet.

<sup>659</sup>Betygsbeslut kan som bekant bara omprövas av myndighete, se 12 kap högskoleförordningen (1993:100).

<sup>660</sup>Wennergren, *Offentlig förvaltning i arbete*, 48. Ett liknande problem uppmärksammar Strömberg rörande självständigheten och kompetensen som avgörande kriterier för att identifiera en myndighet. Vid en tillämpning lik den som gäller för allmänna handlingar leder till frågan om en vägran av en lärare vid en statlig undervisningsanstalt skall överklagas hos tillsynsmyndighet eller anstaltens styrelse. Strömberg vågar inte ge något svar, Strömberg, »Myndighet och myndighetsutövning», 235f.

Alf Bohlin lyfter i en rapport fram *frivilligheten* i myndighetens åtagande/verksamhet som ett viktigt moment i huruvida det utgör faktiskt handlande eller ärendehantering.<sup>661</sup> Och det är inte svårt att följa den här tankegången. Å ena sidan finns myndighetsutövningen och ärendehantering med strikta legalitetskrav som både begränsar och påbjuder vissa handlingar och visst beslutsfattande av myndigheten och tjänstepersonerna, under vissa processuella former. Å andra sidan finns det faktiska handlandet, där myndigheten både själv får välja formerna för sin verksamhet och även i stor utsträckning vad för verksamhet myndigheten överhuvudtaget skall ägna sig åt. Den faktiska verksamheten blir här framförallt sammanlänkad med de handlingar som myndigheten frivilligt ägnar sig åt, eller frivilligt utformar. Motsvarande resonemang kan föras rörande de enskildas frivilliga deltagande i verksamheten, som fallet med undervisning visar.

Det finns också en skillnad mellan undervisning av elever (som inte är där frivilligt) och studenter (som är där frivilligt). I det senare fallet ligger verksamheten närmare i karaktär sådant som rådgivning eller service, i det att studenten (i varje fall formellt sett) är där frivilligt och tar del av myndighetens verksamhet utan att samtidigt vara underkastade myndighetens maktutövning. Detta motsäger inte att vissa ärenden kopplade till undervisningen, särskilt antagning eller betygsättning i sig utgör myndighetsutövningsärenden. En elev i grundskolan befinner sig dock i en helt annan situation i det att hen ytterst kan bli tvingad till undervisningen genom att statens våldsmonopol nyttjas för att den enskilde skall uppfylla skolplikten.

Undervisningsexemplet, eller rättare sagt kursen i relation till kursens avslutande moment med tentamen, visar på svårigheten att upprätthålla en gräns mellan ärendet så som handläggning å ena sidan och beslutet och å andra sidan. Även en såpass vardaglig verksamhet som undervisning passar dåligt in på de allmänna förvaltningsrättsliga kategorierna ärende och beslut.

<sup>661</sup> Bohlin, *Offentlighet & sekretess i myndighets forskningsverksamhet*, 13.

### *Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling*

Vad skulle då perspektivet på förvaltning som verksamhet innebära för undervisningsexemplet? Utgångspunkten vore då att undervisningen vore just en verksamhet, som framförallt präglas av att pågå under längre tid och innehålla flera olika kortare och längre, överlappande moment. Huruvida en kurs utgör flera på varandra löpande ärenden, ett antagningsärende och ett examensärende med faktisk verksamhet däremellan eller ett längre ärende med eventuella delärenden i sig går inte att säkert fastställa. Det som är tydligt är att dessa olika systematiseringar av verksamheten leder till olika resultat och också kan vara mer eller mindre lämpliga lösningar för olika rättsliga problem eller konflikter. Det finns inte en lösning som passar alla fall, och argument för olika rättsliga lösningar är möjliga och a priori är ingen att föredra framför någon annan.

Diskussionen som fördes av parterna i JO-fallet angående den återlämnade tentamen framstår delvis som okonstruktiv, särskilt med tanke på den bristande detaljerade regleringen. Att betrakta en inlämnad tentamen som en ansökan om förmån har väl argument för sig, likväl som motsatta betraktelsesättet inte är orimligt. Öppenheten för olika legitima lösningar ökar sannolikt om man utgår från att det som skolor och högskolor bedriver framförallt är en kontinuerlig verksamhet med otaliga åtgärder som inte omedelbart har en viss juridisk karaktär. När en konflikt väl uppstår kan dessa åtgärder behöva »förrättsligas» eller systematiseras på ett juridiskt sätt.

En annan aspekt är som nämnts ovan tvångsaspekten. Här finns också ett spektra mellan grundskolan, där eleverna är på plats under kontinuerligt tvång, och högskolan där studenterna förvisso som utgångspunkt är där frivilligt. Även i högskolan bör dock tas hänsyn till att trots att valet att börja på kursen är frivilligt, kan moment under utbildningen ha mer eller mindre tvingande karaktär. Detta särskilt i ljuset av att studentens pågående försörjning i form av studiemedel eller andra livsomständigheter som boende under villkor

att vara student knappast gör det helt frivilligt att delta eller inte i obligatoriska undervisningsmoment.<sup>662</sup>

### *Hälso- och sjukvård och brottsbekämpande verksamhet*

Det har konstaterats i både doktrin och av lagstiftaren i förarbeten att gränserna för ärendet mot faktisk verksamhet i praktiken kan vara svåra att upprätthålla. Ett exempel är hälso- och sjukvården där mycket av verksamheten inte utgör ärenden, typiskt sett själva vården, medan vissa delar av verksamheten tydligt är fråga om ärenden, som betalningen.<sup>663</sup> Detta gäller den frivilliga hälso- och sjukvården till skillnad från tvångsvård, även om frivillig vård kan övergå i tvångsvård (och vice versa). Det innebär dock en mer formell ärendehandläggning än när frivillig vård normalt bedrivs.<sup>664</sup> Hälso- och sjukvård är också en skyldighetslagstiftning, den handlar alltså om att vissa mål skall uppfyllas och att det åligger vårdgivarna att fullgöra dessa skyldigheter. Patienter har i den meningen ingen särskild rätt till vård.<sup>665</sup>

Det är intressant att notera att regeringen i propositionen till senaste FL trycker på att rättssäkerheten i både hälso- och sjukvården och den brottsbekämpande verksamheten måste upprätthållas. När det gäller hälso- och sjukvården görs detta numera genom att FL till skillnad mot tidigare görs tillämplig även på detta område.

<sup>662</sup> Detta kommer teoretiseras mer systematiskt nedan i avsnitt 3.3.6 om den speciella förvaltningsrelationen.

<sup>663</sup> »1 § förvaltningslagen (2017:900, FL) innebär att bestämmelserna i lagen ska tillämpas på ärendehandläggning inom den offentliga hälso- och sjukvården. Det är dock svårt att särskilja *handläggning av ärende* och så kallat *faktiskt handlande* inom hälso- och sjukvården. När en sjuksköterska lägger om ett sår utgör det ett faktiskt handlande medan när det är fråga om patientens betalningsansvar för vården är det fråga om ärende som ska handläggas i enlighet med reglerna i FL. Ytterligare ett exempel på ärendehandläggning är förskrivning av läkemedel. I detta avseende är det till exempel den behandlande läkarens beslut om att på recept skriva ut ett visst läkemedel, eller för den delen vägra att skriva ut ett visst läkemedel till patienten, som kan anses utgöra ärendehandläggning.» Axelsson, »Hälso- och sjukvård», 166f.

<sup>664</sup> Lerwall, »Makt, myndighet, människa», 182f, passim.

<sup>665</sup> Axelsson, »Hälso- och sjukvård», 154ff.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

En självklar utgångspunkt är att ärendehandläggningen på hälso- och sjukvårdens område – även i första instans – förtjänar samma grad av rättssäkerhet som handläggningen av ärenden inom andra områden av förvaltningen. Det bör här betonas att åtgärder som vidtas inom ramen för den faktiska vården – dvs. åtgärder som kan karaktäriseras som faktiskt handlande – faller utanför tillämpningsområdet för den ingående förfaranderegleringen. I den faktiska vården, dvs. den verksamhet som inte utgör formell handläggning av ärenden, gäller endast lagens bestämmelser om myndigheternas tillgänglighet och serviceskyldighet och om samverkan med andra myndigheter.<sup>666</sup>

Det övergripande syftet är att alltså att främja rättssäkerhet och det görs enligt regeringen bäst genom att göra FL tillämplig även inom denna verksamhet. När det gäller den brottsbekämpande verksamheten där RB och tillhörande författningar får gälla, resonerar regeringen tvärtom. I polisens och andra brottsbekämpande myndigheters<sup>667</sup> verksamhet finns redan tillräckliga procedurella garantier. Flera remissinstanser lyfte risken att parallella förfaranderegler och gränsdragningsproblem riskerade effektiviteten utan motsvarande vinster för enskilda.<sup>668</sup> Detta är då en skillnad mot hälso- och sjukvården där den centrala verksamheten inte är reglerad på något rättssäkert sätt eftersom den har karaktären av frivillighet och måluppfyllelse snarare än rättighetslagstiftning. I den brottsbekämpande och polisiära verksamheten finns sådana garantier redan ge-

<sup>666</sup>Prop 2016/17:180, 34.

<sup>667</sup>Kustbevakningen, Polismyndigheten, Skatteverket, Säkerhetspolisen, Tullverket och åklagarmyndigheterna. Prop 2016/17:180, 30.

<sup>668</sup>»Regeringen kan konstatera att rättegångsbalken och de författningar som ansluter till balken – både andra lagar och förordningar – innehåller bestämmelser som ställer långtgående krav på förfarandet vid en förundersökning. Dessa har tillkommit främst för att tillförsäkra misstänkta en rättssäker handläggning av ärenden som rör misstankar om brott. Regleringen ställer också krav på att hänsyn tas till målsägandens situation och behov av rättsskydd trots att målsäganden inte betraktas som part i förundersökningen.» Prop 2016/17:180, 32.

nom annan lagstiftning enligt regeringen. Det blir då inte motiverat att ovanpå lägga FL:s regler med risken för osäkerhet om vilka regler som skall ha företräde.

Bland annat för att inte skapa förvirring så vill regeringen behålla undantaget och inte, som utredningen föreslog, göra FL tillämplig även på brottsbekämpande verksamhet. Här rör det sig alltså inte om en svårighet kring gränsdragningen av ärenden, utan om valet av norm som skall styra verksamheten och ärendehandläggningen under exempelvis spaning eller en förundersökning. »Det ligger ett betydande värde i att regleringen utformas på ett sätt som inte kan leda till osäkerhet om vilka förfaranderegler som ska tillämpas i skilda sammanhang i denna verksamhet.»<sup>669</sup>

#### 3.1.2 NÄR INLEDS ETT ÄRENDE?

Om ett ärende skall kunna särskiljas från annan förvaltningsverksamhet är det avgörande att veta när det börjar och slutar. Gällande början är det ibland enkelt att avgöra i och med ett formligt beslut om anhängiggörande. Men det är inte alltid fallet, inte ens alltid när en sådan formell början finns. Bland annat handlar det om huruvida eventuella förhandsbedömningar är att anse som ärenden i egen rätt och eventuellt innebära myndighetsutövning.<sup>670</sup>

<sup>669</sup> Prop 2016/17:180, 32.

<sup>670</sup> Leviner har diskuterat det i sin avhandling, *Leviner, Rättsliga dilemman i socialtjänstens barnskyddsarbete*, 193ff. Carl-Johan Wase diskuterar i sitt examensarbete när faktiskt handlande övergår till ärende genom beslut av myndigheten: »En intressant fråga uppkommer då myndigheten handlar ex officio och huruvida detta förfarande skall betraktas som ett faktiskt handlande eller ett ärende. Ett målande exempel är JO 2006/07 s. 106-108, där anstalten hade underlåtit att upprätta ett beslagsprotokoll över en omhändertagen mobiltelefon. JO framförde den rättsliga betydelsen av att upprätta en förteckning över det som omhändertagits, då det ytterst ger uttryck för att av ärende anhängiggjorts. Uttalandet bör således tolkas som att det faktiska handlandet (som troligen föregåtts av att myndigheten handlat ex officio, genom att genomföra en visitation) övergått i ett ärende i samma stund som myndigheten fattat ett beslut om omhändertagande av egendom. Av allt att döma utgörs skiljelinjen mellan begreppen av den tidpunkt vari ett juridiskt bindande dokument eller dylikt upprättas, som binder både förvaltningsmyndigheten och den enskilde. Förfarandet ska därför tillmätas stor rättslig betydelse.»

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

I 1968 års betänkande<sup>671</sup> redovisas JK:s hållning att en precisering av begreppet ärende skulle »kunna ge en i huvudsak lämplig lösning»<sup>672</sup> på problemet med de »enkla förvaltningsbestyren» och huruvida dessa skall regleras i FL eller i en egen lag. Det finns en mängd otvistiga och muntligt handlagda ärenden, »rutin- och bagatellärenden»,<sup>673</sup> som kan klassificeras som faktisk verksamhet då de inte har några egentliga rättsverkningar. Oron rör här främst ett tillkrånglande av systemet med en stor administrativ börda för myndigheterna. Att ge en tillfredställande definition av ärendet är dock inte helt enkelt. JK lyfter bland annat svårigheten att avgöra när ett ärende uppstår i tillsynsverksamheten. Arbetsgruppen i justitiedepartementet resonerar om frågan. Här repeteras citatet som redan tidigare återgetts i avsnitt 2.9.

Man kan med JK fråga sig när i en tillsynsverksamhet ärenden uppstår. När uppkommer ärenden genom en byggnads-, hälsovårds- eller yrkesinspektörs inspektion av en byggnad eller en arbetsplats eller vid en polis-mans patrullering eller trafikövervakning? När kristalliserar arbetet med en naturvårdsplan ut sig i ärenden? Man kan inte gärna tala om ärenden i de förra fallen förrän rapporter upprättats hos beslutande myndighet som underlag för vidare åtgärder. Muntliga påpekanden, anvisningar o. d. gör inga ärenden. Inte heller talar man gärna om ärenden vid samhällsplanering eller t. ex. skattekontroll förrän aktionsplanen utlöst åtgärder syftande till individuella beslut eller allmänna föreskrifter. Betydande lagtekniska svårigheter möter som besvärssakkunniga framhållit och remissinstanserna vits-

Wase, »Skiljelinjen mellan ärende och faktiskt handlande inom kriminalvården», 26.

<sup>671</sup>Utarbetat av en arbetsgrupp på justitiedepartementet, med anledning av besvärssakkunnigas slutbetänkande (SOU 1964:27), och remissyttrandena som hade inkommit.

<sup>672</sup>SOU 1968:27, 41,6of.

<sup>673</sup>SOU 1968:27, 42.

ordat att ge en meningsfull definition av ärendegränsen. Ingen definition alls synes bättre än en som utgör en truism. Av lagens allmänna karaktär och rent språkliga grunder följer så tydligt som behövs vad som är att uppfatta som ärende.<sup>674</sup>

Som ytterligare ett exempel finns i socialtjänstens verksamhet en prövning av huruvida en utredning skall inledas i 11 kap 1 § SoL. Denna förhandsbedömning utgör alltså ett slags proto-ärende i förhållande till det potentiella ärende som regleras enligt FL och SoL.<sup>675</sup> Betänkandet *Sekretess i elevernas intresse* (SOU 2003:103) rör frågan när en handling ska anses vara upprättad och därmed omfattas av TF och OSL. Enligt betänkandet är det av stor vikt att beakta när det faktiska handlandet övergår i ett ärende, då tvingande regler gäller för myndigheten exempelvis om en handlings offentlighet.<sup>676</sup>

Arbetsgruppen landar i den från doktrinen bekanta positionen att frågan egentligen inte behöver lösas eftersom alla tillräckligt väl vet vad vi pratar om. Som exemplen ovan i detta avsnitt visat anser jag inte att tillräcklig tydlighet uppnåtts. Citatet ovan innehåller ändå en mer givande metafor. Att arbetet med en naturvårdsplan kan *kristallisera* sig i ärenden, genom att vissa åtgärder bestående av upprättande av rapporter eller andra dokument, framstår som en myc-

<sup>674</sup>SOU 1968:47, 80.

<sup>675</sup>Hollander, »Makt, myndighet, människa», 142.

<sup>676</sup>»Den för oss viktiga frågan när en handling som förvaras av en myndighet skall anses upprättad, och därmed allmän, är ofta beroende av om den verksamhet i vilken handlingen förekommer avser ärendehandläggning eller s.k. faktiskt handlande. Av stor betydelse är därför hur tryckfrihetsförordningens begrepp ärende skall förstås. Skolornas verksamhet utgörs till övervägande del av just faktiskt handlande, vilket innebär att handlingar framställs utan att det finns någon anknytning till ett ärende. När sådan ärendeanknytning saknas är det – för bedömningen av om en handling är allmän eller inte – i många fall av avgörande betydelse vid vilken tidpunkt en handling anses vara färdigställd i tryckfrihetsförordningens mening.» SOU 2003:103, 84. Jämför liknande resonemang när det gäller Skatteverkets verksamhet med fördjupad dialog, Hambre, *Fördjupad dialog*, 52f.



ket lämplig formulering.<sup>677</sup> Det som här beskrivs är just att en kontinuerlig verksamhet pågår, men den »gör inga ärenden». Först när vissa typer av åtgärder följer utkristalliserar sig ett ärende, och när det inträffar är inte på förhand enkelt att avgöra. Det är inte heller så att det måste vara enkelt, eller att det allt som oftast behövs. Vid en tvist, som resultatet av ett överklagande i ett ärende, kan en högre instans rekonstruera den punkt vid vilken ärendet inleddes.<sup>678</sup>

### 3.1.3 SKILLNADEN MELLAN INTERNA OCH EXTERNA ÄRENDEN

Även om termen ärende hittills i denna studie och generellt i doktrinen huvudsakligen syftar på partsärenden som utmynnar i ett beslut riktat till enskild, finns som vi redan såg i föregående avsnitt flera användningar av termen. Bertil Wennergen använder sig 1972 av en distinktion mellan »å ena sidan *interna och allmänna ärenden* och å andra sidan *partsärenden*».<sup>679</sup>

Frågan om när ett faktiskt handlande övergår i ett ärende dyker upp i skilda sammanhang i den offentliga rätten. I myndighetsförordningen (MyndF), som reglerar organisation och arbetssätt för förvaltningsmyndigheterna under regeringen, används i några paragrafer termen »ärende». Myndighetens ledning skall upprätta en arbetsordning där »närmare föreskrifter som behövs om myndighe-

<sup>677</sup>Ett intressant fall är RÅ 1988:132 där några av frågorna bland annat var om regeringens direktivrätt, myndigheternas lydnadsplikt och vad som utgjorde myndighetsutövning kontra faktiskt handlande. En av de bakomliggande frågorna var huruvida regeringen beslutat om vägutbyggnaden mellan Stenungsund och Uddevalla eller om de uppdragit åt Vägverket att utreda och sedan fatta ett sådant beslut. Den tidigare tolkningen gjordes i Falkemark och Westdahl, *Att offra Väst-kusten*, 52. Författarna hävdar därmed att uppdraget från regeringen inte utgjorde enbart faktisk verksamhet som sedan ledde till Vägverkets myndighetsutövning, utan att i praktiken var regeringen den rättstillämpande myndigheten, *ibid*, 204.

<sup>678</sup>Ett enstaka exempel på liknande resonemang inom privaträtten är begreppen »perdurerande avtalsbrott» eller »perdurerande culpa» där behov finns av att konstruera en tidpunkt för att rättsreglerna skall vara tillämpliga. Tack till Jakob Heidbrink för att ha gjort mig uppmärksam på denna parallell.

<sup>679</sup>Wennergren, *Handläggning* [1972], 16.

tens organisation, arbetsfördelningen mellan styrelse och myndighetschef, delegeringen av beslutanderätt inom myndigheten, handläggningen av ärenden och formerna i övrigt för verksamheten» (4 §).<sup>680</sup>

Den tillsyn som JK utövar över myndigheterna enligt 29 § i förordningen, och som består i att myndigheterna översänder en »ären-deförteckning» ger inget klart svar på vad ett »ärende» i denna mening är.<sup>681</sup> Dock så anges regelmässigt i skrivelsen från JK att ärenden »som myndigheten själv har initierat och ärenden av rent administrativ natur» inte skall redovisas.<sup>682</sup> Om än detta inte ger något klart svar på frågan om vad »ärende» i förordningens mening är, så utesluter det i varje fall inte tolkningen att ärenden också kan gälla interna ärenden, där ingen part är inblandad.

#### 3.1.4 ÄRENDETS OLIKA INRE DELAR

Ärendet kan i sin tur delas upp i olika delar. Enligt JO går förvaltningsuppgifter förvisso att dela upp i olika »moment», men dessa kan inte särskiljas från ärendet som helhet där handläggning som leder fram till beslut skall hållas samman.<sup>683</sup>

<sup>680</sup>I 5 § anges att »ärenden» som inte avgörs av ledningen i enlighet med 4 § får avgöras myndighetschef eller annan som ledningen utser. Av detta utläser jag att »ärenden» i förordningens mening kan innefatta sådant som beslut om just arbetsordning eller verksamhetsplan (4 § p 3). Även i 12 och 16 §§ används ordet ärende, syftande på ärenden som styrelsen normalt hanterar. När det gäller hela det avslutande avsnittet under rubriken »Ärendenas handläggning» i förordningen (19-30 §§) verkar dock »ärende» syfta på förvaltningsärenden i FL:s mening.

<sup>681</sup>Ett liknande exempel på ett ärendebegrepp för faktisk verksamhet återfinns i ett betänkande på socialförsäkringsområdet: »På samma sätt faller ärenden om rådgivning och annan service, som mynnar ut i oförbindande besked från kassans sida, utanför handläggningslagens område...», SOU 2001:47, 460. Jämför diskussionen i Hambre, *Fördjupad dialog*, 49.

<sup>682</sup>Ärendeförteckning till justitiekanslern 2017-01-09 dnr 1-17-2.7.

<sup>683</sup>En diskussion om uppdelning eller sammanhållande av handläggningen av ärenden förs i Madell och Hollander, »Socialtjänst på entreprenad», 40 med anledning av frågan om utredningar inom individ- och familjeomsorgen kan överlämnas till enskilda. »Enligt 11 kap. 6 § tredje stycket RF kan förvaltningsuppgift överlämnas till bolag, förening, samfällighet, stiftelse, registrerat trossamfund el-

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

Åsa Örnberg har uppmärksammat att JO i en mängd fall bedömt huruvida »begreppet myndighetsutövning innefattar inte bara beslutsfattandet, utan även innefattar handläggningen av ärendet som föregår beslutsfattandet». <sup>684</sup> Enligt Örnberg finns tolknings-svårigheter när det gäller myndighetsutövningsbegreppet:

Som tidigare redovisas kan kommunala beslut indelas i en mängd olika typer av beslut. Emellertid bör myndighetsutövning inte begränsas till att enbart innebära fattande av bindande beslut vid handläggning av ärenden utan även andra beslut som ingår som led i den offentlighetsreglerade förvaltningen bör omfattas. Det osäkra rättsläget avseende de olika tolkningarna av begreppet myndighetsutövning i olika sammanhang får dock anses otillfredställande med hänsyn till den snabba utvecklingen med överlämnanden av kommunala uppgifter inom vård, skola och omsorg. Inom dessa områden är det svårt att dra klara gränser mellan myndighetsutövning och andra uppgifter. <sup>685</sup>

Som konstaterades ovan i exemplet med trafikdirigering består även en kontinuerlig verksamhet av oräkneliga beslut. Beslut tas ständigt, både som en del av de faktiska åtgärderna och i mer eller mindre formaliserade former under handläggning eller annan verksamhet.

ler någon av dess organisatoriska delar eller till enskild individ. Innefattar uppgiften myndighetsutövning, skall det ske med stöd av lag. Enligt min mening kan bestämmelsen inte ges annan innebörd än att stadgandet tar sikte på hela handläggningen av ett ärende.» JO 2001/02 s. 250, 270

<sup>684</sup>»Det saknas klargörande uttalanden i förarbetena om handläggningen av ärenden som i sig innefattar myndighetsutövning utgör myndighetsutövning i alla led av handläggningen. Att så inte behöver vara fallet kan möjligen utläsas av 12 kap. 4 § RF där avgränsningen görs mellan förvaltningsuppgifter och förvaltningsuppgifter som innefattar myndighetsutövning. Sannolikt syftar det i första hand på olika slag av ärenden och inte på delar av beredningen i motsats till beslut i samma ärende, men någon närmare vägledning ges inte av lagstiftaren.» Örnberg, *Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt*, 309f.

<sup>685</sup>Ibid, 311.

### 3.1.5 FÖRVALTNINGSRÄTTSLIGA AVTAL

En annan verksamhet där ärendebegreppet och avgränsningen mot faktisk verksamhet blir suddigt i kanterna är de fall då avtal ingås mellan privata parter eller mellan privata parter och en myndighet, men där frågan i sista fallet är underkastad ett förvaltningsrättsligt beslut.

Jakob Heidbrink har i en serie artiklar försökt utveckla begreppet förvaltningsrättsligt avtal för att beskriva sådana situationer.<sup>686</sup> Dessa »avtal» särpräglas av »förhållandet att det vid dessa avtal förvisso rör sig om just *avtal*, men att dessa avtal sluts under en *förvaltningsmyndighets* direkta överinseende och med starka *förvaltningsrättsliga* inslag.»<sup>687</sup> Trafikeringsavtalen kommer som utgångspunkt till stånd genom att regleringsmyndigheten förhandlar och avtalar med de privata parterna. Om parterna inte är nöjda kan de dock överklaga beslutet som fastställer avtalet och frågan avgörs därmed av förvaltningsdomstol.<sup>688</sup>

<sup>686</sup>Heidbrink, »Det järnvägsrättsliga trafikeringsavtalet»; »Mer om det förvaltningsrättsliga avtalet»; »Offentlig rätt? Privat rätt? Eller både-och?» Frågan har behandlats från ett konstitutionellt perspektiv tidigare av Bull, »Föreskrift eller förhandling?» samt av Madell, *Det allmänna som avtalspart* och Staedler, *Offentlighetsrättsliga avtal*. En omfattande diskussion i äldre doktrin återfinns i Jägerskiöld, *Om allmän förvaltningsrätt*, särskilt 29–47.

<sup>687</sup>Heidbrink, »Mer om det förvaltningsrättsliga avtalet», 61.

<sup>688</sup>»Ett trafikeringsavtal kan därför komma till stånd även när parterna är oense om innehållet i det: den statliga regleringsmyndigheten på järnvägsområdet fastställer i före- kommande fall det innehåll som avtalet skall ha. Parterna kan alltså utnyttja sin avtalsfrihet för att inom ramen för järnvägs- och konkurrenslagen komma överens om de villkor de anser passa bäst, men de behöver inte komma överens om sådana villkor: det finns ett säkerhetsnät. Skulle någon av parterna vara missnöjd med Transportstyrelsens beslut, kan beslutet dessutom överklagas till förvaltningsdomstol, 11 kap. 2 § första stycket järnvägslagen. Är fråga om innehållet i ett trafikeringsavtal, är det alltså här en förvaltningsdomstol som fått behörighet att avgöra en avtalsrättslig tvist mellan parterna. Detta talar för att tillämpa ett förvaltningsrättsligt perspektiv på hela processen, samtidigt som lagstiftaren använt ordet trafikeringsavtal och alltså därmed antytt att allmänna avtalsrättsliga principer är tillämpliga på parternas mellanhavande.» »Det järnvägsrättsliga trafikeringsavtalet», 109.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

Liknande har undersökts av Daniel Hult rörande fjärrvärme.<sup>689</sup> Förvaltningsrättsliga avtal sluts mellan näringsidkare – det vill säga där »lagstiftaren valt att ge en förvaltningsmyndighet i uppgift att kontrollera innehållet i avtalsparternas fjärrvärmeavtal».<sup>690</sup> Hult påpekar att den till synes civilrättsliga regleringen i fjärrvärmelagen bara får sin mening i ljuset av tillsynsmöjligheten och -skyldigheten för tillsynsmyndigheten (Energimarknadsinspektionen) att kontrollera innehållet. Det finns en väsentlig skillnad mellan denna tillsyn som rör innehållet i det civilrättsliga avtalet mellan parterna istället för regelefterlevnaden av varje part för sig. Det handlar om en kontroll av det horisontella förhållandet istället för en vertikal kontroll.<sup>691</sup>

Slutsatsen som kan dras, är att den från ett civilrättsligt perspektiv för parterna dispositiva bestämmelsen från ett förvaltningsrättsligt perspektiv är tvingande för fjärrvärmeföretagen: för avtalsparterna är bestämmelsen en dispositiv norm men för tillsynsmyndigheten utgör den ett absolut rättesnöre som medför att fjärrvärmeföretagen måste följa bestämmelsen för att inte riskera vitesförelägganden. Den logiska följden är att 6 § fjärrvärmelagen från ett förvaltningsrättsligt perspektiv faktiskt stadgar vad ett avtal om fjärrvärme ska innehålla. Detta för med sig att den civilrättsligt mer eller mindre betydelselösa bestämmelsen får en klar förvaltningsrättslig funktion.<sup>692</sup>

<sup>689</sup>Heidbrink räknar också upp flera områden inom infrastrukturrätten där liknande upplägg med förvaltningsrättsliga avtal finns: järnvägs-, el-, naturgas-, telekommunikations- och fjärrvärmerätten, »Mer om det förvaltningsrättsliga avtalet», 62.

<sup>690</sup>Hult, »Mötet mellan civilrättslig avtalsfrihet och offentligrättslig tillsyn över avtalets innehåll på fjärrvärmemarknaden», 1, i enlighet med 52 & 6 §§ fjärrvärmelagen (2008:263).

<sup>691</sup>Ibid, 12f.

<sup>692</sup>Ibid, 13.

Heidbrink pekar på hur processen kan förstås på olika sätt beroende på vad processen eller verksamheten leder fram till.<sup>693</sup> Ett visst resultat, eller vissa åtgärder som kan verkställas, kan normalt ses i ljuset av vad detta resultat är för något eller vad det har för form. Om tåglägenas tilldelning mynnar ut i ett avtal är det naturligt att se på processen som en privaträttslig verksamhet.<sup>694</sup> Men om slutresultatet är ett förvaltningsbeslut, framstår också processen som förvaltningsrättslig:

Parterna ser alltså ut att få en chans att själva komma överens om de villkor som de anser sig behöva för att tågläget skall få nyttjas, men i grunden ersätter avtalet endast ett förvaltningsrättsligt beslut som kan fattas i avtalets ställe. Kommer parterna inte överens, tar förvaltningsrätten ändå över, vilket också visar sig i att Transportstyrelsens beslut i förekommande fall överklagas till de förvaltningsrättsliga domstolarna. Sammantaget förefaller det med denna argumentation vara mest riktigt att betrakta tåglägestilldelningen och trafikeringsavtalet som en i grunden sammanhållen förvaltningsrättslig process, där förvaltningsmyndighetens beslut under vissa villkor – nämligen under villkor att de kan komma överens – är delegerat till parterna.<sup>695</sup>

Processen att få fram ett trafikeringsavtal är alltså privaträttslig om den resulterar i ett avtal, men om avtalet måste ersättas av ett

<sup>693</sup> Harald Eberhard har från ett österrikiskt perspektiv uppmärksammat problemet att det finns ett rättslöst tillstånd, en period utan rättsskydd eller rättsverkningarna under förhandlingen/handläggningen, Eberhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*. Allt byggs upp på den kritiska punkten då beslutet (som innebär myndighetsutövning) fattas.

<sup>694</sup> »Det slutliga steget i processen, avtal, skulle alltså kunna anses påverka bedömningen av hela processen för fördelning av tåglägen på sådant sätt att processen skall anses utgöra en i grunden privat- rättslig ordning som bäst bedöms mot bakgrund av vedertagna förmögenhetsrättsliga principer.» Heidbrink, »Det järnvägsrättsliga trafikeringsavtalet», 115.

<sup>695</sup> Ibid, 111.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

förvaltningsbeslut (med motsvarande innehåll) får processen retroaktivt karaktären av en förvaltningsrättslig process.<sup>696</sup> Distinktionen mellan offentligrätt och privaträtt är ofta återkommande aspekt av många rättsområden och rättsliga problem. Exemplet med trafikeringsavtal visar tydligt hur olika perspektiv på samma konkreta verksamhet är som utgångspunkt någorlunda lika möjliga och förnuftiga.

Heidbrink tycker inte att några lösningar som placerar processen i antingen privat- eller förvaltningsrätten är riktigt tillfredställande när det gäller att kategorisera vad som försiggår.<sup>697</sup> Istället väljer han att återuppväcka diskussionen om det offentlig- eller förvaltningsrättsliga avtalet. Det innebär att »tåglägestilldelning utgör en i grunden förvaltningsrättslig process, där de sista villkoren för nyttjandet av tågläget får bestämmas av parterna, men kan bestämmas av en förvaltningsmyndighet om och när parterna inte kan komma överens».<sup>698</sup> Heidbrink argumenterar för att behovet av att föra in denna nygamla figur är att betraktandet av trafikeringsavtalet som ett förvaltningsrättsligt avtal »i grunden endast avser en komplettering av den abstrakta systematiken på grundval av förändringar i det konkreta rättsliga materialet»<sup>699</sup>

I de förvaltningsrättsliga avtalen aktualiseras gränsdragningen mellan å ena sidan ärendehantering och myndighetsutövning och å

<sup>696</sup> »Det järnvägsrättsliga trafikeringsavtalet», 123. Heidbrink konstaterar i en senare artikel med anledning av den liknande företeelsen infrastrukturavtal att »det förvaltningsrättsliga avtalet på så sätt kan beskrivas som ett till parterna delegerat förvaltningsbeslut», »Mer om det förvaltningsrättsliga avtalet», 87., not 59. Samtidigt landar Heidbrink i att det inte är hållbart att enbart betrakta avtalet som en delegerad förvaltningsuppgift, eftersom lagstiftaren så tydligt uttrycker att det rör sig om just ett »avtal», »förhandlingar», etcetera, »Offentlig rätt? Privat rätt? Eller både-och?», 577. Ingen lösning verkar riktigt passa in.

<sup>697</sup> »Det järnvägsrättsliga trafikeringsavtalet», 117. En möjlig lösning vore att betrakta »tilldelningen av tåglägen till en rättsfigur *sui generis*»*ibid*, 118. Denna lösning är dock den minst tilltalande. Här håller jag med Heidbrink. Att multiplicera antalet rättsinstitut så fort materialet är svårt att hantera systematiskt bådär inte gott för rättsutvecklingen, oavsett teoretiskt, rättspolitisk eller ideologisk position.

<sup>698</sup> *Ibid*, 118.

<sup>699</sup> *Ibid*, 120.

andra sidan ett faktiskt handlande i form av en förhandling. Gränserna är här suddiga, och det finns också en slags tröskeleffekt när det som utgör faktisk verksamhet i form av en förhandling som utmynnar i ett avtal kan övergå i myndighetsutövning antingen vid avtalsingåendet eller i form av ett förvaltningsbeslut som ersätter ett avtal som inte gick att få till stånd. I Tyskland kan förvaltningsrättsliga eller offentligrättsliga avtal ingås både mellan offentliga organ och privata subjekt, men också mellan två privata subjekt eller två offentliga organ.<sup>700</sup>

Vad som är värdefullt för att förstå de förvaltningsrättsliga avtalen är att ett perspektiv på den offentliga verksamheten som primärt verksamhet innebär att frågan om avtalets systematisering (det vill säga under vilket begreppsligt paraply det skall sorteras) är sekundärt i relation till det att verksamheten (processen som leder till exempelvis tilldelning av tåglägen) är det primära. Den faktiska verksamheten som myndigheten (och de enskilda aktörerna på tågmarknaden) bedriver inklusive den rättsliga regleringen utgör grunden för detta behov att föra in en ny kategori eller ett nytt begrepp i infrastrukturen. Det är som sagt möjligt att analysera exempelvis tåg-

<sup>700</sup> Exempelvis kan alltså två privatpersoner ingå ett förvaltningsrättsligt avtal om en avgränsning mellan olika vattenområden. De tidigare är »subordinate», dvs mellan parter där den ena är överordnad den andra parten. De senare är »coordinate» och där parterna är i princip jämställda, som i civilrättsliga avtal. I avtalen mellan ett offentligt organ och ett privat subjekt, kunde innehållet i princip ersättas av en förvaltningsakt. Vidare delas dylika avtal in i kompromissavtal, som främst syftar till att klargöra ett rättsläge och specificera hur myndigheten skall använda sitt skönsmässiga utrymme. Reciproka avtal däremot består i olika åtaganden som skall uppfyllas inom ramen för avtalet av båda parter, med hävande av avtalet i vågskålen. När det gäller individuella rättigheter till vissa förmåner är dock krav på motprestation som utgångspunkt förbjudet, om inte annat bestämts i lag. Förvaltningsavtalen skiljer sig också från privaträttsliga avtal i det att utrymme för att avtala är begränsat av de krav som lagstiftningen ger utrymme för, det vill säga av myndighetens eller subjektets rättsliga kompetens. Avtalen kan inte fungera som sätt att expandera myndighetens kompetens. Myndigheten är alltså inte fri att avtala eller erbjuda prestationer som ett privat subjekt är. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, 94ff



### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

lägestilldelning och trafikeringsavtal från både privaträttsliga och offentligrättsligt perspektiv.<sup>701</sup>

Utvecklandet av ett begrepp som förvaltningsrättsligt avtal motiveras just av att rätten måste betraktas som en heterogen verksamhet, som inte givet låter sig inordnas i de gängse begreppen som står till buds i disciplinen. Om doktrinen inte har lyckats fånga i en grupp med företeelser som har rättslig relevans, kan ett nytt begrepp mycket väl krävas.

#### 3.1.6 DOLD MYNDIGHETSUTÖVNING OCH KONKLUDENT HANDLANDE

Myndighetsutövning implicerar att ett ärende finns och i alla fall någon slags momentan handläggning. Om ingen faktisk handläggning ägt rum får den presumeras. I en remiss från lagrådet om vård och omsorg av personer med demenssjukdom återfinns följande resonemang:

Av det nu anförda följer enligt Lagrådets mening att användningen av uttrycket myndighetsutövning i förvaltningslagen inte tar sikte på mer än förvaltningsmyndigheternas handläggning och avgörande av ärenden. Formuleringen har inte fått sin utformning för att täcka all verksamhet där offentlig makt utövas. Den kan sålunda inte ges den betydelsen att all verksamhet som faller utanför den beskrivning som fanns i 1971 års förvaltningslag därmed inte utgör myndighetsutövning i någon bemärkelse.<sup>702</sup>

Strömberg konstaterar att begreppen myndighet och myndighetsutövning inte är helt identiska, och att »myndighetsutövning genom faktiska handlingar och myndighetsutövning av annan än

<sup>701</sup>Heidbrink, »Offentlig rätt? Privat rätt? Eller både-och?», 573.

<sup>702</sup>Lagrådsremiss: God vård och omsorg om personer med demenssjukdom samt regler för skydd och rättssäkerhet 2012-12-18, 10. Se även diskussion Örnberg, *Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt*, 307f

förvaltningsmyndighet faller utanför förvaltningslagen» så finns ändå myndighetsutövning som inte ryms inom ärendehandläggningen.<sup>703</sup> Örnberg föreslår en »kontextuell tolkning av begreppet».<sup>704</sup> Regeringen uttalade sig i en proposition 1975 rörande ansvar för funktionärer i offentlig verksamhet:

Myndighetsutövning tar sig enligt kommittén normalt uttryck i formliga beslut men kan också förekomma i form av faktiska åtgärder som inte föregåtts av formliga beslut, t.ex. när polisen griper en för brott misstänkt person. Till myndighetsutövning räknar kommittén också vissa åtgärder som till formen endast innefattar ett meddelande om vissa faktiska förhållanden men som likväl skapar rättigheter eller skyldigheter på samma sätt som annan myndighetsutövning. Som exempel anförs bl.a. olika i författning stadgade former av registeranteckningar, inskrivningsåtgärder i fastighetsböcker etc.<sup>705</sup>

Myndighetsutövningen har här inte föregåtts av någon egentlig handläggning, men själva maktutövningen som gripandet eller den till synes mer harmlösa inskrivningen kan betyda att åtgärden utgör myndighetsutövning.<sup>706</sup> I ett utlåtande från JO om hur kriminalvården agerar vid akuta sjukfall bland de intagna riktades allvarlig kritik mot anstaltens agerande vid ett livshotande tillstånd för en intagen.<sup>707</sup> Intagna på en anstalt framförde klagomål mot anstalten efter att en intagen drabbats av ett livshotande astmaanfall och personalen då och vid andra tillfällen enligt anmälarna förhindrat intagna att få sjukhusvård. Bistånd, hjälp och vårdåtgärder för de

<sup>703</sup> Strömberg, »Myndighet och myndighetsutövning», 248.

<sup>704</sup> Örnberg, *Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt*, 308.

<sup>705</sup> Prop 1975:78, 109f.

<sup>706</sup> Flera intressanta fall från praxis diskuteras i Bull, »Tjänstefelet och den goda förvaltningen», 501ff.

<sup>707</sup> »Fråga om kriminalvårdspersonals agerande vid akuta sjukfall bland intagna m.m.», JO 2545-2007.

### *Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling*

intagna är kriminalvårdens ansvar och även om frågan om myndighetsutövning inte lyftes i det här fallet konstaterade JO att situationen behandlats felaktigt av personalen.<sup>708</sup> Kriminalvården definierades situationen som en del av den faktiska verksamheten som verkställigheten av frihetsstraffet innebar. Detta motsades inte av JO eller anmälarna. Det är dock svårt att se den enskildes situation som annat än präglad av hjälplöshet. Kriminalvårdens personal var de som besatt och utövade makt då de hindrade den intagna från att få tillgång till vård. Här visar sig särskilt tydligt hur det faktiska handlandet också innefattar helt avgörande frågor för den enskilde. Agerandet, oavsett vilket det är, från myndighetens och tjänstepersonernas sida utgör en maktutövning mot den enskilde.

Ett annat sätt att formulera den här problematiken är genom principen om beslut dolda i faktiskt handlande. Ragnemalm skriver i sin utredning:

En rudimentär handläggning och ett beslut kan t.ex. döljas i ett faktiskt handlande, då polisen tillgriper våld för att bemästra störningar av den allmänna ordningen och säkerheten. Även om beslutet i ett sådant fall inte kommer till synligt uttryck utan ligger inneslutet i den viljeyttring från polismannen som manifesteras i våldsanvändningen, är det dock fråga om regeltillämpning, som förutsätter reflexion och överväganden – i någon mån »handläggning» – av den som »beslutar» att agera. Åtgärdens varaktighet kan möjligen också påverka bedömningen av om det ska anses vara fråga om ett beslut eller en rent faktisk åtgärd. Om polisen t.ex. spärrar av en lokal för att avvärja ett akut hot, kan detta uppfattas som ett momentant, faktiskt handlande, men skulle ingripandet bestå under längre tid kan ett formellt beslut krävas ...<sup>709</sup>

<sup>708</sup>JO avslutar också med att »erinra om vikten av att intagna alltid behandlas med tillbörlig respekt och förståelse för de svårigheter som är förenade med vistelse i anstalt», JO 2545-2007, 7.

<sup>709</sup>SOU 2010:29, 97. Jämför också JO 5877-2011.

Ragnemalm ger här inte uttryck för någon formalistisk position gällande begreppen ärende och beslut. Beslut är inte här i motsättning till faktiskt handlande, utan faktiskt handlande kan bestå av bland annat beslut. Det är också tydligt hur det verkar finnas en slags tröskelverkan på gränsen mellan faktiska åtgärder och myndighetsutövning; när exempelvis en viss varaktighet finns övergår den faktiska åtgärden till att vara myndighetsutövning.<sup>710</sup>

Frågan om när ett visst handlande utgör myndighetsutövning och när det inte gör det, är en återkommande fråga i JO:s betänkanden.<sup>711</sup> JO diskuterar i ett beslut från 2011 frågan om faktiskt handlande.<sup>712</sup> Ärendet rörde en intagen inom Kriminalvården som fått sina brev »beslagtagna». En central fråga blev om omhändertagande och kvarhållande av försändelser utgjorde ärendehantering som innebar myndighetsutövning eller om det rörde sig om faktiskt handlande. JO skriver att »offentlig verksamhet i stor utsträckning består av faktisk verksamhet (handlande)» och att detta »kan sägas utgöra motsatsen till ärendehandläggning».<sup>713</sup> Typiska exempel på faktiskt handlande är enligt JO »sortering, textframställning, kopiering, poststoppande, m.m.».<sup>714</sup> Här är det just idén formulerad av Wennergren som ett »myndighetsutövningsärende» som är framträdande: ett ärende som utmynnar i ett beslut av myndighetsutövningskaraktär är ett myndighetsutövningsärende som helhet. Här ser vi en slags bakåtverkande effekt hos beslutet som utgör myndighetsutövning, i det att den handläggning som ärendet utgjorts av fram till dess anses präglas så starkt av detta slutliga bindande beslut.

En viktig sak att notera är att frågan huruvida en viss åtgärd utgör ärendehantering eller inte, bedöms materiellt. Det är inte några formella definitioner, som huruvida ett skriftligt beslut fattats el-

<sup>710</sup> Men om ett beslut finns på vilket verkställigheten grundar sig så är det detta beslut som kräver lagstöd, inte de därefter påföljande handlingar som utgör verkställigheten. Detta kommer diskuteras vidare nedan i avsnitt 3.2.

<sup>711</sup> Jag återger här alla självständiga diskussioner i JO:s publicerade beslut som jag kunnat finna.

<sup>712</sup> JO 5877-2011.

<sup>713</sup> JO 5877-2011, 6.

<sup>714</sup> JO refererar till Wennergren, *Offentlig förvaltning i arbete*, 48.

ler att någon annan procedur följts, som avgör vad som faller inom ramen för ärendehantering respektive faktiskt handlande. JO utgår från de fri- och rättigheter som finns i grundlagen, ser på om det finns en inskränkning av någon grundlagsskyddad fri- eller rättighet för den enskilde och bedömer därmed så att säga allvaret i åtgärden. Detta blir avgörande för om det är fråga om ärendehantering eller enbart ett mindre allvarligt faktiskt handlande.<sup>715</sup>

JO refererar också till exemplet att ett beslut kan döljas i ett faktiskt handlande, som när en polis använder våld för att stävja störningar i ordningen. Beslutet syns inte, men »ligger inneslutet i den viljeyttring från polismannen som manifesteras i våldsanvändning». Våldsanvändningen innebär »regeltillämpning, som förutsätter reflexion och överväganden – i någon mån 'handläggning' – av den som 'beslutar' att agera».<sup>716</sup> Madell kallar denna typ av sammanmältning av beslut och handling för »konkludent handlande».<sup>717</sup>

När det gäller skadeståndsansvaret som uppkommer vid myndighetsutövning så har regeringen påpekat att det inte behöver röra sig om sådana åtgärder som utmynnar i bindande beslut.<sup>718</sup> Det förefaller rimligt då just missbruk av myndighet inte alltid kan förväntas göras med iakttagande av all formalia, utan snarare ofta görs utom synhåll för vanlig ärendehandläggning.<sup>719</sup>

<sup>715</sup>Det går från detta dock inte att dra slutsatsen att detta alltid utgör skiljelinjen mellan faktiskt handlande och myndighetsutövning – faktiskt handlande kan ha nog så allvarliga konsekvenser, men kan ha generell verkan och inte vara riktade mot någon enskild och dennes fri- och rättigheter. Mer om detta nedan i avsnitt 3.3.4.

<sup>716</sup>JO 5877-2011. Här påpekar JO också att åtgärdens varaktighet påverkar gränsdragningen mellan faktiskt handlande och fall där ett formligt beslut krävs. JO refererar till JO 1999/2000, 60 och SOU 2010:29, 97f.

<sup>717</sup>Madell, *Det allmänna som avtalspart*, 123.

<sup>718</sup>För en genomgång av »vid myndighetsutövning» se Bull, »Tjänstefelet och den goda förvaltningen», 492, passim.

<sup>719</sup>Regeringen konstaterar att FL handlar »om sådan myndighetsutövning som mynnar ut i bindande beslut, medan såväl stadgandet i skadeståndslagen som straffbestämmelsen avses skola vara tillämpliga också på sådan myndighetsutövning som tar sig uttryck i faktiska åtgärder som inte har föregåtts av formliga beslut. Vidare har bestämmelsen i skadeståndslagen en huvudsaklig reparativ funktion medan straffbestämmelsen i första hand skall tillgodose preventiva syften. Ge-

Detta anförs av Örnberg rörande att både RF:s definition och användningen av begreppet i andra rättskällor skulle kunna uppfattas som bara rörande »ärenden som mynnar ut i bindande beslut». Det är dock inte positionen som HD, Lagrådet, JO eller doktrinen intar.<sup>720</sup> Istället är skadeståndslagens bestämmelser och straffbestämelsen i BrB »tillämpliga även på sådan myndighetsutövning som tar sig uttryck i faktiska åtgärder som inte har föregåtts av formliga beslut».<sup>721</sup>

Det är därmed möjligt att konstatera att inom ramen för JO:s praxis har inte myndighetsutövningen varit tätt knuten till ärendehandläggningen som sådan. Istället har en materiell bedömning blivit den avgörande, där inskränkningen i den enskildes rättssfär och allvaret i denna inskränkning, avgör huruvida en viss åtgärd når upp till tröskeln för myndighetsutövning.<sup>722</sup>

#### 3.1.7 MYNDIGHETSUTÖVNING MOT TJÄNSTEPERSONER

Den normala utgångspunkten är att myndighetsutövningsbegreppet endast har relevans i partsärenden, det vill säga när myndigheten företar en åtgärd som innebär ett beslut som påverkar en part som inte är del av myndigheten. Här ser vi hur samma distinktion mellan faktisk verksamhet och ärende upprätthålls som i diskussionerna om faktisk verksamhet och myndighetsutövning. Ett beslut inom en myndighet, så kallade interna beslut, antas som regel inte utgöra myndighetsutövning eller sådan ensidig maktutövning mot enskild som faller inom detta begrepp. Här kan dock ett alternativt synsätt anläggas.

mensamt för all behörig myndighetsutövning är att den ytterst har sin grund i lag eller annan författning. Missbruk av myndighet föreligger då de för myndighetens behöriga utövande gällande reglerna överträds. Oriktig myndighetsutövning kan föreligga även om ett fattat beslut i och för sig är materiellt riktigt men har meddelats endast sedan visst ovidkommande villkor har uppfyllts.» Prop 1975:78, 141ff. Relationen mellan myndighetsutövningens gränser och skadeståndsansvaret »vid myndighetsutövning» diskuteras också utförligt i SOU 1993:55, 72-85.

<sup>720</sup> Örnberg, *Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt*, 308.

<sup>721</sup> Ibid, 309.

<sup>722</sup> Detta är vad jag nedan kommer diskutera som tröskeffekten, se avsnitt 3.3.4.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

Varje beslut som rör en myndighets interna verksamhet rör ju som regel många enskilda individer, nämligen de anställda på myndigheten.<sup>723</sup> Varför utgör inte den mångfald mer eller mindre ingripande beslut som myndigheten fattar rörande sina anställdas, tjänstepersonernas, handlande myndighetsutövning? Dessa beslut utgör som sådana inskränkningar i den enskildes rättssfär då de består i befallningar om att agera på det ena eller andra sättet under vissa förutsättningar. Den anställda måste befinna sig på en viss plats, måste utföra vissa uppgifter på vissa sätt, och så vidare.<sup>724</sup> Under andra förhållanden, det vill säga om sådana befallningar gavs av myndigheten mot enskilda i egenskap av privatpersoner, hade ofta varit att betrakta som myndighetsutövning.

Det finns förvisso ett antal beslut med vissa rättsverkningar för den enskilda tjänstepersonen som faller in inom myndighetsutövningsbegreppet, främst disciplinåtgärder eller anställning och avsked. Övriga interna beslut om myndighetens verksamhet blir här på organisatoriska grunder utdefinierade från hela frågan om myndighetsutövning eller ärende som innefattar ensidig maktutövning, part-särenden.<sup>725</sup>

Här upprätthålls en tydlig gräns mellan personernas privata kapacitet och deras roll som tjänstepersoner. Bidragande till otydligheten här är att det finns en uppdelning mellan vilka ärenden som myndigheten har rörande sina anställda som hanteras inom ramen för FL så som myndighetsutövning och inte. Lönefrågor är avtals-

<sup>723</sup>Tack till Alf Petter Høgberg för att ha gjort mig uppmärksam på detta.

<sup>724</sup>Se om arbetstagarans arbetskyldighet, Glavå, *Arbetsrätt*, 375f.

<sup>725</sup>Se diskussion i Bull, »Tjänstefelet och den goda förvaltningen», 503, angående praxis där det ansetts att repressalier mot en offentliganställd person som använt sin meddelarfrihet definierades som privaträttsliga ageranden och därmed inte kunde utgöra myndighetsutövning. Effekten var att tjänstefel för de olagliga repressalierna inte kunde aktualiseras. Angående ett liknande fall påpekar Bull att det straffbara området för tjänstefel därmed blivit för snävt. För att täcka till dessa luckor menar han att »enda framkomliga vägen tycks vara att överge myndighetsutövning som det ensamt bestämmande för det som utmärker den offentliga tjänsten», *ibid*, 504.

och arbetsrättsliga och faller utanför myndighetsutövningen, medan anställnings- och disciplinärenden faller innanför.<sup>726</sup>

Det går då att konstatera att det inte enbart är åtgärders objektiva kvalitéer, hur pass ingripande de är för den enskilde, som avgör huruvida de utgör myndighetsutövning. Åtgärderna måste också stå i en viss självständig position. Om åtgärderna inte är självständiga, utan är del i exempelvis ett anställningsförhållande riskerar de att inte utgöra myndighetsutövning. Om dessa åtgärder mot den enskilde företas inom ramen för positionen som tjänsteperson konsumeras de av anställningssituationen som sådan. En annan formulering är att anställningen utgör ett i tiden utsträckt verkställande av det ursprungliga anställningsbeslutet. Oavsett så blir de åtgärder mot den enskilde som objektivt utgör myndighetsutövning inte att betrakta som myndighetsutövning, då de konsumeras i det ursprungliga beslutet eller anställningsförhållandet.<sup>727</sup>

#### 3.1.8 DE MÅNGA TYPERNA AV ÄRENDEN

I detta avsnitt har flera exempel anförts som problematiserar ärendebegreppet. Som vi sett finns en mängd olika åtgärder eller verksamheter som benämns med termen »ärende».

- interna ärenden, ärenden som försiggår inom myndigheten utan extern part (MyndF)
- partsärenden, ärenden där någon enskild är part (FL)
- myndighetsutövningsärenden, partsärenden vars beslut innebär myndighetsutövning
- externa ärenden utan part, även kallade allmänna ärenden (exempelvis information)
- ärenden genom konkludent handlande eller beslut dolt i faktiskt handlande, även kallat momentant handlande

<sup>726</sup>Hellners, *Förvaltningslagen med kommentarer*, 27f,32. Frågan har diskuterats, och klassificeringen kritiserats, av Hallberg, »LOA:s disciplinpåföljder: myndighetsutövning?»

<sup>727</sup>Jag återkommer till denna idé om »konsumtion» av myndighetsutövning i avsnitt 3.3.5.



### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

- ärenden som består i privaträttsligt handlande (reguljära inköp, upphandling eller förvaltningsrättsliga avtal)

Värt att påpeka är att termen förvaltningsärende, i brist på någon säker definition, både verkar innefatta partsärenden och sådana administrativa eller interna ärenden som inte mynnar ut i beslut av myndighetsutövningskaraktär.<sup>728</sup>

Vi kan i ljuset av denna öppna typologi av olika ärenden ändå konstatera att olika myndigheters verksamhet i större och mindre grad består av dessa olika ärenden. Vissa verksamheter består primärt av partsärenden (bygglov, socialt bistånd, deklARATIONER) och vissa primärt av faktisk verksamhet (skola, polis, sjukvård). Vissa myndigheter bedriver också verksamhet som sällan leder till myndighetsutövning riktad mot enskilda eller andra parter, men desto mer producerar information. Dessa verksamheter består ändå i huvudsak av handläggning av ärenden som leder till beslut, exempelvis JO eller Statistiska centralbyrån.

Alla dessa bedriver dock primärt faktisk verksamhet i vid mening. Men vissa bedriver huvudsakligen faktisk verksamhet som består i partsärenden. Sådana ärenden utgör också faktisk verksamhet, bara en särskild typ, där vissa procedurkrav följs eller bör följas. Som arbetsgruppen vid justitiedepartementet uttryckte det 1968 kristalliserar sig den faktiska verksamheten i ärenden.<sup>729</sup>

## 3.2 VERKSTÄLLIGHET

Ovan har vi konstaterat att inledningen av ett ärende utgör en svårighet i avgränsningen av ärendet. Men även om ärendets slutpunkt i form av ett beslut oftast tydligt avgränsar just ärendet, är så inte alltid fallet. Slutpunkten i ett ärende kan inte alltid placeras i beslutet.

<sup>728</sup>Hellners, *Förvaltningslagen med kommentarer*, 29. Notera att remissyttranden här omnämns som »åtgärder» – det verkar dock som om även dessa är att betrakta som ärenden. Jämför exempelvis Robert Pahlsson om att beslut om allmänna råd görs genom anhängiggjorda ärenden där initiativet tas av myndigheten självt, Pahlsson, *Riksskatteverkets rekommendationer*, 159.

<sup>729</sup>SOU 1968:47, 80. Se också diskussionen ovan i avsnitt 2.9.

Även verkställigheten av ett beslut utgör en utmaning för ärendebegreppet.

Elisabeth Eneroth har föreslagit en tudelning av den »övergripande förvaltningsuppgiften» i de fall då verkställigheten av ett »huvudbeslut» om vård överlämnas till ett hem för vård eller boende enligt SoL.<sup>730</sup> När en kommun beslutar om vård enligt 11 kap SoL är ett ärende avslutat. Detta beslut skall sedan verkställas på frivillig eller tvångsvis väg i ett hem för vård eller boende, som kan drivas i enskild regi, det vill säga utanför kommunens egen verksamhet. Uppgiften att ordna vården, »förvaltningsuppgiften», har därmed flera delar.

En uppdelning av förvaltningsuppgiften i flera moment är i överensstämmelse med socialtjänstlagstiftningen och dess förarbeten. Detta i betydelsen att vårdansvaret vid verkställigheten är uppdelat på två huvudaktörer, dels socialnämnden, dels hemmet för vård eller boende i enskild regi. Under vårdtiden fattar nämnden vissa beslut som innefattar myndighetsutövning. Lagstöd saknas för överlämnande av dessa uppgifter till ett hem för vård eller boende i enskild regi.

Enligt förarbetena gäller begreppet myndighetsutövning i SoL enbart handläggning av ärenden. I förarbetena och inom doktrin uttalas att genomförandet av en beslutad insats utmärks av faktisk förvaltningsverksamhet. Själva verkställigheten är således inte att anse som handläggning av ärende. Däremot bör nya ärenden kunna uppkomma under vårdtiden.<sup>731</sup>

Utän att gå närmare in på detaljerna i vården av unga enligt SoL, ser vi här hur verkställigheten av ett slutligt beslut inte innebär att frågor om ärendets utsträckning i tid och relation till andra ärenden eller åtgärder som innebär myndighetsutövning försvinner.

<sup>730</sup> Diskuteras också av Bäckman, *Gynnande besluts negativa rättskraft och rätts-säkerhet*, 72.

<sup>731</sup> Eneroth, *Unga på hem för vård eller boende*, 72f.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

Som vi sett ovan är det inte helt avgjort i doktrinen om verkställigheten utgör myndighetsutövning eller om den »bara» är just verkställandet av beslutet som innebär myndighetsutövning. Verkställigheten utgör kanske inte myndighetsutövning i sig, men är knuten till just verkställigheten av myndighetsutövningen så som ett beslut. Här finns inget enkelt svar att ge, och på ett liknande sätt som vid ärendets uppkomst beror det något på vilket perspektiv som intas.

Ett sätt att teoretiskt försöka förstå situationen är att åtgärder som normalt utgör faktisk verksamhet utgör direkt verkställighet, det vill säga en sammansmältning av beslut och verkställighet i ett *momentant handlande*. Detta sätt att förstå det faktiska handlandet fungerar för enskilda handlingar, där en tjänsteperson utför en eller annan handling som både består i beslut att utföra den handlingen och själva utförandet. Särskilt i fall där handlingen är rutinartad eller helt spontan och instinktiv. Exempel är en polis direkta reaktion på ett angrepp eller en förskolelärares greppande av ett barn på väg att göra sig illa.

Ett annat sätt att uttrycka samma problematik är att reflektera över om tjänstepersonernas handlande har »laga kraft»? Ett beslut som utgör myndighetsutövning vinner normalt laga kraft om det inte överklagas på tre veckor, och det är förutsättningen för att det skall kunna verkställas. Här visar det sig hur kategorierna bryter samman – eftersom den faktiska verksamheten direkt verkställs har begreppet laga kraft ingen betydelse – då åtgärden vinner *konkret* kraft direkt i sitt utförande. Regeringen konstaterar detsamma i lagrådsremissen för senaste FL när de skriver att »ett faktiskt handlande karaktäriseras av att myndigheten helt enkelt vidtar en viss åtgärd».<sup>732</sup>

I fallet med verkställigheten av vårdbeslutet är det dock inte något spontant som inträffar, utan tvärtom en noga planerad verksamhet med lång utsträckning i tid. Det vi här möter är förvaltningen som konkreta ageranden i världen, snarare än som abstrakta systematiska kategoriseringar av olika verksamheter i allmänhet. Det vill säga som åtgärder inom ramen för en verksamhet.

<sup>732</sup>Lagrådsremiss: En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag, 52.

### 3.2.1 GYNNANDE MYNDIGHETSUTÖVNING

Myndighetsutövningsbegreppet omfattar inte bara betungande beslut, faktiska åtgärder som innebär ingrepp för den enskilde, eller exempelvis tillstånd till annars förbjuden verksamhet. Även gynnande beslut som sociala förmåner och statsbidrag räknas in. Förklaringen ligger i att de gynnande besluten vilar på ett beroendeförhållande där det allmänna ensamt beslutar om att tillmötesgå ett krav.<sup>733</sup> Vad som dock faller utanför detta resonemang är de verksamheter som är gynnande eller neutrala för den enskilde. Betungande verksamheter, oavsett formell benämning, kommer att ha verkningar för enskilda som gör dem möjliga att indefiniera i myndighetsutövningsbegreppet. Många gynnande verksamheter, exempelvis förskoleverksamhet, kännetecknas av att de inleds med grund i ett gynnande beslut som enligt den gängse definitionen utgör myndighetsutövning. Men själva verksamheten som följer efter beslutet definieras inte som myndighetsutövning.

Detta är inte helt enkelt att förklara utifrån de resonemang som finns i doktrinen. Om ett beslut om och utbetalning av ett visst bidrag utgör myndighetsutövning på grund av att det allmänna »ensamt har möjlighet att tillmötesgå [detta] anspråk och därigenom i viss mening kan sägas utöva makt» – varför är då inte en mycket mer omfattande förmån (som en flerårig förskoleverksamhet för ett barn) också inom ramen för denna gynnande makt?<sup>734</sup> Förskoleverksamheten behöver inte erbjudas av det allmänna (den kunde finansieras av någon välvillig privatperson eller av föräldrarna själva), men det skulle i så fall undanröja indefinierandet av bidragsbeslut inom myndighetsutövningen. På samma sätt finns heller inget som

<sup>733</sup> Strömberg, »Myndighet och myndighetsutövning», 248f.

<sup>734</sup> Apropå anvisning till förskoleklass: »ärenden för vilket det saknas särskilda föreskrifter om överklagbarhet, exempelvis anvisning av plats i förskoleklass (HFD 2011 ref. 7).», Prop 2016/17:180, 29.

### *Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling*

hindrar att någon till en förälder som gåva ger ett belopp motsvarande barnbidraget varje månad.<sup>735</sup>

Den centrala problematiken här är att det finns en relativt sett godtycklig avgränsning mellan vissa beslut och vissa verksamheter. Ett »ärende» gällande bidrag avslutas med ett avslag eller att bidraget beslutas och utbetalas. Ett ärende gällande förskoleplats avslutas med att verksamheten som erbjuds påbörjas. Eller bör ärendet antas pågå från dess att ansökan anhängiggjorts till dess att den förmånliga verksamheten upphör? Så har ingen mig veterligen resonerat i doktrinen.

Här blir verkställigheten en problematisk kategori, där själva verkställandet av ett beslut inte får myndighetsutövningskaraktär i det att det vilar på ett beslut av sådan karaktär vid en viss tidigare tidpunkt. Utan ett sådant preciserat och i tiden lokaliserat beslut blir själva verkställigheten istället myndighetsutövning i sig och därmed inte avgränsat i tid och rum på motsvarande sätt.

#### 3.2.2 VERKSTÄLLIGHET AV FRIHETSBERÖVANDE

Frihetsberövande inom kriminalvården innefattar med nödvändighet kraftfulla åtgärder mot den enskilde. Men alla åtgärder inom ramen för verkställandet av en brottmålsdom kan förstås primärt som delar av det ursprungliga myndighetsutövningsbeslutet (domen). Beslutet utsträcks inte till att inkludera verkställigheten, men åtgärderna under verkställigheten konsumeras i beslutet. Handlingar mot den enskilde som om de verkställts utan en dom hade utgjort klara fall av myndighetsutövning i sig, faller när de är del av verkställigheten under en viss tröskel och blir därmed »bara» del av verkställigheten. Att exempelvis låsa in och med tvång förflytta enskilda vore i andra fall tveklösa fall av myndighetsutövning, eller en åtgärd som krävde lagstöd i sig.

<sup>735</sup>Detta påpekar också Strömberg, »Myndighet och myndighetsutövning», 250, och konstaterar att det enda som någorlunda säkert avskiljer är »verksamhetens bundenhet av offentlighetsregler».

I myndighetsutövningsärendet karakteriseras hela ärendet och den handläggning som det utgör som myndighetsutövning eftersom det slutliga beslut som denna handläggning avslutas genom har myndighetsutövningskaraktär. En förvaltningsrättslig grundprincip är också att de beslut som tas under handläggningen bara går att överklaga när det slutliga beslutet överklagas.<sup>736</sup> I någon mening »konsumerar» det kommande slutliga beslutet alla beslut under handläggningen. På motsvarande sätt blir de flesta åtgärder inom ramen för verkställandet av ett frihetsstraff (i varje fall som faller under en viss tröskel i allvarlighet eller ingripande) »konsumerade» av det tidigare beslutet vilket är just det som verkställs. Trots att denna form för förvaltningsverksamhet fokuserar tillbaka mot just ett juridiskt beslut, är det samtidigt tydligt att detta beslut inte har någon betydelse utan dess verkställande. Det är verkställandet som utgör de konkreta inskränkningarna i den enskildes fri- och rättigheter.

I ett beslut från 2000 konstaterar JO att avstängning av en lokal under mer än några timmar eller högst en dag inte kan utgöra faktiskt handlande och att det därför utgör ett överklagbart beslut.<sup>737</sup> I ett beslut från 2010 konstaterar JO återigen att förflyttningar av intagna inom anstalten utgör faktiskt handlande. Även om det i detta fall handlade om en person som gjorde visst motstånd och det var en förflyttning efter kvällsinläsningen.<sup>738</sup> JO hänvisar till ett tidigare fall som rörde en intagen som skulle lämna urinprov och hölls avskild i ett låst rum i 30 minuter i väntan på att få lämna provet.<sup>739</sup>

<sup>736</sup> Hellners, *Förvaltningslagen med kommentarer*, 284.

<sup>737</sup> JO 4044-1996, 69.

<sup>738</sup> »Jag har tidigare i olika sammanhang gett uttryck för uppfattningen att en förflyttning av en intagen inom en anstalt normalt ska betraktas som s.k. faktiskt handlande som inte kräver ett särskilt beslut, se t.ex. dnr 577-2008 angående bl.a. hämtning av intagna som skulle lämna urinprov. Förflyttningen av R.E. får, som Kriminalvården anför i sitt remissvar, betraktas som ett sådant faktiskt handlande. [...] Det framgår av utredningen att visst våld brukades när R.E. förflyttades till observationsavdelningen. Huruvida detta våld överskred den gräns som anges i 24 kap. 2 § brottsbalken, som i situationer som den aktuella tillåter försvarligt våld, har emellertid inte gått att utreda. Det ter sig inte meningsfullt med ytterligare utredningsåtgärder.» JO 1150-2009, 2159-2009, 5f.

<sup>739</sup> JO 577-2008.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

JO menar att en tillfällig placering av en intagen i ett rum i samband med en åtgärd som kroppsbesiktning, får anses vara faktiskt handlande. Det finns förvisso ett tydligt lagstöd i 24 kap 2 § BrB för att använda våld mot den som försöker rymma eller gör motvård mot den »under vars uppsikt han står». Men detta är inte i sig det lagstöd på vilket själva förflyttningsåtgärden görs, utan utgör istället ett stöd för viss våldsanvändning om åtgärden blir svår att genomföra på grund av bristande samarbete från den enskilde.

Kriminalvårdens allmänna råd ger uttryck för att flera olika åtgärder som till synes kan framstå som myndighetsutövning egentligen utgör faktiskt handlande.<sup>740</sup> Följande formulering återfanns i en föreskrift från Kriminalvården 2008:

Kroppsvisitation, kroppsbesiktning eller andra kontrollåtgärder förutsätter givetvis varje fall ett beslut om att så ska ske.

Sådana beslut är dock att betrakta som faktiskt handlande vilket betyder att de inte är underkastade de formkrav på skriftlighet och annat som gäller slutliga beslut i ärenden om t.ex. utevistelser.<sup>741</sup>

I nu gällande föreskrift återfinns inte samma skrivning utan hänvisas istället till 23 § fängelseförordningen (2010:10) och det anges vissa allmänna råd.<sup>742</sup> Av en läsning av förordningen och föreskriften från myndigheten framgår dock inget annat än att kroppsvisitation fortfarande kan genomföras inom ramen för myndighetens faktiska handlande.

Två intressanta JO-beslut från 2003 och 2011 rörde hanteringen av intagnas brev.<sup>743</sup> I det senare fallet konstaterade JO att en hantering av ett brev till en intagen för att bedöma om det var avsänt från

<sup>740</sup>Wase, »Skiljelinjen mellan ärende och faktiskt handlande inom kriminalvården», 16.

<sup>741</sup>KVFS 2008:3, 17. Mer eller mindre ordagrant återfanns samma formulering i KVFS 2007:1, 15, rörande samma tvångsåtgärd i häkte.

<sup>742</sup>KVFS 2011:1, 28.

<sup>743</sup>JO 5877-2011, JO 2004/2005 s 144.

en advokat eller inte, inte innebar ärendehandläggning utan faktiskt handlande.<sup>744</sup>

Ett annat ärende rörde en intagen som hade blivit nekad insyn i ett ärende rörande hans placering på en avdelning inom häktet. Den intagne hade begärt att bli flyttad till en gemensamhetsavdelning vilket häktet avslag i ett beslut med hänvisning till konstellationen av klienter, baserat på »inhämtande av information». Han begärde samma dag, efter att beslutet fattats, att få »akt- och partsinsyn» i ärendet eftersom han ville veta vilken information som inhämtats i ärendet och hur den lett till avslag.<sup>745</sup> Häktet svarade på begäran kortfattat<sup>746</sup> och den intagne ifrågasatte om detta hade tillgodosett hans rätt till insyn. Frågan för JO kom att kretsa kring huruvida beslutet att placera (och att inte omplacera vid begäran) den intagne på häktet utgjorde myndighetsutövning.

Kriminalvården argumenterade i sin inlägga för att det i detta fall inte var fråga om myndighetsutövning mot enskild.<sup>747</sup> Kriminalvården hänvisade till 3 § i 1971 års FL och dess definition av myndighetsutövning som rörde beslut om »förmån, rättighet, skyldighet, disciplinpåföljd, avskedande eller annat jämförbart förhållande».

Frågan om placering på viss häktesavdelning faller inte naturligt under någon av dessa punkter. I fråga om förvaringen av häktade torde i stället rättens beslut att häkta någon vara det beslut som utgör myndighetsutöv-

<sup>744</sup>JO 2004/2005 s 144, 145f. På motsvarande sätt konstaterade JO i ett annat yttrande (JO 4637-2007) att omhändertagande av alkohol är myndighetsutövning mot enskild och därmed är FL:s bestämmelser tillämpliga. I det här fallet hade Kriminalvården brustit i att ge ett skriftligt beslut med angivna skäl. Förstörandet av alkoholen fick dock enligt JO »ses som ett faktiskt handlande med anledning av ett tidigare fattat beslut om omhändertagande», JO 4637-2007, 3. Jämför avsnitt 3.3.5.

<sup>745</sup>JO 3009-2007, 153.

<sup>746</sup>»I ditt fall har vi kontrollerat säkerhet och skötsamhet samt gjort en översikt av nuvarande klientel på gemensamhetsavdelningen och därefter fattat ett beslut.» JO 3009-2007, 154.

<sup>747</sup>Och därmed att bestämmelserna 16, 17 och 20 §§ 1986 års FL därmed inte var tillämpliga, JO 3009-2007, 155.



### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

ning medan Kriminalvårdens förvaring av den häktade i första hand bör ses som verkställighet av ett beslut innefattande myndighetsutövning eller, med ett inom kriminalvården vanligt förekommande uttryck, behandlingsåtgärder.<sup>748</sup>

Här menar alltså Kriminalvården att själva placeringsbeslutet inom häktet faller utanför definitionen av myndighetsutövning. Rättsens beslut att häkta utgör myndighetsutövningen och förvaringen (och som utgångspunkt alla beslut inom ramen för verkställigheten av detta beslut) utgör faktisk verksamhet, det som kriminalvården kallar »behandlingsåtgärder».<sup>749</sup>

Myndigheten tar alltså *beslut*, som utmynnar i *åtgärder* och som får anses påverka den enskilde (var hen befinner sig under sin förvaring på häktet), men de faller ändå utanför myndighetsutövningen genom att vara del av verkställigheten av det överordnade beslutet som utgör myndighetsutövning.

#### 3.2.3 BROTTSLIG MYNDIGHETSUTÖVNING

I ett fall från Hovrätten för västra Sverige från 2005 döms en arrestvakt för tjänstefel för att ha lagt en omhändertagen persons tröja i en pöl av urin. Vakten gjorde det tydligen som en bestraffning för att den omhändertagne urinerat på celldörren. Handlingen att lägga tröjan i urin var enligt hovrätten myndighetsutövning. Hovrätten skriver att den tilltalade »tjänstgjorde vid tillfället som arrestantvakt

<sup>748</sup>JO 3009-2007, 155.

<sup>749</sup>Här kan jämföras med diskussionen ovan om skillnaden mellan frivillig vård och tvångsvård (avsnitt 3.1.1), även om »vården» som fängelsestraffet innebär är något annat. Här aktualiseras också distinktionen mellan olika rättsområden, då exempelvis en bok i speciell förvaltningsrätt, som Lerwall, *Makt, myndighet, mänskliga*, inte tar upp de åtgärder av faktiskt handlande och myndighetsutövning som en frihetsberövad person inom kriminalvården får tåla. Dessa hamnar snarare inom det straffrättsliga området. Se dock en översiktlig lärobok som Zetterström och Lind, *Offentlig rätt*, som inom ramen för den offentliga rätten även innefattar straffrätt inklusive brottspåföljderna. Här finns dock, naturligt nog med tanke på målgruppen, ingen fördjupad diskussion.

i polishuset i Borås och hans åtgärder innefattade därmed myndighetsutövning». Att lägga tröjan i urin innebar att vakten »åsidossatt vad som gällt för hans uppgift som arrestantvakt».<sup>750</sup>

I detta fall verkar alltså i varje fall åtgärden som var den brottsliga handlingen i detta fall (läggandet av tröjan i urin) ha ansetts utgöra myndighetsutövning av domstolen. Det är ju också en förutsättning för att kunna dömas för tjänstefel.<sup>751</sup> Det framgår inte om hovrätten därmed menar att alla åtgärder mot den omhändertagne var för sig utgör myndighetsutövning, om allt utgör en enda stor åtgärd med många delåtgärder som beståndsdelar, eller om just åtgärden att lägga tröjan i urin med tanke på dess följder för den omhändertagne som enskild innebar att just denna åtgärd utgjorde myndighetsutövning.

Om vi jämför med JO:s resonemang om att ett tillsynes faktiskt handlande kan innefatta dold myndighetsutövning, så verkar något liknande vara fallet här. Läggandet av tröjan i urin är inte något som handlagts och sedan beslutats om i någon skriftlig form. Det finns heller inget lagligt stöd för en sådan åtgärd. Här verkar istället bara själva maktutövningen vara grunden på vilken ansvaret för tjänstefel vilar.

20 kap 1 § BrB anger förvisso att åsidossättandet genom handling eller underlåtenhet skall ske »vid myndighetsutövning», inte att handlingen i sig måste utgöra myndighetsutövning.<sup>752</sup> Men vad var i så fall myndighetsutövningen i det här fallet? Själva verkställigheten av omhändertagandet anses ju inte utgöra myndighetsutövning,

<sup>750</sup> Hovrätten för Västra Sverige, *Dom B 26-35-04*, 3. Se också intressant fall om poliser som erbjuder en person plats i polisbil och har oralt samlag med personen, RH 1994:70, som återges i Helmius, *Polisens rättsliga befogenheter vid spaning*, 256 och diskuteras även mer utförligt i Ekroth, *JO-ämbetet : en offentligrättslig studie*, 227f. Myndighetsutövning ansågs inte ha förekommit, då erbjudandet om att vara i bilen var en del av polisens serviceverksamhet. Därmed inget ansvar för det felaktiga agerandet »vid myndighetsutövning».

<sup>751</sup> »Den som uppsåtligt eller av oaktsamhet vid myndighetsutövning genom handling eller underlåtenhet åsidossätter vad som gäller för uppgiften skall dömas för tjänstefel till böter eller fängelse i högst två år.» 20 kapitel 1 § BrB.

<sup>752</sup> Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 21.

enligt de resonemang som vi sett ovan. Det som återstår är att bestraffningen får betraktas som myndighetsutövning.

Vad vi i så fall kan konstatera är att myndighetsutövning inte bara kan vara brottslig, utan också sakna varje koppling till någon underliggande norm. Förvisso gjordes den olagliga handlingen i samband med verkställigheten av ett beslut som i sig utgör myndighetsutövning. Det går också att tolka det som att själva maktutövningen mot den enskilde i situationen konstituerar myndighetsutövningens grund. Detta skulle då motsvara sådana åtgärder som objektivt utgör myndighetsutövning, men som är konsumerade i verkställigheten av det ursprungliga beslutet om frihetsberövande.

### 3.2.4 KONSTITUTIONELL NÖDRÄTT

Vid den offentliga verksamhetens yttersta gräns finner vi de handlingar och den typ av verksamhet som, om inte saknar, så i varje fall där det normativa stödet måste argumenteras för på kvalitativt annorlunda sätt. Den gängse formen i moderna stater är att ha ett system för att behandla särskilt allvarliga kriser för och i staten genom ett system med undantagstillstånd.<sup>753</sup> Undantagstillståndet som juridisk struktur är en ordning där vissa normala lagar eller konstitutionella regler inskränks, modifieras eller ersätts med andra lagar. För svensk del har vi bara en form av regelrätt undantagstillstånd i 15 kap RF rörande bland annat normgivning vid krig och krigsfara. Många andra stater har motsvarande system som modifierar den statliga verksamheten rörande normgivning, rättskipning eller förvaltning vid olika typer av kriser och med olika nivå av modifieringar.<sup>754</sup>

<sup>753</sup>En värdefull nyare genomgång av den svenska diskussionen rörande konstitutionell nödrätt och undantagstillstånd inklusive en koncis komparativ utblick finns i SOU 2008:61, se särskilt kap 3 och 6, passim. En kortfattad genomgång av befogenhetslagar finns i Strömberg och Lundell, *Speciell förvaltningsrätt*, 217ff. Se också Hirschfeldt, »Mänskliga rättigheter och andra konstitutionella kärnvärden när krisen slår till».

<sup>754</sup>SOU 2008:61, kap 6.

Utöver dessa i lag reglerade avvikelser från det normala har det även utvecklats olika teorier eller argumentationslinjer som går ut på att legitimera, och i någon mening legalisera, även handlingar som inte görs under skydd av en sådan explicit och formell reglering men som ändå rör sig utanför ramarna för vad som normalt är tillåtet. Begreppet nöd är bekant genom de specifika reglerna i 24 kap BrB om nöd och nödvärn som gör objektivt brottsliga handlingar till ansvarsfria på grund av det subjektiva elementet, att de görs för att skydda ett annat trumfande värde. Motsvarande resonemang har utvecklats genom idén om en konstitutionell nödrätt.

Den konstitutionella nödrätten utgör det mest extrema exemplet från ett juridiskt perspektiv då handlingar av tjänstepersoner eller andra representanter från statens sida kräver någon typ av normativt stöd. Det visar sig i hur det agerande som per definition tar plats i en extrem situation av nöd och kris, och som därmed inte är förutsägbart, ändå verkar kräva något slags stöd i en rättslig norm. Det finns två huvudsakliga strategier att använda från ett juridiskt perspektiv när frågan om legaliteten i ett agerande som bryter mot explicita normer i lag och grundlag förekommer.

Den ena strategin går ut på att exkludera själva handlingen från det juridiska fältet och förpassa den till en utomjuridisk logik. Detta är huvudstrategin när argument i den svenska diskursen om nödrätt gått ut på att det just förelegat nöd och att regeringen eller andra som agerat i strid med RF:s regler inte kan klandras för det. Efter 11 september 2001 tillsatte regeringen en särskild utredare för att kartlägga myndigheternas beredskap inför terroristattentat och »andra likartade extraordinära händelser i Sverige».<sup>755</sup> Även efter tsunamikatastrofen i Sydostasien 2004 utreddes krisberedskapen för den svenska statsapparaten.<sup>756</sup> I båda dessa betänkanden bekräftas den sedan länge hållna ståndpunkten att svensk offentlig verksamhet och förvaltning inte kan basera sitt handlande på något nödrättsresonemang, utan att regeringsformen skall gälla i alla

<sup>755</sup>SOU 2003:32, 4.

<sup>756</sup>SOU 2005:104.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

väder.<sup>757</sup> Här väljer man alltså att juridiskt tolka situationen som extern i relation till det som rättsordningen reglerar.

Den andra strategin är istället att försöka integrera även de oförutsebara nödsituationerna i den juridiska ordningen, och förbereda normargument även för dessa situationer. Detta är den primära strategin hos Frede Castberg, som i en norsk kontext definierar den konstitutionella nödrätten som en grundläggande oskriven befogenhetsgrund att agera i strid med i normalfallet gällande regler. Castberg menar att den konstitutionella nödrätten utgör den egentliga grunden för all maktutövning och normer som hanterar nödsituationer där staten agerar.<sup>758</sup> Här blir de befogenhetslagar som utformas för att hantera nödsituationer inte utökningar av statens befogenheter, utan istället inskränkningar av de mer omfattande befogenheter som själva nödsituationen annars hade gett.<sup>759</sup> Nödvärnsexcessen inom straffrätten fungerar som en i rättsordningen inkluderad excess som samtidigt markerar utsidan på det tillåtna. Här liknar det den konstitutionella nödrätten. Castbergs teori utgår dock från idén att suveräniteten har en källa till rätt och därmed legitimt handlande, vilket sedan modereras av befogenhetslagarna.<sup>760</sup>

<sup>757</sup>SOU 2003:32, 209f; SOU 2008:61, 93.

<sup>758</sup>Det vill säga ett slags grundläggande suveränt prerogativ.

<sup>759</sup>Castberg, *Konstitusjonell nødrett*, 20f.

<sup>760</sup>Ett intressant och klagörande exempel är Schmitts diskussion om grundläggande rättigheter, Schmitt, *Constitutional theory*, 212f. De grundläggande rättigheterna (i hans exempel ett antal som räknas upp i Weimarkonstitutionen) är inte rättigheter likt sådana som skapas av stiftade lagar. Den senare typen (som kan vara av allsköns slag och som idag exempelvis kan vara av typen »civila rättigheter» vars skydd består i rätten till domstolsprövning enligt EKMR och denna rätt i FL) är ett slags rättsliga privilegium som strömmar ur grundlagar och vanlig lag. Men rättigheterna som konstitutionen garanterar är snarare sfärer av frihet som har bevarats när konstitutionen (märk väl, inte grundlagen) har skapats av den konstituerande makten. De grundläggande rättigheterna är därför något som existerar före, eller primärt i relation till, staten. Dessa fria, oreglerade rättigheter är de som Schmitt vill kalla »genuina» grundläggande rättigheter. Rätten till motstånd för en individ är det mest extrema exemplet. Desto mer dessa rättigheter organiseras och rationaliseras i ett system av juridiska processer och rättsmedel, desto längre från deras grundläggande status som oförtytterliga rättigheter.

Oavsett vilken teoretisk lösning eller pragmatisk ordning man förespråkar intar den konstitutionella nödrätten tydligt sin plats på en gränsyta som utgörs av övergången mellan en faktisk nödsituation och ett agerande från ett organ som förstås i juridiska termer.<sup>761</sup>

Den främsta bakgrunden för den svenska diskussionen om konstitutionell nödrätt är tre händelser under 1970-talet som diskuterats i doktrinen och behandlats inom ramen för KU:s granskning: Bulltoftadramat i september 1972 då kapare tog gisslan i ett svenskt passagerarplan; Norrmalmstorgsdramat i augusti 1973 då en rånare tog gisslan i en banklokal; och ockupationen av västtyska ambassaden i Stockholm i april 1975.<sup>762</sup> I alla tre situationer agerade vissa ledande befattningshavare inklusive justitieministern på tveksamma sätt både utifrån vanliga lagregler och konstitutionella normer.<sup>763</sup> Diskussionerna i KU i anknytning till ovan nämnda händelser visade prov på motsägelsefulla resonemang om den eventuella olagligheten eller lagligheten i regeringens ageranden. KU skriver med anledning av Bulltoftadramat:

Från strikt konstitutionella synpunkter förhåller det sig otvivelaktigt så att det konstitutionella regelsystemet till följd av de speciella förhållandena inte iakttogs av regeringen på en rad punkter i samband med kapningen. Frigivningen av internerna och dispositionen av statens medel till lösensumma t.ex. var åtgärder som knappast kan anses lagligen grundande. Med hänsyn till den korta tid som stod till buds i det hotfulla läget kunde ej heller regeringsformens regler beträffande konseljbeslut m.m. iakttagas. Mot nämnda brister i

<sup>761</sup> Här, som jag på annat ställe påpekat, skiljer sig egentligen inte den konstitutionella nödrättens problematik från varje rättstillämpnings problematik – den grundläggande frågan är alltid övergången från fakta till norm och norm till fakta. Jämför Johansen, »Tjänstemannens suveränskap», 40.

<sup>762</sup> Jermsten, *Konstitutionell nödrätt*, 78ff.

<sup>763</sup> Om än dessa specifika situationer är väl värda ytterligare studier för sig och särskilt i ljuset av de mer generella frågorna kring den konstitutionella nödrätten måste det här utelämnas.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

regeringens handläggning av flygkapningsfrågan måste vägas det ansvar för enskilda människors – i detta fall flygpassagerarnas och besättningens – personliga säkerhet som åvilar myndigheterna och därvid ytterst regeringen. Regeringens bedömning att en uppenbar nödsituation förelåg var enligt utskottets mening riktig. Utskottet har mot denna bakgrund inte funnit anledning till anmärkning mot regeringens handlande i samband med flygplanskapningen.<sup>764</sup>

Det finns givetvis inget utrymme att bortse från RF:s regler på grund av bestämmelser i BrB. RF som grundlag är överordnad vanlig lag. Vad vi här kan konstatera är att oavsett vad för teorier som framläggs rörande agerandet av regeringen och andra högre och lägre tjänstepersoner i staten finns en de facto möjlighet att röra sig utanför det gällande konstitutionella regelverket i Sverige. Här är situationen i Sverige trots dess principiella motstånd mot konstitutionell nödrätt<sup>765</sup> i huvudsak densamma som i Norge där en doktrin till stöd för den konstitutionella nödrätten utvecklats.<sup>766</sup>

Castbergs teori om befogenhetslagar utgår alltså ifrån att staten som suverän i utgångspunkt har en i princip obegränsad maktbefogenhet i tider av kris eller nöd. Det som befogenhetslagar eller andra regleringar av undantagstillstånd gör är att inskränka denna obundna makt. Det är alltså inte befogenhetslagen som ger befogenhet, utan den inskränker och specificerar befogenheten som redan finns där. När det gäller denna närmast naturrättsliga suveränitetsteori är jag ingen anhängare, vilket redan bör ha framgått tydligt i detta arbete hittills. Men det är samtidigt ett perspektiv som går att anlägga på förvaltningens hela verksamhet, oberoende av om det rör

<sup>764</sup>KU 1973:20, 17.

<sup>765</sup>Enligt expertgruppen till Grundlagsberedningen »har man i Sverige sedan lång tid ansett att man inte bör förlita sig på den s.k. konstitutionella nödrätten, dvs. grundsatsen att statsmakterna, när samhällets bestånd hotas, kan åsidosätta grundlag och ändå göra anspråk på att handla rättsenligt.», SOU 2008:61, 23.

<sup>766</sup>Castberg, *Konstitutionell nödrätt*, 2, NOU 1995:31, avsnitt 4.2.2. Med detta inte sagt att Castbergs specifika teori eller resonemang enkom ligger till grund för den positiva inställningen till konstitutionell nödrätt i Norge.

kriser eller normaltillstånd. Om än man inte för något naturrättsligt resonemang om att staten *har en viss makt* grundat i något utanför de sociala relationerna, är det som en realistisk beskrivning av den offentliga verksamheten adekvat att betrakta den som obunden och grundad i sig själv. Staten intar inte någon annan särställning i legalitetshänseende jämfört med privata organ utöver just sin centrala position i samhället och sina konkreta maktverktyg.

Det är här vi ser hur den konkreta ordningen utgör grunden i form av den offentliga verksamheten i sig, helt analogt med hur den (från juridiskt perspektiv) civilrättsliga sfären av fysiska personer och privata associationer fungerar som ett legitimt samhälleligt system. Det är de verksamheter som består i handel, gåvor, arv, familjebildning, etcetera som utgör grunden för civilrättens institutionella ordning, på motsvarande sätt som de offentliga verksamheterna utgör den offentliga rättens institutioner.<sup>767</sup>

En utökning av legalitetskravets tillämpning och omfattning för att omfatta mer av förvaltningsverksamheten inom ramen för de processuella rättssäkerhetsgarantierna är en både möjlig och generellt positiv utveckling.<sup>768</sup> Sådan utveckling, som är den generella trenden över i varje fall det senaste århundradet, ställer inte den här föreslagna teorin inför något egentligt problem. Förstärkandet av legalitetskravet eller utökningen av processuella rättssäkerhetsgarantier motsäger inte att de just utgör inskränkningar i den offentliga verksamhetens primära existens som verksamhet.

Den konstitutionella nödrätten visar fram rättens yttersta gräns mot, men också grund i, statens verksamhet. Både en kodifierad befogenhetslag eller ett konstitutionellt överskridande motiverat med stöd i nödresonemang pekar tydligt ut rättsordningens grund i konkreta handlingar. Castbergs resonemang är i den meningen bara en mer teoretiskt utvecklad variant av KU:s apologi för regeringens brott mot grundlagen.

<sup>767</sup>Se den inledande diskussionen om konkret ordning och institutionalism, avsnitt 1.4.3.

<sup>768</sup>Jämför förslagen i lagrådsremissen »En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag», 42.



### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

Även detta exempel visar hur också längst ut på den offentliga verksamhetens gräns och längst från förvaltningens trygga normala kärna det är verksamheten som en praktik som konstituerar både legitimitet och legalitet. Om vi förstår förvaltningen som en verksamhet blir det tydligt både var Castbergs naturrättsligt färgade idé om statens suveräna rätt/makt som grund för den konstitutionella nödrätten kommer ifrån och var den pragmatiska *laissez faire*-hållningen till statens agerande som den i Sverige påstått legalitetsivrande hållningen grundar sig i. Dessa teoretiska och ideologiska perspektiv är huvudsakligen rationaliseringar av det faktum att statens faktiska verksamhet utgör det primära i rättsordningen och förvaltningen.

#### 3.3 NYA BEGREPP OCH ANALYTISKA FÖRSLAG

Denna avslutande del av kapitlet består i flera kompletterande utvecklingar av och förslag till begrepp. Den offentliga förvaltningen som verksamhet utgör primärt en levd verklighet och följande är försök att förstå verksamheten begreppsligt. Syftet är också att bidra till den förvaltningsrättsliga disciplinen både vetenskapligt och praktiskt. Vad som visats ovan är att de existerande begreppen bara till en viss gräns lyckas beskriva den offentliga förvaltningens verksamhet.

De här föreslagna detaljerade allmänna lärorna kompletterar varandra men är inte nödvändigtvis motsägelsefria. Det är alltså inget koherent system som presenteras utan begrepp som på olika sätt förmår fånga viktiga aspekter av förvaltningsverksamheten. De utgör detaljerade allmänna läror och därmed bidrag till den allmänna förvaltningsrätten.<sup>769</sup>

Jag återkommer i avslutningen av kapitel 4 till möjliga vägar framåt för den förvaltningsrättsliga forskningen och offentligrättens allmänna läror.

<sup>769</sup>Jämför Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 15.

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag

#### 3.3.1 OREGLERAD FÖRVALTNING

I kommunalrätten finns ett begrepp som beskriver verksamheter där det offentliga är fritt att agera som det finner lämpligt. Denna oregerade förvaltning<sup>770</sup> står i kontrast till den specialregerade förvaltningen, där kommunen ålagts diverse olika uppgifter och ansvar gentemot medborgarna.<sup>771</sup> Skola, social verksamhet, planering och byggfrågor är alla reglerade i egna lagar och ålägger kommunerna ansvar att agera inom ramarna för dessa regleringar. Men utöver detta finns i den kommunala förvaltningen verksamhet som kommuner inte är tvungna att bedriva. Dessa är därför inte reglerade i större utsträckning än att KL:s allmänna regler gäller.<sup>772</sup>

Denna oregerade förvaltning kan röra arbetet inom vissa nämnder som inte är föreskrivna i lag, så kallade fakultativa nämnder, exempelvis kulturnämnd eller fritidsnämnd. Strömberg och Lundell beskriver det som att det finns en fri och en bunden sektor i den kommunala förvaltningen, även om samma nämnd kan behandla

<sup>770</sup> Även kallad egenförvaltning.

<sup>771</sup> Vid införandet av 1971 års FL pekade regeringen på att denna oregerade förvaltning inte innehöll partsärenden som innebar myndighetsutövning och att FL därför inte skulle gälla. »Som förordats i många remissyttranden över besvärssakkunnigas förslag bör hela den sektor av kommunalförvaltningen som inte regleras annorstädes än i kommunallagarna, dvs. den oregerade kommunalförvaltningen undantas från tillämpningen av de bestämmelser i förvaltningslagen som bara är avsedda att gälla i de ärenden som arbetsgruppen kallar förvaltningsrättsliga partsärenden (14 - 21), dvs. ärenden om myndighetsutövning mot enskild.» Prop 1971:30, 305.

<sup>772</sup> För en något äldre (från 1992) men relativt ingående diskussion, se Marcusson, *Mot en ny kommunalrätt*, kap 4. Marcusson diskuterar tio materiella verksamhetsområden som bland annat bebyggelse, hälsoskydd, utbildning och näringslivsfrågor: »Inom dessa skilda materiella förvaltningsområden finns dels mer eller mindre preciserade uppgifter som kommunen är ålagd att utföra eller ta ansvar för, dels sådant som staten förväntar sig att man handhar. Därutöver återfinns verksamheter som utgör nödvändiga förutsättningar för de tidigare nämnda och till slut uppgifter som är helt frivilliga för kommunen inom den kommunala kompetensens gränser.» *ibid*, 63.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

både fria, det vill säga oreglerade, uppgifter och samtidigt bunden, reglerad, förvaltning.<sup>773</sup>

Även vid den senaste reformen av FL, vidhöll regeringen åtskillnaden mellan kommunal och statlig förvaltning, då man påpekade att den kommunala självstyrelsen innebar att FL inte skulle detaljreglera förfarandet i den oreglerade kommunförvaltningen.<sup>774</sup> Det finns dock i litteraturen ingen diskussion om huruvida statlig förvaltning skulle kunna innefatta eller snarare beskrivas med hjälp av begreppet oreglerad förvaltning. Även verksamhet bedriven av statliga förvaltningsmyndigheter är ju i stor utsträckning inte detaljreglerad, utan snarare bedriven inom ramen för övergripande mål som myndigheten sedan får finna bästa sätt att förverkliga.<sup>775</sup>

Frågan blir om inte all förvaltningsverksamhet, både kommunal och statlig, som inte utgör ärenden som mynnar ut i beslut riktade mot enskilda därmed är oreglerad förvaltning i denna betydelse? Förvisso är förvaltningsverksamhet alltid reglerad i någon minimal mening, det vill säga genom att det tillskapats en myndighet, eller någon person anlitats för ett kommittéarbete och genom att resurser för lön, lokaler, etcetera anslagits av riksdagen. Det går att föreställa sig ofinansierad förvaltningsverksamhet, exempelvis arbetet utfört av en honorärkonsul, eller när någon enskild tagit på sig en uppgift utan ersättning som kan indefinieras som offentlig förvaltningsuppgift, men det finns alltid en eller annan utpekande norm.

Poängen med att resonera om oreglerad förvaltning är dock den jämförelsevis bristande graden av övrig normering av handlandet. Med andra ord, på motsvarande sätt som ovan diskuterats angående ansvarsfriheten för vissa handlingar som objektivt utgör brott inom ramen för militära insatser, så skulle en norm som tillåter ett visst handlande ge ett formellt stöd, men behöver inte innehålla några detaljerade regler om hur själva verksamheten skall gå till. Begreppet

<sup>773</sup>Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 27ff. Detta påpekades redan i FRU:s betänkande 1983 där denna blandning beskrevs som »halvreglerad» förvaltning, SOU 1983:73, 38.

<sup>774</sup>Prop 2016/17:180, 29.

<sup>775</sup>Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 16, 67.

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag

oreglerad förvaltning så som det använts inom kommunalrätten innebär heller inte att tillskapandet av och verksamheten hos exempelvis en fritidsnämnd skulle vara helt normmässigt oförankrat. Kommunerna har befogenhet (och en allmän skyldighet) att bedriva sådan verksamhet som faller under en fritidsnämnd. Dock föreligger inget lagkrav, likt det som gäller för en socialnämnd och dess uppgifter och verksamhet. Inte heller är förfarandet i fritidsnämndens eller dess underliggande förvaltningsverksamhet reglerat i detalj.

Detta resonemang är, som vi sett, analogt med hur den faktiska verksamheten (eller förvaltningsverksamheten i stort) regleras hos alla förvaltningsmyndigheter och andra organ som ägnar sig åt offentlig förvaltning. Därmed är det inte heller fråga om en binär distinktion mellan viss reglerad och viss oreglerad förvaltning, utan tvärtom just en skala mellan i allt väsentligt oreglerad och i allt väsentligt reglerad verksamhet. Utgångspunkten är alltså att någon verksamhet bedrivs och att denna är oreglerad, utöver det minimala normmässiga förankrandet i något beslut av en behörig instans. Det kan röra sig om riksdagen, regeringen, kommunalfullmäktige eller en överordnad del av en förvaltningsmyndighet.<sup>776</sup> Detta motsäger inte att många verksamheter de facto är reglerade i stor eller mycket stor utsträckning.

Ett liknande resonemang finns i norsk doktrin gällande behovet av lagstöd (*lovhjemmel*) för faktiska handlingar. Torstein Eckhoff och Eivind Smith menar att kravet om lagstöd måste reserveras för »rettslige disposisjoner».<sup>777</sup> Hans Petter Graver har uttryckt det på följande sätt:

<sup>776</sup>Jämför här det mycket intressanta exemplet på sådant i denna mening »oreglerade» samarbete som bedrivs mellan exempelvis SÄPO, MUST och FRA – Nationellt centrum för terrorhotbedömning (NCT). »NCT är en myndighetsgemensam arbetsgrupp som är beslutad av och styrs av cheferna för Säkerhetspolisen, FRA och Försvarsmakten/Must. Det är således myndigheterna själva som har tagit initiativ till samarbetet. NCT bemannas av medarbetare från dessa tre myndigheter och är sedan 2009 permanent och samlokaliserad i Säkerhetspolisens lokaler.» Ds 2016:31, 31. Liknande exempel finns inom de vertikala samarbetena mellan primärkommuner, landsting och staten gällande rehabiliteringskedjan för sjukskrivna.

<sup>777</sup>Eckhoff och Smith, *Forvaltningsrett*, 354.

Å kreve et rettslig grunnlag for forvaltningens handlinger generelt, vill si at vi i det konkrete tilfellet må finne et rettsgrunnlag, ellers er handlingen forbudt. Det er etter min mening opplagt ikke slik vi bør stille spørsmålet i forvaltningsretten. Skulle vi gå øver til å gjøre det, måtte vi samtidig inngå i en konstruksjon av rettsgrunnlag for å unngå den konsekvens at ikke alt det som forvaltningen i dag gjør uten at noen ennå har konstruert et rettslig grunnlag for det, skulle bli ulovlig.<sup>778</sup>

I en mening blir forslaget att börja beskriva statliga verksamheter som oregerad förvaltning bara en följd av att betrakta den offentliga förvaltningen primärt som verksamhet. Kommunalrätten som ett offentligrättsligt syskon till förvaltningsrätten har därmed haft ett försprång i sitt begreppsliggörande av den offentliga förvaltningen. Samtidigt har förvisso inte begreppet oregerad förvaltning utvecklats inom några allmänna kommunalrättsliga läror.

### 3.3.2 ÅTGÄRD SOM GRUNDLÄGGANDE BEGREPP

Den oregerade förvaltningen är ett begrepp som relativt vagt och övergripande beskriver verksamheten som just en faktisk verksamhet. Det kan som komplement behövas ett begrepp som fångar in delarna i de handlingar som verksamheten utgör. Åtgärd har ovan och i doktrinen samt från lagstiftaren och domstolarnas sida ofta använts som ett begrepp för att beskriva vissa handlingar som utförs inom den offentliga förvaltningen.<sup>779</sup> Det tydligaste exemplet är in-

<sup>778</sup>Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 195.

<sup>779</sup>Några enstaka exempel: »Myndigheternas beslutande verksamhet med vad därtill hör av förberedande och verkställande åtgärder är underkastad en ingående rättslig reglering ...», Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 17; »På motsvarande sätt hänförs en läkares operation av en patient till området för faktiska åtgärder, medan frågan om patientens betalning för utförd behandling utgör föremål för ett ärende.», SOU 2010:29, 97; »En myndighet får endast vidta åtgärder som har stöd i rättsordningen.» FL 5 §; »En principiell skillnad mellan åtgärder av det ena och det andra slaget är att handläggningen av ett ärende avslutas med ett beslut av något slag, medan ett faktiskt handlande karaktäriseras av att myndighe-

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag

om polisverksamheten.<sup>780</sup> Polisens verksamhet drivs av vissa övergripande uppgifter, bland annat upprätthållandet av den allmänna ordningen.<sup>781</sup> Polisens verksamhet består i olika tjänsteåtgärder som när de inkräktar på en enskilds rättssfär utgör ett ingripande, som i så fall kräver ytterligare stöd i någon rättslig norm. Polisens verksamhet i stort består alltså av olika kontinuerliga verksamheter, styrda av de övergripande uppgifterna i 2 § PL. Inom denna verksamhet finns verkställande av vissa beslutade åtgärder, men också mer eller mindre ingripande åtgärder som ibland når upp till nivån av ingripande. Dessa åtgärder styrs bland annat av vad »situationen kräver».<sup>782</sup> Samma resonemang kan generaliseras för att gälla all förvaltningsverksamhet.

Åtgärdsbegreppet har dock utanför polisrätten inte lyfts upp till någon begreppslig definition eller analys, utan snarare använts i en allmänspråklig betydelse. Som ett atomärt begrepp i rättsliga resonemang om förvaltningen som verksamhet skulle termen »åtgärd» kunna användas för att markera att en viss handling ingår i denna verksamhet. En åtgärd kan vara stor eller liten, ett handgrepp, ett verbalt uttryck eller någon annan handling, och den behöver inte ha direkt rättslig relevans. Tvärtom är begreppets fördel att alla åtgärder som utgångspunkt kan beaktas innan det avgörs om de har rättslig relevans, beroende av exempelvis deras ingripande effekt i en enskilds rättssfär. Genom en sådan generalisering av begreppet åtgärd, men samtidigt dess medvetna användning som ett juridiskt begrepp kan analysen av förvaltningen som verksamhet ta en annan startpunkt än i de kategorier som redan förutsätter rättslig relevans

ten i praktiken vidtar en viss faktisk åtgärd.» Prop 2016/17:180, 24. Jämför också diskussionen om lokutionen »åtgärder» i Lebeck, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, 128.

<sup>780</sup> Jämför termen åtgärd som den använts gällande polisens verksamhet, Helmius, »Makt, myndighet, människa», 69.

<sup>781</sup> »Till Polismyndighetens uppgifter hör att ... övervaka den allmänna ordningen och säkerheten och ingripa när störningar inträffat» 2 § 2 p PL. De handlingar som skall realisera detta övergripande mål är tjänsteåtgärder (10 § PL) och polis-ingripanden (8 § PL), vilka inte närmare legaldefinerats, Norée, *Laga befogenhet*, 64f.

<sup>782</sup> Ibid, 69.

(myndighetsutövning) eller irrelevans (faktisk verksamhet).<sup>783</sup> Medan faktisk verksamhet i vid mening då blir den allomfattande termen som kommer ovanifrån eller utifrån in mot det specifika rättsliga problemet, så kan åtgärden vara den helt lokala händelse utifrån vilken en rättslig analys påbörjas.

»Handling» hade kunnat vara en lika användbar term. Men eftersom termen åtgärd redan är etablerad inom polisrätten och annan offentlig rättslig doktrin, samt att det har en mer juridisk än allmänspråklig karaktär, framstår den som lämplig. Ingen egentlig betydelseskilnad avses dock. En åtgärd är inget annat än en handling som på något sätt är anknuten den offentliga förvaltningen och som potentiellt har rättslig relevans. Anknytningen till den offentliga verksamheten (var handlingen/åtgärden företas, av vem, i relation till vilka händelser) får alltså avgöra om den faller inom sfären av offentlig förvaltning. Ingen skarp gräns kan här upprättas, och är inte heller nödvändig, då åtgärder som sagt inte behöver ha rättsföljder.<sup>784</sup>

### 3.3.3 HANDLINGSFORMER

Andreas Glaser har i tysk doktrin försökt utveckla den europeiska förvaltningsrätten utifrån de nationella rättsordningarnas förvalt-

<sup>783</sup>Ett kortfattat resonemang, från en mer idealistisk position, som berör utom- och inomrättsliga handlingars relevans förs av Stig Strömholm: »Gränsen mellan 'rent faktiska' tillstånd och handlingar å ena sidan, 'rättsligt relevanta' å den andra är *öppen*, och den är på olika punkter och livsområden i ständig förskjutning, både så att normsystemets domäner utvidgas på de rättsligt irrelevanta 'faktas' bekostnad och så att tidigare normreglerade områden avföres.» Strömholm, *Rätt, rättskäl- lor och rättstillämpning : en lärobok i allmän rättslära*, 198f.

<sup>784</sup>Å andra sidan kan på ett etiskt plan diskursen om god förvaltning eller offentligt etos kräva att alla sådana åtgärder präglas av de värderingar och intentioner som antas utgöra ideal för den offentliga verksamheten. Vagheten i hela diskursen om god förvaltning leder dock till andra problem. Jämför kritiken om bland annat magiskt tänkande av Koivisto, »From Moral Rules to Individual Rights – and Beyond?» För ett mer sympatiskt inställt perspektiv se Marcusson, »Det offentliga uppdraget och de mänskliga rättigheterna».

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag

ningsrätt.<sup>785</sup> Hans utgångspunkt är att en eventuell framtida förenad europeisk förvaltningsrätt måste vara grundad i å ena sidan de nationella rättsordningarna, och å andra sidan den europeiska unionens egen »självförvaltningsrätt», med direkta verkningar för unionsmedborgarna samt de interna organisatoriska och personella aspekterna av unionens egen verksamhet.<sup>786</sup> Det är enligt Glaser inte möjligt, med de olika rättstraditioner och skiftande uppgifter som förvaltningen har, att finna en enhetlig positiv definition av den offentliga förvaltningen.<sup>787</sup> Det går dock att avgränsa en kärna för den typiska förvaltningsverksamheten, med dess »socialgestaltande» och framtidsinriktade fokus genom regler tillämpliga på särskilda fall och realiseringen av olika projekt.<sup>788</sup> De europeiska medlemsstaternas rättsordningar innehåller en mångfald komponenter som tillsammans är delar av den europeiska förvaltningsrätten.<sup>789</sup>

I den jämförande studie Glaser genomför är det tydligt hur den svenska systematiken när det gäller förvaltningsrättsliga handlingsformer är svagt utvecklad. Här skall noteras att termen handlingsformer inte använts i den svenska doktrinen, men det syftar helt enkelt på hur de olika delarna av eller rättsliga åtgärderna inom den offentliga verksamheten kan etiketteras och systematiseras.<sup>790</sup> Glaser

<sup>785</sup> Glaser, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, 7. Möjligheten och ambitionen om en europeisk offentligrätt delas av fler, se exempelvis Stirn, *Towards a European Public Law*.

<sup>786</sup> Glaser, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, 12f.

<sup>787</sup> *ibid*, 11. Svårigheter och möjligheter kring förenande av de förvaltningsrättsliga traditionerna diskuteras på ett intressant sätt av Cassese, »The Administrative State in Europe», 64, *passim*.

<sup>788</sup> Glaser, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, 12. Jämför också projektet kring *ius publicum europaeum*, bland annat i Bogdandy, Huber och Cassese, *The Administrative State*, *passim*.

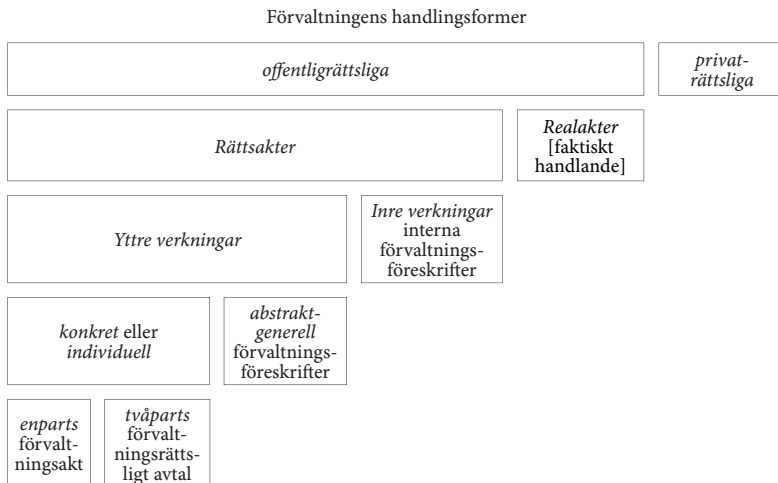
<sup>789</sup> Glaser, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, 12.

<sup>790</sup> För diskussion om begreppet handlingsform och dess delvisa överlappning med rättsform (*Rechtsform*), se *ibid*, 53ff. »De Lehre von den Handlungsformen strukturiert die Vielfalt der Verwaltungstätigkeiten, indem sie aus zahlreichen möglichen Anknüpfungspunkten die rechtliche relevanten Handlungen herausfil-



### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

placeras Sverige i ena änden av ett spektra. I Sverige finns i grunden endast en åtskillnad mellan ärende/beslut och faktisk verksamhet. I andra änden av spektrat finner vi Österrike där handlingsformerna är mycket utvecklade och konstitutionellt förankrade.<sup>791</sup>



Figur 3.1: Handlingsformer i den tyska förvaltningsrätten, översatt och modifierad från Wienbracke, *Allgemeines Verwaltungsrecht*.

Ett annat exempel på en mer komplex bild av och en mer finkornig systematik för de förvaltningsrättsliga handlingsformerna kan vi finna i den tyska förvaltningsrätten. (Figur 3.1) Föga förvånande passar den tyska systematiken, om än obekant som sådan, relativt väl in i en beskrivning av den svenska förvaltningsrätten. Det är dock talande att om figuren läses ovanifrån så börjar den just i den bredaste definitionen av förvaltningens handlingsformer, motsvarande det som jag i den här studien beskrivit som förvaltningsverksamhet eller faktisk verksamhet i vid mening. Varje våning har diskuterats även i svensk offentligrättslig doktrin:

tert.»», *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, 56.

<sup>791</sup> Ibid, 290.

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag

- Förvaltningen utför privaträttsligt handlande och detta särskiljs från det offentligrättsliga.
- Vissa åtgärder är faktisk verksamhet, till skillnad från sådana åtgärder som kan definieras som rättsakter, det vill säga handlingar med rättsliga verkningar.
- Ytterligare andra åtgärder eller beslut rör helt interna frågor för myndigheten och har därför inga yttre verkningar riktade mot enskilda utanför myndigheten.<sup>792</sup>
- Vissa beslut, som planbeslut eller föreskrifter, har yttre verkningar men är generella och inte riktade mot någon särskild enskild.
- På nedersta våningen återfinns de bekanta förvaltningsakterna, på svenska ofta kallade partsärenden, vid sidan av de mindre bekanta förvaltningsrättsliga avtalen.<sup>793</sup>

Som visades i kapitel 2 har de systematiska beskrivningarna i den svenska doktrinen, i varje fall sedan Herlitz på 1930-talet, utgått ifrån partsärenden som den viktigaste kategorin. I ovanstående figur, som förvisso inte är skalenlig, placeras ändå dessa i en mer adekvat avgränsad position än tidigare.

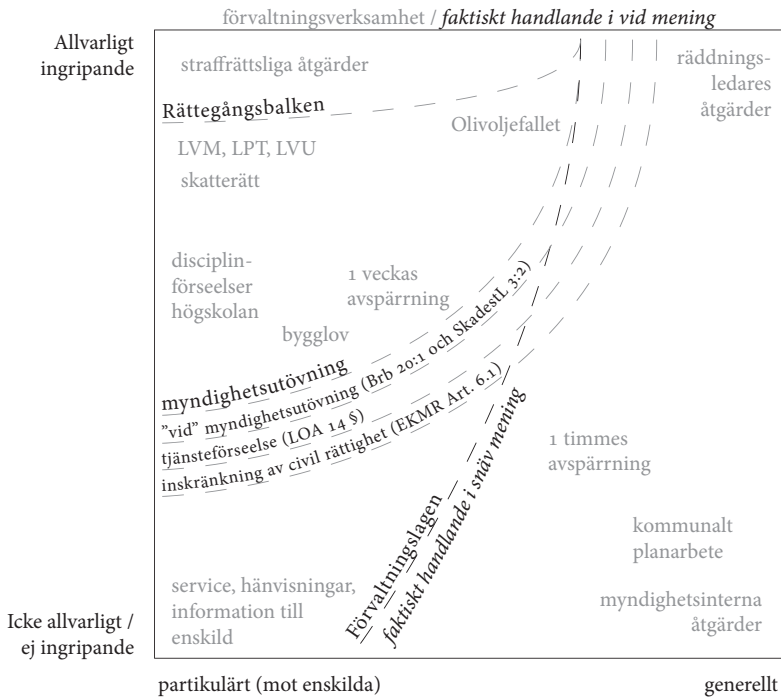
#### 3.3.4 MYNDIGHETSUTÖVNINGENS TVÅ DIMENSIONER

I genomgången av doktrin och praxis ovan går det att identifiera två huvudsakliga dimensioner som är avgörande för när olika åtgärder identifierats som myndighetsutövning. (Se figur 3.2 för grafisk uppställning av resonemanget i detta avsnitt.) Mig veterligen har dessa inte diskuterats på ett samlat sätt. Ingen av dessa dimensioner utgör strikt graderade skalor eller kan användas för att med procentsatser räkna ut om något faller innanför eller utanför gränsen. Det går inte att automatiskt subsumera olika åtgärder genom en matris, även om alla sakförutsättningar vore klara och obestridda. Det handlar istället om ett heuristiskt verktyg för att systematisera och beskriva den rationalitet som utvecklats inom den svenska förvaltningsrätten.

<sup>792</sup>Se avsnitt 3.1.3.

<sup>793</sup>Se avsnitt 3.1.5.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling



Figur 3.2: Matris förvaltningshandlande

#### PARTIKULARITETEN

Åtgärder som det offentliga utför skiljer sig åt kring i vilken grad de träffar en enskild eller flera, eller om åtgärden har mer generell verkan. Ett beslut om försörjningsstöd för en enskild har ingen märkbar effekt för någon annan och befinner sig därför på ena änden av skalan. Bygglov som utfärdas har vissa effekter för grannar och andra parter, och träffar därför något fler enskilda indirekt. Ett planbeslut för bebyggelse i en kommun är ett exempel på när många enskilda träffas och beslutet får sägas ha generell verkan. Det vill säga, generellt verkande åtgärder kan ha nog så allvarliga effekter för enskilda, men när denna grupp är tillräckligt stor får åtgärden anses vara generell snarare än partikulär.

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag

Termen »individuell» hade kunnat användas istället för partikulär, men jag har valt det senare. Anledningen är att det inte är att en individ är utpekad, utan snarare kontrasten mot åtgärder som är generella och träffar många. En åtgärd med hög grad av partikularitet kan fortfarande träffa flera individer, exempelvis en stor grupp demonstranter eller grannar i ett område. Det förefaller därför leda fel att då prata om hur individuell åtgärden är. Även en åtgärd utan direkta rättsföljder, som information riktad till allmänheten från en kommunal eller statlig förvaltningsmyndighet, har generell spridning och är inte riktad till någon enskild.

#### ALLVAR I INGRIPANDET

Den andra aspekten av åtgärden är den oftast uppmärksammade, hur mycket åtgärden inkräktar på den enskildes rättssfär och hur ingripande och allvarlig åtgärden är. Denna dimension har ingen direkt koppling till partikulariteten, eftersom även en mycket generell åtgärd kan vara allvarlig och ingripande. Om polisen stänger av en demonstrationsväg är detta en inskränkning i demonstrationsfriheten för alla demonstranter, även om det bara rör sig om en åtgärd. Allvaret i åtgärden kan skifta beroende på omständigheterna. Ett planbeslut har också många adressater och påverkar många enskilda, men kan ha väldigt olika allvar. Ett nytt villaområde utom synhåll från annan bebyggelse blir som sådant mindre ingripande än höghus placerade i tät bebyggelse eller förändrad infrastruktur vid en central knutpunkt för trafiken.

Ett exempel på en systematisering utifrån den här aspekten på myndighetsbeslut och åtgärder återfinns i ett förarbete till skadeståndslagen. För att kunna inventera de olika fall där ersättning från det allmänna kan behöva utgå, och då myndighetsutövningsbegreppet inte enkelt kunde lösa frågan om olika fall, gav kommittén en schematisk indelning från minst till mest ingripande:

1. frihetsberövanden
2. andra frihetsinskränkningar

### *Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling*

3. beslut eller åtgärder, utöver 1-2, som innefattar en kränkning av den enskildes person eller personliga integritet,
4. beslut eller åtgärder som inskränker den enskildes rätt att fritt förfoga över sin egendom,
5. andra förbud, påbud, ålägganden
6. tillstånd, befrielse från skyldighet, beviljande av förmån
7. beslut om tillsättning, legitimation
8. kontrollverksamhet
9. registreringsbeslut
10. upplysningar, råd, meddelanden<sup>794</sup>

Ovanstående uppräknings framstår som en rimligt utgångspunkt för en gradering av olika allvarliga åtgärder. En viktig del i hur pass allvarlig en åtgärd är fattas dock.

#### *Tidsutdräkten*

Hur lång tid en åtgärd pågår har också betydelse för graden av allvar och därmed huruvida den når upp till nivån för myndighetsutövning. Denna dimension hänger samman med att allvaret i ingripandet ökar (eller multipliceras) med tiden som åtgärden fortgår. En knuff från en polisman eller ett avskiljande av två bråkande elever av en lärare är en momentan åtgärd. Ett gripande av en polis eller avvisning från skolområdet av elever är i sig längre åtgärder och det är en av faktorerna i att dessa åtgärder är allvarligare. (Även om själva frihetsberövandet eller avvisningen i sig utgör den centrala faktorn i allvaret.)

I ett utlåtande från JO behandlades frågan om när en polismyndighet spärrat av en lokal enligt 23 § polislagen.<sup>795</sup> Enligt polisen kunde beslutet inte överklagas eftersom det handlade om faktiskt handlande och inte ärendehandläggning. När frågan behandlades av JO<sup>796</sup> konstaterades att normalt skulle »en åtgärd enligt paragra-

<sup>794</sup>SOU 1993:55, 144.

<sup>795</sup>JO 1999/2000 s. 60, behandlat i Helmius, »Makt, myndighet, människa», 75.

<sup>796</sup>Efter flera vändor där varken förvaltningsrätten, länsstyrelsen eller kammarrätten ville behandla frågan.

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag

fen inte bestå under tillnärmelsevis så lång tid utan endast på sin höjd några timmar eller någon dag»<sup>797</sup> Med hänvisning bland annat till artikel 6 EKMR konstaterade JO att beslutet att spärra av lokalen »inte kan bedömas som ett faktiskt handlande utan att [sådana beslut] har karaktären av överklagbara beslut».<sup>798</sup> Åtgärden kunde alltså inte längre betraktas som faktiskt handlande eftersom den med tanke på inskränkningens tidsutdräkt och det resulterande allvaret i den behövde kunna överklagas.<sup>799</sup>

#### TRÖSKELEFFEKTEN

Den sammantagna bedömningen av de ovanstående aspekterna är det som avgör huruvida en åtgärd är att betrakta som myndighetsutövning eller faktisk verksamhet i snäv mening. Detta innebär en slags tröskeleffekt, där liknande åtgärder, beroende på allvaret och partikulariteten tillsammans flyttar en åtgärd över eller under tröskeln.

Huruvida något hamnar över eller under tröskeln har därmed också effekten att vissa åtgärder går att överklaga i och med att de utgör myndighetsutövning, medan andra åtgärder endast utgör faktisk verksamhet i snäv mening.

Även i sig allvarliga åtgärder som förändringen av den fysiska miljön där människor bor kan om de är generella, det vill säga har många adressater, eller om de är tillfälliga falla under tröskeln för myndighetsutövning och därmed inte vara tillgängliga för överklagan eller ha liknande rättsliga effekter som att vara skadeståndsgrundande.

I gränslandet mellan myndighetsutövningen och den faktiska verksamheten återfinns dock exempelvis reglerna kring skadestånd »vid myndighetsutövning» och även indirekta skyddsregler mot allmänheten som reglerna om tjänsteförseelser. Här skyddas enskilda

<sup>797</sup>JO 1999:2000 s. 69.

<sup>798</sup>JO 1999:2000 s. 70.

<sup>799</sup>Samma tolkning görs av Ingrid »Makt, myndighet, människa», 76. Jämför också kritiken från Helmius om utvidgat avlägsnande och tröskelfrågan gällande inskränkning i rörelsefrihet/frihetsberövande, *ibid*, 71.

### *Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling*

och allmänna intressen, trots att den enskilda inte har något rättsmedel att tillgå och åtgärden kan falla utanför området för myndighetsutövning.

Ett ytterligare påpekande är att vissa åtgärder mot enskilda inte alls passar in i den här föreslagna matrisen. Åtgärder mot personer som är frihetsberövande är det tydligaste exemplet. Här vidtas kontinuerligt partikulära och, från ett objektivt<sup>800</sup> perspektiv, allvarliga ingripanden mot den enskildes rättssfär. Något utrymme att placera sådana åtgärder i den systematiska beskrivande framställningen i matrisen finns inte. Förvisso skulle sådana åtgärder i linje med mina resonemang kunna placeras i övre vänstra hörnet (partikulärt och allvarligt ingripande) och därmed utgöra myndighetsutövning. Men matrisen så som den här är konstruerad syftar till att återge hur doktrin och praxis idag betraktar olika åtgärder. Därför krävs ytterligare modeller för att förklara hur dessa åtgärder inte faller inom området för myndighetsutövning trots att de är både partikulära och allvarliga. Denna fråga hanteras i nästa avsnitt.

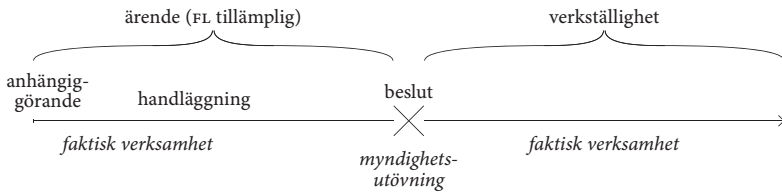
#### 3.3.5 KONSUMTION AV MYNDIGHETSUTÖVNING I BESLUT

Som vi såg ovan i avsnitt 3.1.7 verkar också vissa ageranden som objektivt utgör myndighetsutövning mot tjänstepersoner vara »konsumerade» i en liknande mening då de är delar av ett internt ärende. En långsökt bild är att dessa åtgärder och beslut riktade mot myndighetspersonerna bara verkställer beslutet om att anställa dem i syftet att bedriva verksamheten. Ett mer tydligt och som sådant allvarligare fall såg vi i avsnitt 3.2.2 där personer som är frihetsberövade inom ramen för exempelvis ett fängelsestraff, tvångsvård eller häktning är underkastade åtgärder under verkställigheten som annars hade betraktats som myndighetsutövning.

Om än det inte går att presentera en enda säker bild eller beskrivning av vad alla författare i doktrinen, eller för den delen lagstiftare

<sup>800</sup>Objektivt här i betydelsen i avsnitt 3.3.5, det vill säga att åtgärden om den vore självständig hade utgjort myndighetsutövning, men när den inte är det konsumeras av det centrala beslutet.

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag



Figur 3.3: Myndighetsutövningsärendets struktur med handläggning och verkställighet betraktade som faktisk verksamhet.

och domstolar, menar med myndighetsutövning framträder ändå vissa centrala drag. En sammanfattning av dessa finns i figur 3.3.

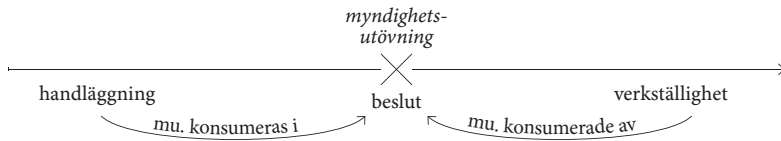
Här utgörs det centrala i förvaltningens verksamhet av det slutliga beslutet som i sig kan innebära myndighetsutövning. All övrig verksamhet, eller alla andra åtgärder som vidtas av tjänstepersoner inom ramen för förvaltningsverksamheten, är som utgångspunkt faktisk verksamhet och hamnar därmed inte i sökljuset för de krav som ställs upp för själva beslutet.<sup>801</sup> Både handläggningsåtgärder, som bara kan överklagas i och med det slutliga beslutet, och som regel hela verkställigheten av beslutet, är uteslutna från att betraktas som myndighetsutövning i sig.

Undantag finns såklart, exempelvis interimistiska beslut och särskilt allvarliga verkställighetsåtgärder – det är också själva poängen här. Det är dock bara fläckvis som dessa i sig går att överklaga eller som de aktualiserar de generella reglerna om motivering, partsinsyn, etcetera i FL. Men som konstaterats ovan innebär denna systematik att åtgärder som objektivt utgör myndighetsutövning, det vill säga som ingriper i enskilds rättssfär på ett allvarligt sätt, även om de förekommer under handläggning eller verkställighet, som utgångspunkt inte betraktas som myndighetsutövning. Därför kan en mer lämplig bild eller systematisk framställning vara figur 3.4, där alla åtgärder av myndighetsutövningskaraktär konsumeras i det centrala beslutet.

<sup>801</sup> För genomgång av dessa centrala aspekter, se ovan kapitel 2.16.3 eller i doktrinen exempelvis Strömberg och Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*.



### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling



Figur 3.4: Åtgärder av myndighetsutövningskaraktär (»mu.» i figuren) under ärendehandläggningen konsumeras av beslutet och dito under verkställigheten anses redan konsumerade av beslutet som verkställs.

En effekt här är att en handling som inte föregås av något formligt beslut, exempelvis en rent fysisk åtgärd eller ett uttalande av en tjänsteperson, kan retroaktivt definieras som myndighetsutövning och därmed få ta platsen av ett beslut. Det är till denna grad som förvaltningsrätten hittills behövt definiera en viss i tiden specificerad punkt så som sätet för det normala, för beslutet. Men om ett formligt beslut finns, exempelvis i formen av en straffdom, blir som utgångspunkt hela verkställigheten av detta beslut »bara» verkställighet. De åtgärder som ett faktiskt frihetsberövande med allt som följer därav i form av åtgärder mot den enskilde innebär hade utan domen som samlande fokus (eller syndabock) varit tveklösa exempel på flera fall av myndighetsutövning. Domen eller det överordnade beslutet *konsumerar* här åtgärderna som verkställigheten innebär.

Poängen med att beskriva verksamheten på detta sätt är att sätta ljuset på att åtgärder som i sig är allvarliga och ingripande för den enskilde definitivt förekommer under både handläggning och verkställighet av beslut. Den traditionella beskrivningen har från början bortsett från och därmed dolt detta faktum, eftersom myndighetsutövningsbegreppet bara betraktats som relevant vid ett beslutsögonblick. Att som här skilja mellan *myndighetsutövning i ett beslut* och *konsumerad myndighetsutövning*, innebär inte nödvändigtvis att exempelvis rätten att överklaga beslut skall erkännas för alla myndighetsutövningsåtgärder.

Förvisso är det intressant att se vad utvecklingen till följd av senaste FL-reformen kommer innebära, då utrensandet av myndighetsutövningsbegreppet uttalat syftar till att just låta FL:s regelverk

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag

utökas till fler åtgärder än tidigare.<sup>802</sup> Här är dock för tidigt att säga vad det kommer ha för effekt i praxis.

För den rättsvetenskapliga behandlingen av förvaltningens verksamhet kan dock en distinktion mellan myndighetsutövning i objektiv mening och konsumtion av myndighetsutövning i beslut oavsett ha ett värde som en bättre beskrivning av den faktiska karaktären hos verksamheten.

#### 3.3.6 DEN SPECIELLA FÖRVALTNINGSRELATIONEN

Det har i andra rättsordningar utvecklats särskilda rättsliga institut och begrepp för att hantera den speciella situation som exempelvis anställda i förvaltningen, skolelever eller fångar befinner sig i. Den tyska rätten har tidigare begagnat sig av begreppet *besonderes Gewaltverhältnis*, den särskilda maktrelationen, ibland *Sonderrechtsverhältnis*.<sup>803</sup> Tuori diskuterar principerna som lösningar på frågan

<sup>802</sup>»När myndighetsutövningskravet tagits bort från ett antal centrala bestämmelser i lagen, blir konsekvensen också att dessa bestämmelser får en bredare tillämpning och som utgångspunkt ska tillämpas i alla ärenden. Det gäller bland annat reglerna om partsinsyn, kommunikation och motivering. Olika begränsande bestämmelser har dock liksom tidigare utformats. T.ex. får kommunikation och motivering underlåtas om det framstår som uppenbart obehövligt.» Sterzel och Marcusson, »Introduktion till den nya förvaltningslagen», 406.

<sup>803</sup>För en kort historisk kommentar, se Stolleis, »Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft», 113f. Ursprunget till begreppet, som 1923 var omstritt, ligger hos Paul Laband enligt Otto Mayer: »Als Gewaltverhältnis mag man die umfassende rechtliche Abhängigkeit bezeichnen, in welcher der Untertan zum Staat steht. Hier ist das Besondere Gewaltverhältnis gemeint als die verschärfte Abhängigkeit, welche zugunsten eines bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle Einzelnen, die in den vorgesehen besonderen Zusammenhang treten. Beispiele liefern die Dienstgewalt über die Beamten (unten § 45), die Überwachungsgewalt über die Benutzer gewisser Einrichtungen des Zoll- und Steuerwesens (unten § 28), die Anstaltsgewalt über alles, was in den Betrieb der öffentlich Anstalt aufgenommen ist (unten § 50).» Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht. Erster Band*, 101f. Utvecklingen av begreppet och dess lära avhandlas i Wenninger, *Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis*, särskilt kapitel 5. Mayer kan kallas upphovsman till själva läran, ibid, 130. Jämför senare exempel från 1980-talet om skolplikt och elever, under rubriken »Schulverhältnis und Schulgewalt»: »Innerhalb der Schulanstalt stehen ihre 'Benutzer' in einem

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

om lagens och statens självbegränsning där både *besonderes Gewaltverhältnis* (specific power relation) och *Anstaltsgewalt* (institution power) är i motsättning till idén om en allmän maktrelation (»general power relation») där staten är bunden av rättsstatliga principer när den utövar makt över den enskilde/medborgaren.<sup>804</sup>

Alla medborgare är underkastade statens suveräna makt, men vissa är underkastade en »tighter and more accentuated subordination» – den särskilda maktrelationen eller speciella förvaltningsrelationen.<sup>805</sup> Den speciella förvaltningsrelationen rör främst tjänstemän och de som befinner sig frivilligt eller ofrivilligt i offentliga institutioner – fängelser, sjukhus, skolor.<sup>806</sup> Här finns ett stort utrymme för vad som ovan benämns som oreglerad förvaltning, där det offentliga organet självt, utan särskilt lagstöd, bestämmer vad som är en lämplig åtgärd gentemot den enskilda.<sup>807</sup>

Under välfärdsstatens framväxt (och i och med en mer utvecklad rättighetsdiskurs) utvecklas rättsstatsidén. Den får sitt intåg även inom förvaltningen som rättigheter och garantier för tjänstepersoner, fångar, elever.<sup>808</sup> I modern tysk doktrin är den speciella förvalt-

besonderen Pflichtenverhältnis (bisher: 'Gewaltverhältnis') zu den Schulorganen, insbesondere zu den Lehren.», Münch och Badura, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 789.

<sup>804</sup>Tuori, *Critical Legal Positivism*, 221.

<sup>805</sup>Notera den etymologiska närheten mellan orden våld/*Gewalt* och förvaltning/*Verwaltung*.

<sup>806</sup>*Critical Legal Positivism*, 221.

<sup>807</sup>Jämför angående Mayers anstaltsrätt: »Hinter all den Beispielen wie Krankenanstalten, Armenhäusern, Schulen usw. als Anwendungsfällen eines allgemeineren Begriffes steht das gemeine Recht der Anstaltsgewalt, wie sie aus dem Wesen der öffentlichen Anstalt von selbst sich ergibt, ohne gesetzliche Grundlage.», Weninger, *Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis*, 131 med citat från Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, 336. Det vill säga, utan lagstöd, ger anstalten sig själv rätten. Mayer diskuterar detta som ett undantagstillstånd (*Ausnahmezustandes*).

<sup>808</sup>Tuori, *Critical Legal Positivism*, 221. Detta är också kopplat till det ökade kravet på lagstöd för ingrepp i den enskildes rättssfär, vilket under den tidigmoderna epoken av suverän maktutövning från monarken inte krävdes när det rörde sig om personer som befann sig i *besonderes Gewaltverhältnis*. »Nach in der konstitutionellen Monarchie vorherrschenden Rechtsauffassung war das besondere Ge-

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag

ningsrelationen inte längre relevant, då allt sorteras in under den allmänna förvaltningsrelationen.<sup>809</sup> Istället för två klasser av enskilda som har olika rättigheter, blir utgångspunkten att alla relationer är av typen allmän maktrelation eller förvaltningsrelation, vad vi idag kallar den vertikala relationen mellan det allmänna och det enskilda.<sup>810</sup> Vi kan dock, i linje med den här genomförda studien, konstatera att denna allmänna maktrelation inte har vunnit någon fullständig utbredning inom förvaltningens inre angelägenheter och för de tjänstepersoner som arbetar där.<sup>811</sup> Här fortsätter utgångspunkten att vara att tjänstepersonen står i en särskild och inte rättsstatligt präglad relation till sin arbetsgivare.

Även situationen för exempelvis skolelever, frihetsberövade eller för de som befinner sig i de facto tvingande arbetsmarknadsåtgärder för att kunna åtnjuta ersättning från socialförsäkringssystemet befinner sig i något kvalitativt annorlunda än den relation som präglar partsärenden i allmänhet. Trots att studenter i högskolan studerar frivilligt, är de ändå underkastade vissa disciplinsystem

waltverhältnis – der Name deutet dies schon an – ein im wesentlichen rechtsfreier Raum. Für das besondere Gewaltverhältnis galt kein Gesetzesvorbehalt, vielmehr sollten in ihm Regelungen auch ohne gesetzliche Ermächtigung zulässig sein.» Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 307.

<sup>809</sup>Jämför Wenninger, *Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis*, 4, 220. Historiskt hade perioden 1933-1945, då den liberala rättsstaten de facto upplöstes till förmån för den nationalsocialistiska, en inverkan på begreppets minskade ställning, jämför *ibid*, 215f.

<sup>810</sup>Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 308.

<sup>811</sup>Sundberg talar om skillnaden mellan inre och yttre förvaltningsrättsförhållanden. Yttre motsvarar det jag här talar om som den allmänna förvaltningsrelationen. De inre handlar om »när förhållandet består inom den offentliga förvaltningsorganisationens ram: mellan statsmyndigheter eller andra förvaltningsorgan eller mellan ett förvaltningssubjekt och en där i offentligrättslig ordning anställd befattningshavare i denna hans egenskap.», Sundberg, *Grunddragen av allmän förvaltningsrätt*, 41f. Jämför i tysk doktrin från 1982 om att inte heller i den situation som den anställde eller tjänstepersonen befinner sig i spelar distinktionen mellan speciell och allmän förvaltningsrelation någon roll, där det istället beskrivs som ett »Organisation-Organwalter-Verhältnis», Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 311. Se även Wenninger, *Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis*, 221.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

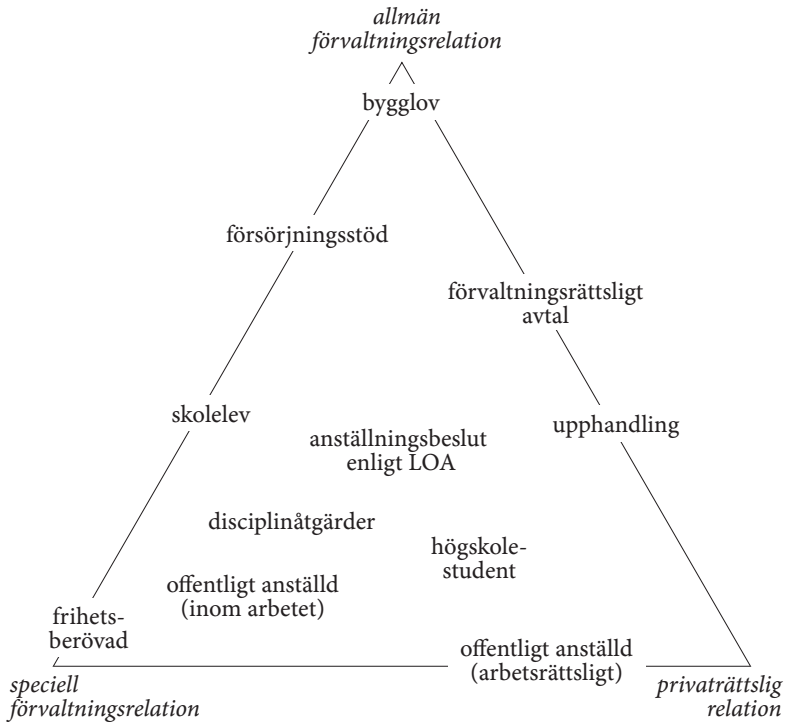
och befinner sig i den meningen närmare den speciella förvaltningsrelationen än de andra två polerna.<sup>812</sup>

Utgångspunkten i svensk offentligrätt och juridiskt tänkande överhuvudtaget har varit att det finns en dikotomi mellan privaträttsliga och offentligrättsliga relationer. Denna distinktion har bland annat använts som ett avskiljande kriterium mellan rättsområdena civilrätt och offentligrätt. Till denna distinktion skulle en tredje typ av relation kunna fogas, och därmed ge ett ytterligare verktyg för doktrinen att beskriva diverse rättsliga fenomen och relationer. Men det skulle också förstärka värdet av de två traditionella begreppen då de skulle ingå i ett mer komplext fält av beskrivning. Den *speciella förvaltningsrelationen* kan användas som ett nytt systematiskt begrepp för att beskriva vissa typer av rättsliga situationer.

Dessa tre relationer utgör antingen *idealtyper*, mot vilka diverse knippen av rättsförhållanden svarar mer eller mindre. Eller så kan de, kanske mer lämpligt, ses som tre *axlar* eller *dimensioner* mellan vilka olika rättsliga situationer kan utplaceras. Olika rättsliga situationer är alltså inte det ena eller andra, enskilda befinner sig inte antingen i den speciella förvaltningsrelationen eller den allmänna förvaltningsrelationen, utan någonstans på en skala eller ett fält mellan de tre polerna. Se figur 3.5.

<sup>812</sup>Strömberg och Lundell, *Speciell förvaltningsrätt*, 212f. De olika graderna av intensitet i den speciella förvaltningsrelationen är också en del av den tidigare tyska doktrinen begrepp: »Besondere Gewaltverhältnisse sind nach herkömmlichem Verständnis solche Rechtsverhältnisse, in denen nicht alle, sondern nur einige der Staatsgewalt unterworfenen Rechtssubjekte stehen, die hierbei einer Pflichtensteigerung unterliegen. Sie weisen unter sich eine Abstufung in der Intensität dieser Pflichtenstellung auf, die vom Strafgefangenenverhältnis über das Soldatenverhältnis, das Beamtenverhältnis, das Schülverhältnis in der Pflichtschule und dasjenige in der weiterführenden Schule bis zum Hochschülerverhältnis ein deutliches Gefälle zeigt; öffentlichrechtliche Benutzungsverhältnisse – Rechtsverhältnisse zu geschlossenen und nicht geschlossenen Anstalten – lassen dies gleichfalls erkennen. Schon hieraus ergibt sich, daß nicht nur die besonderen Gewaltverhältnisse unter sich, sondern auch diese einerseits und das allgemeine Gewaltverhältnis andererseits lediglich eine graduelle Abstufung von Pflichten bedeuten, nicht aber einen Prinzipiellen Gegensatz darstellen.» Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 307.

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag



Figur 3.5: De tre typerna av relationer: allmän och speciell förvaltningsrelation samt privaträttslig

Det måste kanske påpekas att det inte finns några gradmarkeringar på axlarna som visar några exakta data på hur mycket dimensionerna präglar en viss relation eller ett specifikt fall. Inte heller kan avstånden eller de relativa positionerna mellan de utplacerade rubrikerna i grafen visa på några inbördes exakta relationer. Istället utgör både helheten och detaljerna i den här visualiseringen endast en utgångspunkt för mer preciserade resonemang om olika rättsliga fenomen, institutioner och situationer. Den är inte lämpad för några pseudomatematiska beräkningar av positionen för en viss rättslig situation.

### Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling

Den *allmänna förvaltningsrelationen* är den vertikala relationen mellan det offentliga och den enskilda, som präglas av asymmetrisk maktutövning, ensidiga beslut och tålande av inskränkningar i den enskildes rättsfär. Detta är, som konstaterats åtskilliga gånger i detta arbete, den centrala utgångspunkten för och den bakomliggande rättsliga relation som gör den traditionella förvaltningsrätten meningsfull. Denna relation är vad som motiverar myndighetsutövningsbegreppet och de procedurella skydd av individens rättsfär inom det rättsstatliga paradigmet.

De *privaträttsliga relationerna* är de som principiellt baseras på avtalsfrihet och horisontellt balanserade maktpositioner. Dessa ingår av enskilda fysiska och juridiska personer, men även offentliga organ som kan agera privaträttsligt. Det finns dock två huvudsakliga typer av inskränkningar i det privaträttsliga perspektivet som behöver beaktas. Det ena är de inskränkningar i avtalsfriheten som följer av allmänna regler och principer i exempelvis avtalslagen kring skälighet, ogilthetsgrunder eller skydd mot brottsliga förfaranden som bedrägeri samt sådana allmänna inskränkningar som följer av konsumentlagstiftning som syftar till att skydda den svagare parten när den formellt horisontella relationen i praktiken är asymmetrisk. Den andra typen av inskränkningar består av en mångfald olika varianter på förhandling och avtalsingående som vi finner i exempelvis upphandlingsförfaranden och i de ovan diskuterade förvaltningsrättsliga avtalen. Inskränkningen består i de senare fallen i att relationen närmar sig den allmänna förvaltningsrelationen, vilket betyder att den består av offentligrättsliga inskränkningar på avtalets innehåll eller procedurella krav som kringskar processen.

Den *speciella förvaltningsrelationen* är då den tredje typen av relation mellan det offentliga och vissa »enskilda». Enskilda här i citattecken eftersom denna term inte skall förstås enbart i den betydelse som den haft i den allmänna förvaltningsrelationen eller den privaträttsliga relationen. Den enskilda personen som befinner sig nära den speciella förvaltningsrelationen utmärks av att inte befinna sig i den rättsliga frihet som präglar den privaträttsliga situationen eller i det rättsliga tålandet uppvägt av skyddsregler och rättsmedel

### 3.3. Nya begrepp och analytiska förslag

som präglar den allmänna förvaltningsrelationen. Istället är den enskilde till större eller mindre grad bunden av och får tåla de åtgärder som det offentliga kräver av henne. Närmast idealtypen (i svensk rätt) finner vi någon som är frihetsberövad genom häktning, i fängelse eller är tvångsvårdad.<sup>813</sup> Utgångspunkten är att denna person får tåla de åtgärder som verkställigheten av beslutet eller domen innebär. Den myndighetsutövning som det ursprungliga beslutet innebär ligger fast och inga rättsmedel (förutom de extraordinära som resning eller nåd) återstår för den enskilde att ta till för att häva detta beslut. Så länge åtgärder av myndighetutövningskaraktär mot den enskilde håller sig under en viss tröskel, är de konsumerade av det ursprungliga beslutet.

Som kan konstateras är den som befinner sig i en speciell förvaltningsrelation inte strikt rättslös, då det både finns möjlighet att klaga mot sådant som går över tröskeln för ren verkställighet och de extraordinära rättsmedlen alltid återstår. Men jag hävdar att vi ändå har att göra med en kvalitativt annorlunda situation än den som exempelvis en enskild som ansöker om bygglov befinner sig i.<sup>814</sup>

Motsvarande men mindre ingripande situationer befinner sig personer som exempelvis går i grundskola under skolplikt i. Även tjänstepersoner i offentlig tjänst, har att tåla order från sina chefer att genomföra olika arbetsuppgifter. Dessa order är inte enbart grundade i det privaträttsliga ingåendet av ett anställningsavtal, utan följer av offentlighetsrättsliga regler. Det finns som utgångspunkt få rättsmedel för den enskilda tjänstepersonen att tillgripa om hon inte vill följa sådana interna anvisningar. Även personer som i praktiken är beroende av offentligt stöd, som exempelvis försörjningsstöd, befinner sig någonstans i gränslandet mellan den speciella och den allmänna förvaltningsrelationen.

Syftet med denna genomgång är inte att presentera någon uttömmande, eller än mindre precis, taxonomi av rättsliga relationer

<sup>813</sup>För ett exempel på personer som de facto befinner sig i en än mer frihetsberövad position kan fångar i fängelset vid Guantanamo Bay vara ett möjligt exempel.

<sup>814</sup>Bara en talande aspekt är att bygglovet söks på initiativ av den enskilde, och att ingen negativ rättskraft inträder som hindrar den enskilde att söka på nytt.



### *Kapitel 3. Allmänna läror och begreppsutveckling*

och deras position i det tredimensionella fältet som den speciella förvaltningsrelationen genererar. Men en kombination av ovanstående beskrivningar och modeller kan vara värdefulla i försök att bättre och mer precist beskriva rättsliga relationer och situationer som de olika aktörerna inom den offentliga förvaltningen befinner sig i. Olika begrepp kan vara nödvändiga för att beskriva olika aspekter av förvaltningen som verksamhet och här utgör den tredelade distinktionen ett komplement till den traditionella skillnaden mellan offentligt och privat.

## KAPITEL 4

# MOT EN FRAMTIDA STATSLÄRA

Det blir nu nödvändigt att avsluta och sammanfatta detta arbete. Följande avsnitt tar upp centrala frågor för de föregående tre kapitlen och försöker sedan peka vidare mot några av de frågor och forskningsuppgifter som ligger för offentlighäkten i allmänhet och dess allmänna läror i synnerhet.

### 4.1 POTENTIA, KONKRET ORDNING OCH POLITI

Ovanstående arbete har drivits av en tes, som i sig är resultatet av den forskningsprocess som själva studien består i. Idén att förvaltningen primärt skall betraktas som verksamhet har varit både den drivande idén och samtidigt det som skall ha belagts och gjorts trovärdigt.

Den faktiska verksamheten har förvisso varit en blind fläck inom den allmänna förvaltningsrätten och överlag inom den offentliga rättens behandling av den offentliga förvaltningen. Undersökningens primära källa har varit en sammanställning och analys av de bidrag i doktrin, förarbeten och praxis som hittills beskrivit detta begrepp för sig och i relation till övriga förvaltningsrättsliga begrepp. Dock har studien inte enbart bidragit till att sammanfatta de spridda fragment om faktiskt handlande som gått att finna. De nya begrepp och systematiseringar som jag i föregående kapitel presen-

## *Kapitel 4. Mot en framtida statslära*

terat utgör några första utkast till en mer sammanhängande allmän lära, eller flera, för offentligrätten.

Men det än viktigare resultatet av undersökningen är att hela den offentligrättsliga disciplinen, och särskilt förvaltningsrätten, inte bara bör behandla den faktiska verksamheten som en viktig komponent utan snarare bör ta den som primär utgångspunkt. Detta resultat, som som sagt fungerat som en tes genom arbetet, är ett förslag till en ny ontologi, en idé om den offentliga verksamhetens vara.

Som jag påpekat i inledningskapitlet (avsnitt 1.3) är de allmänna lärorna här inte enbart en systematisering av eller ett normativt perspektiv på de positivrättsliga normerna. Det börjar i ett försök att erbjuda en bättre, i betydelsen mer realistisk, beskrivning av vad den offentliga rätten är, det vill säga en ontologi. Utgör då min centrala tes, att förvaltningen är faktisk verksamhet, ett inomrättsligt påstående eller en extern filosofisk-teoretisk ståndpunkt, en ontologisk förutsättning? Låt oss försöka besvara den frågan utifrån de teoretiska utgångspunkterna i kapitel 1.

Med Foucault och Agamben konstaterade jag inledningsvis att denna studie och, hävdar jag, offentligrättens centrala problem är och bör vara förvaltningen snarare än suveräniteten. Som förklaringsmodell är inte det monocentriska perspektivet, fokuserat på den centrala maktinstitutionen (kungen, regeringen, ...), framkomligt. Istället behöver blicken riktas mot de verksamheter och sociala relationer som förvaltningen består i. I det samfällda handlande som Arendt definierade eller i den konkreta ordning som Schmitt utifrån Romanos institutionella teori utvecklade, finner vi ett teoretiskt perspektiv som i en viktig mening överbryggat själva frågan om inomrättsligt och utomrättsligt. Om vi betraktar den rättsliga verksamheten utifrån ett (med Schmitts begrepp) normativistiskt perspektiv, det vill säga tänker på det som bestående primärt av skrivna eller uttolkade normer, kan vi konstruera dikotomin mellan inom- och utomrättsligt utan problem. Här blir den verksamhet som pågår i förvaltningen bara inomrättsligt relevant då den består i

#### 4.1. *Potentia, konkret ordning och politi*

genomförandet eller följandet av vissa normer så som de definierats inom den juridik som vi betraktar som den interna.

Det främsta problemet med en sådan syn är hur vi på ett meningsfullt sätt skall förstå övergripande ideologiska föreställningar om rättsstaten, specifika konstitutionella formuleringar om att den »offentliga makten utövas under lagarna» (RF 1:1) eller detaljerade lagregler om hur förvaltningsverksamheten lagligen skall bedrivas. Om vissa, omfattande, verksamheter så att säga faller utanför det rättsliga verkar alla dessa integrerade delar av den demokratiska rättsstaten bli problematiska ickefrågor. All offentlig *makt* må i så fall utövas under lagar (eller böra så), medan all offentlig *verksamhet* inte gör det.

Men den fråga som ändå kvarstår är vad för bas, substrat eller grund som förvaltningsrätten har. Normerna upprätthålls inte av sig själva, juridiken tillämpar inte sig själv. Det som då visar sig är att det som tillsynes vore det externa, det utanför rättsordningen, utgör dess egentliga grund. De handlingar som antingen »bara» är utförandet av normerna så som juridiken producerat dem, eller som är helt irrelevanta genom att inte vara direkt kopplade till verkställandet av någon norm, visar sig från detta nya perspektiv vara själva basen för juridikens existens överhuvudtaget. Förvaltningens månghövdade och heterogena kropp är det som upprätthåller rättsordningen.

I den meningen upphävs själva dikotomin intern/extern från det ontologiska perspektivet. Det vill säga, det är inte problematiskt att in- och utdefiniera olika handlingar eller fenomen som rättsliga eller inte om man så vill. När det gäller den offentliga rättens vara som sådant, dess ontologiska status, är den dock helt avhängig en omfattande mängd verksamheter som vi kallar offentlig förvaltning. Det är därmed inte juridiken som producerar verksamheten, utan verksamheten som producerar juridiken.

Som konstaterades i kapitel 1 är politivetenskapen en av de tidigare diskurser som antog ett bredare perspektiv på förvaltningen som verksamhet. Det finns dock inget särskilt att sörja eller kritisera i att detta i viss mening bredare vetenskapliga perspektiv gick i gra-

#### *Kapitel 4. Mot en framtida statslära*

ven under den rättsstatliga eran. Politivetenskapen var tätt knuten till ett normativt perspektiv som syftade till att skydda ett allmänt, suveränt, prerogativ. Det vill säga statens relativa frihet att agera som dess representanter själva fann lämpligt. Det som gick förlorat i den attack på denna suveränitetsideologi som det rättsstatliga paradigmet bestod i var att den suveräna makt som ändå utövas inom den offentliga förvaltningens verksamheter till stor del doldes.

Detta paradoxala resultat skall inte ta bort de faktiska framsteg som rättsstaten gjort för att den enskildes rättssäkerhet.<sup>815</sup> Fastighetsägaren som söker bygglov, den fattige som söker understöd eller fången som kräver sina rättigheter har på många sätt en helt annan skyddad position idag än under mitten av 1800-talet. Men dessa framsteg döljer ändå den mer grundläggande och allmänna makt som staten utövar genom sina olika verksamheter. Av flera skäl kan därför vägen framåt inte vara en återgång till politivetenskapen. Att uppmärksamma den polisiära aspekten av den offentliga förvaltningen är dock mer produktivt än att försöka förtränga det faktum att makt utövas på ett diffust och ofta ogreppbart sätt.

Som ett exempel: att beakta de relativa maktspektrerna i exempelvis skolans verksamhet, även utanför de åtgärder som definieras som myndighetsutövning. Som Arendt påpekat är makt ett resultat av mellanmänsklig interaktion och ingen social sfär är därmed fri från makt. Den offentliga verksamheten är här inget undantag. Detta faktum resulterar dock i en särskild rättslig problematik i och med legalitetsprincipens normativa position inom den moderna rättstatsideologin: hur vi rättsligt kan beskriva den makt som utövas i förvaltningen.

Jag har i detta arbete försökt bidra till utvecklandet av en sådan teori, med utgångspunkt i den politiska jurisprudence som en bredare syn på den offentliga rätten, samfällt handlande och konkret ordning som den materiella basen för det offentligas verksamhet och inspirerat av den politivetenskapliga insikten om statens relativa frihet att agera. Förvaltningsrättens principiella fokus på ärendet och beslutet framför den faktiska verksamheten har lett till att den

<sup>815</sup>Jämför Lebeck, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, 431.

#### 4.1. *Potentia, konkret ordning och politi*

inte kunnat synliggöra den maktutövning som försiggår i den offentliga förvaltningen.

En annan brist jag försökt åtgärda med detta arbete ligger så att säga i andra änden av den offentlighetsrättsliga behandlingen av den offentliga förvaltningen. Om de allmänna lärorna å ena sidan är teorier om hur vi i grunden skall förstå vad offentlig förvaltning är, så finns i andra änden av offentlighetsrätten de förvaltningsrättsliga begreppen. Här, på det metaforiska golvet, finns en liknande brist som i den teoretiska övervakningen. Förarbetena till 2017 års FL innehåller inga utvecklingar av de förvaltningsrättsliga begreppen. Inte heller doktrinen har hunnit med. Det tål att åter påpekas att jag inte föreslår någon destruktion av de begrepp som doktrin och praxis faktiskt utvecklats. I den meningen är jag kritisk till Ragnemalms val att utrensa myndighetsutövningsbegreppet, inte bara för att det inte löser något egentligt problem, utan för att vi ändå under övermåttlig framtid kommer behöva hantera myndighetsutövningsbegreppet oavsett om det återfinns i FL eller inte. Hela disciplinen utgår från de centrala begrepp som utvecklats inom ramen för 1971 och 1986 års FL, i vissa fall redan etablerade långt innan denna kodifiering. Dessa centrala begrepp – ärende, beslut och myndighetsutövning – är imponerande bedrifter. Deras utveckling i lagstiftningsarbetet, doktrin och rättspraxis har varit avgörande delar i att den svenska förvaltningsrätten utvecklats till att garantera en alltmär rättssäker sfär av offentlig verksamhet.<sup>816</sup> Men tiden har kommit för att överskrida detta paradigm.

Det går att tolka avsaknaden av utvecklingar av begreppen som att inget egentligen hänt, att 2017 års lag bara utgör en gradvis utveckling av tidigare förvaltningslagar. Jag menar snarare att behovet av nya och utvecklade allmänna läror bara ökat i och med denna senaste reform.

Ett anekdotiskt men talande exempel på denna brist på allmänna läror och på utvecklade begrepp finns i den nyinförda formuleringen av legalitetsprincipen i 5 § FL: »En myndighet får endast vidta åtgärder som har stöd i rättsordningen.» Denna formulering

<sup>816</sup>Jämför här diskussionen i Naarttijärvi, »Kvalitativ legalitet».

## Kapitel 4. Mot en framtida statslära

förvånade de flesta uppmärksamma läsare när den dök upp i regeringens proposition.<sup>817</sup> Ragnemalms förslag i den ursprungliga utredningen var att legalitetskravet, som huvudsakligen är en repetition eller förtydligande av det legalitetskrav som uttrycks i 1 § 3 RF, skulle formuleras: »En myndighet får endast vidta åtgärder som har stöd i lag eller annan föreskrift.»<sup>818</sup> Vad lag och föreskrifter är för något är såpass välbekant som begrepp utvecklade i doktrin, förarbeten och praxis kan vara. »Rättsordningen» däremot – vad är det? Det är inte en term som har en entydig och avgränsad betydelse i den juridiska eller rättsvetenskapliga litteraturen. Hur vet vi vad som ingår i rättsordningen? Varför behövdes överhuvudtaget en annan formulering? Troligen, eller förhoppningsvis, kommer denna överraskning som dykt upp under behandlingen på justitiedepartementet inte ha någon stor återverkan på myndigheternas verksamhet.<sup>819</sup>

Men vad detta exempel, tillsammans med föregående kapitel, ändå visar är hur mer arbete krävs både när det gäller den allmänna teoretiseringen, lärorna om den offentliga rätten, och när det gäller de förvaltningsrättsliga begrepp som i praktiken skall organisera tänkande och agerande utifrån de rättsliga normerna.<sup>820</sup>

<sup>817</sup>Prop 2016/17:180, 7. Troligen har formuleringen samband med viss kritik framförd av lagrådet, se Lagrådsremiss: En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag, 5f och Lebeck, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, 129ff. På seminarier i Lund och Uppsala diskuterades denna formulering med ömsom höjda ögonbryn och lågmält irriterade röster. Skeptiska röster har även börjat dyka upp i doktrinen, se Naarttijärvi, »Kvalitativ legalitet», 210.

<sup>818</sup>SOU 2010:29, 185.

<sup>819</sup>Här håller jag med både om kritiken och det mer återhållsamma lugnet hos Åhman, »Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag».

<sup>820</sup>Här är Herlitz uppmaning och uppfordran från 1937 ännu lika giltig: »Om man sålunda betonar förvaltningsrättens plikt till självbesinning, ligger däri tillika en erinran om de väldiga arbetsuppgifter den har framför sig. Man kan gripa in snart sagt var som helst på det vidsträckta fältet; överallt skall man finna jungfrulig mark, som väntar på plogen. Arbetet är kanske icke lockande för den, som vill kunna gå ända till botten med ett vetenskapligt arbete; därtill är tiden i stort sett knappast mogen. Men där är fullt upp att göra för den, som vill bryta nya vägar. Det finnes stora uppgifter, och det finnes små; nya rön och iakttagelser av betydelse för vetenskapens utveckling kunna göras även med en föga vidlyftig veten-

## 4.2 RATIONALISERING AV VERKSAMHET I CENTRALA BEGREPP

Det som konstaterats i kapitel 2 är att begreppen ärende, beslut och myndighetsutövning fungerat som rationaliseringar eller annorlunda uttryckt, förklaringar av hur den offentliga förvaltningen som verksamhet juridiskt skall förstås. Förvaltning har, som konstaterats här, funnits över lång tid något beroende på hur man definierar begreppet. Med Sundbergs vida definition av termen är förvaltning snarast en grundläggande mänsklig egenskap, och i rättslig mening ägnar sig alla rättssubjekt åt förvaltning. Även om man väljer en snävare väg och observerar den offentliga förvaltningens framväxt under början av 1800-talet ser vi att de praktiker som senare sorteras in under den offentliga förvaltningen och dess centrala begrepp fanns innan dessa begrepp utvecklades.

Därmed utgör de olika systematiska förslagen (allmänna läror, om än de inte kallats det) inom den svenska förvaltningsrättsvetenskapen bara olika sätt att begreppsliggöra verksamheterna. Här finns en komplex dialektik som den här studien inte kunnat närmare behandla. Begreppen uppkommer just som begrepp, det vill säga idéer och formuleringar som tillåter oss att greppa vissa företeelser, i en interaktion mellan de verksamheter som begreppen skall beskriva och de beskrivningar som verksamheterna förhåller sig till. Detta är just vad Orford kallar en rationalisering av en viss praktik.<sup>821</sup>

skaplig utrustning. Och den tillfredsställelse arbetet kan skänka ligger icke enbart i de rika möjligheterna till vetenskapliga insatser, utan också och framför allt däri, att förvaltningsrättens vetenskapliga bearbetning är en samhällelig angelägenhet av största vikt, ett led i arbetet på vår rättsordnings hävdande och stärkande, som – icke minst med tanke på förvaltningens ständigt fortgående expansion och på det vida spelrum som därmed kan lämnas åt godtycke och våld – måste betecknas som oumbärligt.» Herlitz, *Föreläsningar i förvaltningsrätt*. 1, 136. Strömberg återupprepade möjligheterna och behovet 1981: »Trots allt som har utträttats under de gångna åren råder det ingen brist på sådana forskningsuppgifter. Det finns fortfarande stora vita fläckar, som väntar på kartläggning och bearbetning.» Strömberg, *Utvecklingslinjer inom den offentliga rätten : avskedsföreläsning*, 11.

<sup>821</sup> Se avsnitt 1.5.1 och avsnitt 1.5.2.



De tidigaste verken, och även de flesta centrala texter som kapitel 2 behandlar, hade ett pedagogiskt syfte. I utbildningen av jurister och andra som skulle bli ämbetsmän fanns ett behov av systematik och begrepp redan av den anledningen att ämnena skulle bli möjliga att undervisa i. Detta har följt den svenska förvaltningsrätten fram till idag, då de centrala verken i doktrinen som behandlar allmän förvaltningsrätt och det vi här kallar allmänna läror samtidigt som regel utgör läroböcker.<sup>822</sup> Till detta kommer andra incitament som driver begreppsproduktionen framåt. Olika författare har vetenskapsteoretiska, ideologiska och normativa utgångspunkter som motiverar ytterligare utveckling av de olika begreppen i vad de anser lämpliga riktningar. Lagstiftaren, genom kommittéarbete, kodifiering och reformer, har också varit en aktör i denna begreppsutveckling. Även när doktrinen främst ägnar sig åt beskrivning av förvaltningsverksamheten så som den förstås ute i den praktiska verkligheten har återkopplingen från de begreppsliggöranden som låg till grund för dessa juristers utbildning redan skapat en cirkel som för tillbaka till den vetenskapliga disciplinen.<sup>823</sup> Enkelt uttryckt: professorerna beskriver förvaltningen med vissa ord, och studenterna som sedan faktiskt utgör förvaltningens och rättsväsendets personal använder dessa ord, vilket i sin tur gör att beskrivningen av de senares verksamhet också görs med dessa ord.<sup>824</sup>

I dessa komplexa interaktioner går det inte att enkelt särskilja beskrivningen från det det beskrivna. Det vi kan konstatera är att i

<sup>822</sup> Detta är en allmän aspekt av rättsvetenskaplig litteratur i den nordiska kontexten, jämför Svensson, »Boundary-Work in Legal Scholarship», 17.

<sup>823</sup> Skapandet av disciplinen är därmed samtidigt en disciplinering: »Det er særlig som undervisnings- og eksamensfag at politirett, administrativ rett og forvaltningsrett har skapt rammer for forståelsen av staten, i hvert fall for juristene. Disciplinene og deres sentrale begreper har vært nødvendige å kunne for å bli jurist. Den som ikke lærte disiplinenes begreper, har møtt sanksjoner: Vedkommende har ikke kunnet uteksamineres som jurist. Å være jurist har medført at man måtte se staten på bestemte måter. Slik har politiretten, den administrative retten og forvaltningsretten bidratt til å disiplinere juristene og deres forståelse av staten og den offentlige styringen.» Eriksen, »Rettslige overgangsformer», 178.

<sup>824</sup> Här är Latours konstaterande om att juridikens begrepp fungerar som dess eget metaspråk särskilt träffande, Latour, *The Making of Law*, 259f.

#### 4.2. Rationalisering av verksamhet i centrala begrepp

detta växelspel, som för svensk del pågått sedan Rabenius *Handbok i Sveriges gällande lagstiftning om förvaltningens organisation och embetsmännen* 1866, har bland en mångfald teoretiska positioner ändå de tre centrala begreppen ärende, beslut, myndighetsutövning utkristalliserat sig. Den ryckvisa utveckling som pågått i doktrinen sedan Rabenius har samtidigt visat på återkommande svårigheter och vad jag ovan kallat fragment till ett alternativt perspektiv.<sup>825</sup> Svårigheterna har handlat om utmaningen att fånga förvaltningen begreppsligt och förvaltningens position som en restkategori inom den offentliga rätten, inom vilken den faktiska verksamheten utgör ytterligare en restkategori i förhållande till komplexet ärende-beslut-myndighetsutövning.<sup>826</sup>

Det finns också en viktig normativ aspekt av rationaliseringen och begreppsbildningen. De begrepp som används för att beskriva förvaltningens verksamhet styr hur denna verksamhet förstås. Jag hävdar att det finns en potential för att bättre greppa de maktaspekter som den offentliga verksamheten med nödvändighet innebär om verksamheten på ett bredare sätt begreppsliggörs. De åtgärder enskilda får tåla och som hamnar i periferin av förvaltningsrätten är inte fria från makt. Ett utökande av kategorierna ärende, beslut och myndighetsutövning till att omfatta all förvaltningsverksamhet verkar inte framkomligt för att komma åt och binda denna maktutövning. Andra begrepp kan därmed normativt leda till en annan kontroll av verksamheten, genom att andra aspekter och delar av den hamnar i sökljuset.

Fragmenten till ett alternativt perspektiv från genomgången i kapitel 2 är de bredare förvaltningsbegreppen hos Rabenius, Reuterskiöld och Sundberg, men även Herlitz, Strömbergs och Wennergrens öppenhet för utvecklandet av rättsvetenskapliga begrepp som inte är bundna av de gängse juridiska begreppen.<sup>827</sup>

<sup>825</sup> Se avsnitt 2.16.5.

<sup>826</sup> Se avsnitt 2.16.2.

<sup>827</sup> Se avsnitt 2.16.5.

### 4.3 MATERIALISTISK REALISM, IMMANENT KRITIK OCH LEGALITET

I det teoretiska perspektiv som jag kallar för en materialistisk rättsrealism finns två grundläggande delar (materialistisk rättsrealism, immanent kritik) och ett viktigt resultat av undersökningen (legalitet som emergent effekt).

Med utgångspunkt i de teorier som presenterades i första kapitlet (se avsnitt 1.4) utvecklade jag i avsnitt 1.5.2 den materialistiska rättsrealismen. Loughlins potestas/potentia, Arendts samfälliga handlande och fokuset på den konkreta ordningen via Schmitt och Romano fungerade just som utgångspunkter. Det realistiska perspektivet drevs här av min sympati med de vetenskapsteoretiska och metodologiska målsättning som de skandinaviska rättsrealisterna utgick från. Problemet med deras projekt var dock att det snarare handlade om en slags *idealistisk* realism, vars fokus rörde olika föreställningar om rätten i människors medvetande. Denna filosofiska idé var ett sätt att bryta sig loss från både ohållbart naturrättsligt tänkande och en fattig positivism som inte ville tänka på vad rätten och lagarna hade för ontologisk status.

Jag har redan utvecklat min syn på realismen (avsnitt 1.4.1) men här kan vara på sin plats att ytterligare utveckla behovet av materialism. Förutom att man av allmänna filosofiska orsaker, eller läggning, kan sympatisera med ett materialistiskt perspektiv, har det funnits särskilda skäl att anlägga just en materialism inom ramen för denna studie. De undanskymda eller delvis bortglömda delarna av den offentliga förvaltningen som benämnts faktisk verksamhet har hamnat i skymundan på ett sätt som motsvarar distinktionen mellan idealism och materialism. De delar av förvaltningsverksamheten som har varit relativt sett lätta att begreppsliggöra har varit förvaltningsakterna, det vill säga komplexet ärende–beslut–myndighetsutövning. Möjligheten att skapa förståeliga begrepp och systematik kring dessa delar av förvaltningsverksamheten har varit driven av olika intressen (rättsskydd, kontrollintressen, etcetera) men inte minst, menar jag, för att begreppen gett ett hanterbart sätt att

### 4.3. *Materialistisk realism, immanent kritik och legalitet*

förstå vad för slags åtgärder som förvaltningens verksamhet består av. Att skapa sig föreställningar om vad för slags rättslig verksamhet som då försiggått i förvaltningen har då passat väl in i den idealistiska, det vill säga på mentala föreställningar fokuserade, rättsförståelsen.

Ett av mina centrala ärenden har varit att istället försöka förstå och beskriva det som inte passat in denna »kärna» av förvaltningsrätten. Det har då också drivit behovet av att titta på de åtgärder och den verksamhet som inte varit föremål för sådana begreppsliga »ideala» föreställningar. Den faktiska verksamheten, som restkategorin utanför komplexet ärende–beslut–myndighetsutövning, har därmed en mer materiell karaktär som sådan. Därmed finns också, utöver mina filosofiska preferenser, en intern motivering till varför studien har antagit ett materialistiskt perspektiv.

För att då följa detta materialistiska perspektiv till en metod med vilken studien kunde genomföras, behövde också metoddiskussionerna i avsnitt 1.5 utvecklas. I linje med det materialistiska perspektivet men också kombinerat med en utveckling av det arbete som doktrinen redan bedrivit och bedriver, blev valet att bedriva en immanent kritik. Det är här värt att upprepa skillnaden mellan den *immanenta* kritiken till skillnad från en *intern* kritik. Å ena sidan handlar det i båda fallen om att använda disciplinens egna begrepp. Å andra sidan är den interna kritiken mer trogen disciplinen, antingen som ett vetenskapsteoretiskt val (rättsdogmatikens prioritering av koherens) eller bara som en psykologisk effekt av insocialisering och lojalitet. Att välja immanent kritik innebär inte att försöket att överskrida dessa lojaliteter är enkelt, men målet blir just att med hjälp av disciplinens egna begrepp överskrida och därmed utveckla dem. Skolexemplet är fortfarande Marx kritik av den politiska ekonomin, som inte uppfann eller importerade nya begrepp utan som omvälvde disciplinen på grundval av dess egna begrepp, deras inkonsekventa användning och behovet av att utveckla dem. Några mer anspråkslösa försök (jämfört med Marx) inom ramen för förvaltningsrätten blev sedan fokus i kapitel 3.

## Kapitel 4. Mot en framtida statslära

Men kapitel 3 utgick också från diskussion om legalitet från i avsnitt 1.2, vilket också innehöll det första centrala resultatet av undersökningen. Idén är här att legalitetsprincipen skall betraktas som en kontingent emergent effekt snarare än en apriorisk förutsättning för offentlig verksamhet. Detta resultat befinner sig också på nivån av det *allmänna* i de allmänna lärorna, då det utgör en övergripande effekt av det materialistiska perspektivet och en utgångspunkt för de begrepp och mer detaljerade systematiska förslagen i kapitel 3.

Som utvecklats i avsnitt 1.2 finns alltid en ofrånkomlig begränsning i normbundenheten i den offentliga verksamheten. Denna begränsning går inte att överbrygga, och någon perfekt rättssäkerhet går därför inte heller att realisera. Graden av legalitet i verksamheten, som också ligger till grund för möjligheten att öka rättssäkerheten, är beroende av hur den faktiska verksamheten konkret inordnas i olika former, procedurer och omgärdas av tillsyn, organisation och inte minst rättsmedel. Legalitet är inget effektivt imperativ utan dess realiserande är beroende av procedurella konkreta förutsättningar – hur saker faktiskt görs i förvaltningen.

Det är intressant att notera att även lagstiftaren, vid den senaste reformen av FL, än tydligare pekat i den riktning som under hela den svenska förvaltningsrätten funnits med som ett implicit och explicit tema: värdet av att kontrollera den makt som de offentliga organen utövar. Under 1900-talet pågick en stadig utveckling där fler och fler delar av förvaltningens verksamhet underkastades mer krävande rättsstatlig reglering, främst med hjälp av indefinieringen av allt fler åtgärder inom ramen för myndighetsutövningsbegreppet. Med utgångspunkt i Ragnemalms utredning påpekar regeringen att den nya regleringen om god förvaltning (5 § FL) syftar till att omfatta »alla typer av åtgärder som vidtas med potentiellt negativa konsekvenser för enskilda».<sup>828</sup> De tre kraven på legalitet, objektivitet samt proportionalitet utgör tillsammans den goda förvaltning som skall vara utgångspunkten i myndigheternas verksamhet. Man konstaterar vidare att detta breda tillämpningsområde innebär att man

<sup>828</sup>Prop 2016/17:180, 63.

#### 4.3. *Materialistisk realism, immanent kritik och legalitet*

undviker »de gränsdragningsvårigheter som annars kan uppkomma när det gäller att i ett enskilt fall skilja på beslutsfattande och faktiskt handlande». <sup>829</sup> Det vill säga: kraven på legalitet, objektivitet samt proportionalitet kan enligt regeringen ha större genomslag om de gäller alla åtgärder som innebär ingrepp i enskildas intresse.

Detta är förvisso lovvärt och som sagt i linje med en lång trend inom offentligheten mot mer legalitet och rättssäkerhet för den enskilde. Men vad innebär exempelvis kravet på legalitet, som utgör en sådan hörnsten i den goda förvaltningen? Inspirationen till införandet av begreppet god förvaltning kommer av allt att döma från europarätten, <sup>830</sup> om än komponenterna legalitet och objektivitet har en historia i både svensk och nordisk förvaltningstradition. <sup>831</sup> Proportionalitetsprincipen har sedan Sveriges ratificering av EKMR och senare inträde i EU kommit att spela en allt större roll. <sup>832</sup> Men är då inte allt så bra det kan vara när det gäller den rättsstatliga regleringen – numer finns ju då ett krav på god förvaltning inklusive legalitetskrav även för den faktiska verksamheten? Problemet är att även dessa försök att utöka de rättsstatliga kraven till den faktiska verksamheten gjorts med utgångspunkt i att de åtgärder som det handlar om är perifera i det offentliga verksamheten och maktutövning. komplexet ärende–beslut–myndighetsutövning utgör fortfarande den antagna kärnan i förvaltningsrätten och den faktiska verksamheten betraktas och behandlas inte mer än som ett bihang till denna.

<sup>829</sup> Prop 2016/17:180, 63.

<sup>830</sup> Sterzel och Marcusson, »Introduktion till den nya förvaltningslagen», 404.

<sup>831</sup> Se Ragnemalms diskussion SOU 2010:29, kap 9.

<sup>832</sup> Åhman, »2 kap. RF, Europakonventionen och EU:s stadga om grundläggande rättigheter – en jämförelse», 475.

En effekt av detta perspektiv är att den centrala bestämmelse<sup>833</sup> som skall utgöra grunden för detta mer omfattande krav på legalitet, även för den faktiska verksamheten, inte har instrumentaliseras eller utvecklats på så sätt att det är tydligt hur den kan komma att ha en inverkan på myndighets- och domstolspraxis. Delvis beror detta på att bestämmelsen är ny, vi vet helt enkelt ännu inte vad den kommer att ha för effekt.<sup>834</sup> Men jag vågar hävda att problemet också ligger i bristen på allmänna läror i övergripande mening, det vill säga ett utvecklat teoretiskt perspektiv på den offentliga rättens grunder. Att anta ett sådant övergripande perspektiv (i mitt fall den materialistiska rättsrealismen) möjliggör i sin tur att utveckla mer detaljerade allmänna läror, det vill säga begrepp och systematiska framställningar.

#### 4.4 SYSTEMATISKA BEGREPP

Utgångspunkten för kapitel 3 är den centrala tesen om att all förvaltning är verksamhet. Mer specifikt är utgångspunkten här att den offentliga förvaltningen primärt är faktisk verksamhet, och att normalfallet för förvaltningen just är denna faktiska verksamhet. Inom denna *faktiska verksamhet i vid mening* finns vissa åtgärder eller verksamheter som bedrivs i rättsliga former av olika procedurella slag. Dessa kristalliseringar i ärenden är det som utgjort det centrala fokuset för förvaltningsrättens begreppsbyggnad. Det som återstår utanför dessa ärenden är *faktisk verksamhet i snäv mening*.<sup>835</sup>

<sup>833</sup>Under rubrikerna »Grunderna för god förvaltning» och »Legalitet, objektivitet och proportionalitet» återfinns: »En myndighet får endast vidta åtgärder som har stöd i rättsordningen.

I sin verksamhet ska myndigheten vara saklig och opartisk.

Myndigheten får ingripa i ett enskilt intresse endast om åtgärden kan antas leda till det avsedda resultatet. Åtgärden får aldrig vara mer långtgående än vad som behövs och får vidtas endast om det avsedda resultatet står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för den som åtgärden riktas mot.», § 5 FL.

<sup>834</sup>»Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag», 463.

<sup>835</sup>Se figur 3.2. Som jag diskuterar i de olika avsnitten under 3.1 betyder inte detta att ärendebegreppet nödvändigtvis har så skarpa gränser, utan ärenden i allmän

Det andra steget som den nya teorin har kunnat ta är några försök att bidra till de allmänna lärorna genom de utvecklade begrepp och systematiska beskrivningar av dessa olika områden av den faktiska verksamheten i vid mening. Wilhelmsson har påpekat att även om man kan vara skeptisk till att bygga »ett stort juridiskt system» så behöver man inte ge upp på »systematiskt juridiskt tänkande».<sup>836</sup> I samma anda har jag i kapitel 3 försökt bidra med utvecklingar av och nya förslag på begrepp inom den offentlighetsrättsliga disciplinen. Utgångspunkten för dessa ansatser är delvis det grundläggande (ontologiska) perspektiv som utvecklats i kapitel 1, men också en ytterligare kritisk läsning i de två första avsnitten i kapitel 3. Dessa två avsnitt (3.1 och 3.2) handlar om de utmaningar som ärendebegreppet har och problem med verkställighetens relation till ärendet och de övriga centrala begreppen. Avsnitten får här utgöra fond för de nya försöken att greppa (att med hjälp av begrepp förstå och beskriva) den offentliga förvaltningens verksamhet.

Hur skiljer sig då dessa försök jag gjort från de rationaliseringar jag beskrivit i kapitel 2? I princip skiljer de sig inte, utan även jag har producerat nya rationaliseringar, begreppslika förklaringar av vad den offentliga förvaltningen är och sysslar med. Skillnaden mot tidigare försök består i 1) det grundläggande teoretiska perspektivet om att vi bör betrakta förvaltningen primärt som verksamhet och 2)

mening förekommer också inom den faktiska verksamheten som ligger utanför regleringen i bland annat FL.

<sup>836</sup>»Det att jag framhäver de små goda berättelserna och betvivlar möjligheten att bygga ett stort juridiskt system innefattar alltså inte ett krav på att man borde avstå från ett systematiskt juridiskt tänkande. Jag vill ingalunda kasta över bord de juridiska begreppen, principerna och de allmänna lärorna, som den finska teoretiska rättsdogmatiken på goda grunder varit så intresserad av. Doktrinen är och bör vara en aktiv deltagare i berättandet. En liten god berättelse kan få sin början i, stödas av eller avslutas i en kreativ insats på den dogmatiska begreppsbildningens område.

De små berättelserna kan m.a.o. också handla om – och bör ofta handla om – hur man skapar nya begrepp och principer. Den lilla berättelsen kan alltså, med Kaarlo Tuoris terminologi, omfatta fenomen som berör såväl rättens ytnivå som dess djupare nivåer. Det kan vara ett mål för den rättsvetenskapliga aktiviteten att få till stånd nya begreppslika sediment på rättskulturens nivå.» Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt*, 236.



de effekter detta har för de specifika begreppsutvecklingarna som är möjliga inom detta perspektiv. Anspråket är därmed å ena sidan radikalt i den meningen att jag vill helt skifta fokus och utgångspunkt för de offentlighetsrättsliga allmänna lärorna och de förvaltningsrättsliga begreppen. Å andra sidan är mitt anspråk relativt modest och utgör snarare ett fortsatt arbete i linje med det som sysselsatt doktrinen under de senaste 150 åren. Som jag påpekat ovan är mitt syfte inte att kasta ut eller förstöra de existerande begreppen, tvärtom är de själva utgångspunkten i de förslag som jag presenterat i avsnitt 3.3. Jag bygger vidare på traditionens resultat under de nya praktiska och vetenskapliga förutsättningar som min samtid erbjuder mig. Detta systematiska arbete är en allmänt erkänd uppgift för rättsvetenskapen. Den grundläggande teoretiska argumentationen är det som också gör detta arbete till ett bidrag till den allmänna rättsläran, utöver att vara primärt ett bidrag till offentlighetsrättens allmänna läror. Som redan påpekats är dessa förslag till begrepp och systematik bara relativt tentativa utkast och på inget sätt uttömmande.

#### 4.5 FRAMTIDA FORSKNING

Därmed har vi nått slutet för avhandlingen, där några framåtriktade reflektioner kan göras. Jag har redan i inledningskapitlet (avsnitt 1.3) beskrivit den bredare syn på offentlighetsrätten som disciplin, bland annat inspirerat av Loughlins politiska jurisprudence, som jag anser bör präglade framtida forskning inom ämnet. Detta är kopplat till det allmänna behovet av att bedriva offentlighetsrättslig forskning i kontakt med trender inom nationell och internationell förvaltning samt offentlighetsrättslig forskning på europeisk och internationell nivå. Utöver att i Sverige inspireras av våra finska kollegors bärande av en tradition om allmänna läror, eller våra norska kollegors praktiska intresse för läror om den faktiska verksamheten, bör vi också lyfta blicken mot Tyskland, Frankrike, Storbritannien och vidare till utomeuropeiska rättsordningar.

Ett sådant intresse och sådan forskning skulle kräva både inhemsk begreppsutveckling, komparativa studier, grundläggande te-

oretisk reflektion, rättshistoriska studier och ytterligare andra perspektiv eller angreppssätt. Specifika förvaltningsrättsliga fallstudier med hjälp av både det övergripande perspektivet i denna studie och de specifika begreppsförslagen skulle vara värdefullt. Detta i och med potentialen att bättre och mer realistiskt beskriva förvaltningen som verksamhet. Men det skulle också vara teoretiskt värdefullt då själva teorins värde inte kan bedömas förrän den på allvar prövats i det vetenskapliga arbetet.

En ytterligare rättsvetenskaplig möjlighet är också att det grundläggande perspektivet att betrakta rätten som verksamhet skulle kunna användas inom andra rättsområden. När det gäller civilrätten är utgångspunkten att aktörerna, rättssubjekten, primärt agerar genom köp, avtal, giftermål och andra rättshandlingar utan att vara föremål för några »ärenden» eller på annat sätt särskilt reglerade.<sup>837</sup> Avtalsfriheten som ideologisk grundval för civilrätten pekar mot ett rättsteoretiskt perspektiv som just tar verksamheten som primär och den juridiska processen som sekundär.

Förutom att bidra i traditionella civilrättsliga områden som avtalsrätt och familjerätt, kan också gränsområden mellan privat och offentligrättsligt reglerad verksamhet kanske särskilt gynnas av perspektivet att verksamheten är primär.<sup>838</sup> När det gäller andra klassiska områden som straffrätt, processrätt eller intradisciplinärt tvärande områden som miljö rätt och genusrätt kan verksamhetsperspektivet också bidra till nya infallsvinklar på forskningsproblem och studier.

Som jag nämnt tidigare har jag en förhoppning om att den mer realistiska teori som här utvecklats också kan vara av värde utanför den rättsvetenskapliga disciplinen. Inte minst finns en möjlighet, och i min mening ett absolut behov av, att knyta den offentligrättsliga forskningen närmare till politisk teori och filosofi, sociologi, statsvetenskap och andra humanistiska och samhällsvetenskap-

<sup>837</sup>Jämför här Wennergrens resonemang om särdragen hos myndigheternas handlande, se avsnitt 2.8.

<sup>838</sup>Detta har jag redan delvis diskuterat i avsnitt 3.1.5 angående förvaltningsrättsliga avtal.

#### Kapitel 4. Mot en framtida statslära

liga discipliner. Sådana tvärvetenskapliga studier och samarbeten har givetvis sina utmaningar, men rättsvetenskapen kan inte annat än att tjäna på det i längden. Dessutom kan vi jurister och rättsvetare också bidra med våra specifika perspektiv och kunskaper till dessa andra discipliner. Svårigheten att få fatt i och greppa staten kräver prövandet av nya teorier. Den här föreliggande lokala undersökningen av vissa förvaltningsrättsliga begrepp inom den offentligrättsliga disciplinen är ett bland många möjliga sätt att närma sig frågan om vad staten är. Längs denna väg finns förhoppningsvis inte en ny suveränitetstrogen politivetenskap, men väl potentialen för en återupprättad eklektisk disciplin som vi kan kalla *statslära*.<sup>839</sup>

<sup>839</sup>»The disciplines of economics, sociology, and political science have now established themselves as discrete modes of investigation, and history and philosophy have been placed on rigorous methodological foundations. One consequence is that what Hegel has called the 'science of the state' has become broken up into a range of discrete activities and disciplines.

If the foundations of a broadly conceived concept of public law are to be examined, the implications of these relatively recent scholarly developments must be called into question. The book proceeds on the premiss that, whatever advances it has made, modern disciplinary specialization has also contributed to certain losses in understanding.» Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 9.

# REFERENSER

## PROPOSITIONER OCH REGERINGSSKRIVELSE

- Lagrådsremiss: God vård och omsorg om personer med demenssjukdom samt regler för skydd och rättssäkerhet  
2012-12-18 2012
- Lagrådsremiss: En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag 2017
- Ds 2016:31 Justitiedepartementet *Ds 2016:31 Behandling av personuppgifter inom Nationellt centrum för terrorhotbedömning (NCT)* 2016
- Prop 1971:30 *Proposition 1971:30 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar m. m* 1971
- Prop 1972:5 *Proposition 1972:5 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m*
- Prop 1973:90 *Proposition 1973:90 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m. m.* 1973
- Prop 1975:78 *Proposition 1975:78 om lagstiftning angående ansvar för funktionärer i offentlig verksamhet*
- Prop 1985/86:80 *Proposition 1985/86:80 om ny förvaltningslag*
- Prop 2016/17:180 *Proposition 2016/17:180 En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*

## KONSTITUTIONSUTSKOTTET

KU 2012/13:KU20 *Konstitutionsutskottets betänkande 2013*

KU 1973:20 *Konstitutionsutskottets betänkande nr 20 1973*

## UTREDNINGSBETÄNKANDEN

NOU 1995:31 Beredskapslovutvalget, Norge.

*Beredskapslovgivningen i lys av endrede forsvars- og sikkerhetspolitiske rammebetingelser : utredning fra Beredskapslovutvalget oppnevnt av Forsvarsdepartementet 6. februar 1995 Oslo: Statens forvaltningstjeneste, Statens trykning, 1995*

SOU 1946:69 Herlitz, Nils *Förvaltningsförfarandet : förberedande utredning angående reglering av förfarandet hos förvaltningsmyndigheter i ärenden rörande enskild rätt och därmed sammanhängande frågor* Statens offentliga utredningar Stockholm: Isaac Marcus boktryckeri, 1946

SOU 1953:30 *Besvärssakkunniga Åtgärder för förenhetligande av besvärstiden i administrativa mål* Statens offentliga utredningar Stockholm, 1953

SOU 1955:19 — *Administrativt rättsskydd : principbetänkande angående besvärsinstitutet och därmed sammanhängande ämnen* Statens offentliga utredningar Stockholm, 1955

SOU 1964:27 — *Lag om förvaltningsförfarandet : Besvärssakkunnigas slutbetänkande* Stockholm, 1964

SOU 1968:27 *Förvaltningslag : förslag* Statens offentliga utredningar Stockholm, 1968

SOU 1968:47 *Länsdemokratiutredningen Förvaltning och folkstyre : betänkande* Stockholm, 1968

SOU 1972:1 *Ämbetsansvarskommittén Ämbetsansvaret. 2, Slutbetänkande* Stockholm, 1972

SOU 1972:15 *Grundlagberedningen Ny regeringsform, ny riksdagsordning* Stockholm, 1972

- SOU 1979:31 Byråkratiutredningen *Bättre kontakter mellan enskilda och myndigheter : betänkande* Stockholm: LiberFörlag/Allmänna förl., 1979
- SOU 1981:46 Förvaltningsrättsutredningen *Ändringar i förvaltningslagen : allmänna överväganden : partiella reformer : delbetänkande* Stockholm: LiberFörlag/Allmänna förl., 1981
- SOU 1983:73 — *Ny förvaltningslag : betänkande* Statens offentliga utredningar Stockholm: Liber/Allmänna förl., 1983
- SOU 1993:55 Kommittén för översyn av det allmännas skadeståndsansvar *Det allmännas skadeståndsansvar : betänkande* Stockholm: Allmänna förl., 1993
- SOU 2001:47 Utredningen om en översyn av processuella regler inom socialförsäkringen m.m. *En handläggningslag : förfarandet hos försäkringskassorna : betänkande* Stockholm: Fritzes offentliga publikationer, 2001
- SOU 2002:87 Säkerhetstjänstkommissionen *Rikets säkerhet och den personliga integriteten : de svenska säkerhetstjänsternas författningsskyddande verksamhet sedan år 1945 : betänkande* Stockholm: Fritzes offentliga publikationer, 2002
- SOU 2003:103 Utredningen om offentlighet och sekretess i skolan *Sekretess i elevernas intresse : dokumentation, samverkan och integritet i skolan* Stockholm: Fritzes offentliga publikationer, 2003
- SOU 2003:32 11 september-utredningen *Vår beredskap efter den 11 september : betänkande* Stockholm: Fritzes offentliga publikationer, 2003
- SOU 2005:104 2005 års katastrofkommission *Sverige och tsunamin : granskning och förslag : huvudrapport från 2005 års katastrofkommission* Stockholm: Fritze, 2005
- SOU 2008:61 *Krisberedskapen i grundlagen : översyn och internationell utblick : expertgruppsrapport* Grundlagsutredningens rapport; Statens offentliga utredningar Stockholm: Fritze, 2008
- SOU 2010:29 Förvaltningslagsutredningen *En ny förvaltningslag* Stockholm: Fritze, 2010

SOU 2011:76 Fredsinsatsutredningen *Våld och tvång under internationella militära insatser : betänkande* Stockholm: Fritze, 2011

SOU 2018:25 Digitaliseringsrättsutredningen *Juridik som stöd för förvaltningens digitalisering* Stockholm: Norstedts juridik, 2018

## JO

JO 4044-1996 JO *Fråga om rättsenligheten av polismyndighets beslut att med återopande av 22 § första stycket 2 polislagen (1984:387) – numera 23 § första stycket 2 polislagen – spärra av motorcykelorganisationen Hells Angels lokaler i Hasslarp och Malmö; även fråga om överklagbarheten av sådant beslut 1999*

JO 1999/2000 — *Justitieombudsmännens ämbetsberättelse : avgiven vid Riksmötet 1999/2000* Stockholm, 2000

JO 2001/02 s. 250 — *Fråga om anlitanade av privaträttsliga subjekt som utredare inom socialtjänsten 2002*

JO 2004/2005 s 144 — *Hanteringen av ett brev till en intagen 2005*

JO 2545-2007 — *Fråga om kriminalvårdspersonals agerande vid akuta sjukfall bland intagna m.m. 2008*

JO 577-2008 — *Avskiljande av intagna inför lämnandet av urinprov m.m. 2009*

JO 4637-2007 — *Anmälan mot Kriminalvården, anstalten Asptuna, om omhändertagande av alkohol och dokumentation härav, tandvård m.m. 2009*

JO 3009-2007 — *Handläggningen av en häktads begäran om ”akt- och partsinsyn” i ett ärende om placering på viss avdelning i häktet Handläggningen av en häktads begäran om ”akt- och partsinsyn” i ett ärende om placering på viss avdelning i häktet 2009*

JO 977-2010 — *Fråga bl.a. om det är tillåtet för en student att återkalla en inlämnad tentamen 2010*

JO 1150-2009, 2159-2009 — *Tillhandahållandet av medicinsk vård åt intagen m.m. 2010*

JO 5877-2011 — *Kritik mot Kriminalvården, anstalten Hall, för hanteringen av omhändertagande och kvarhållande av försändelser till en intagen m.m.* 2013

## DOMAR OCH ÖVRIGA BESLUT

NJA 2009 s 776

RAÅ 2004:8

RAÅ 2007:7

RAÅ 1988:132

Hovrätten för Västra Sverige *Dom B 26-35-04* 2005

Åklagarkammaren för säkerhetsmål *Förundersökningsbeslut (0105-K027-12)* 2012

## LITTERATURFÖRTECKNING

Achterberg, Norbert *Allgemeines Verwaltungsrecht : ein Lehrbuch*  
Heidelberg: Müller Juristischer Vlg, 1982

Agamben, Giorgio *The Kingdom and the Glory : For a Theological Genealogy of Economy and Government* Stanford, California: Stanford University Press, 2011

Andersen, Poul *Dansk forvaltningsret, almindelige emner,*  
Kjøbenhavn: A. Busck, 1936

— *Om ugyldige forvaltningsakter : med særligt henblik paa ugyldighedsgrundene* Kjøbenhavn: Busck, 1924

Arendt, Hannah *Människans villkor : vita activa* Göteborg: Daidalos, 1998

Ask, John *Föreläsningar i svensk förvaltningsrätt : förvaltningens organisation* Lund, 1902

Axelsson, Ewa »Hälso- och sjukvård» i *Makt, myndighet, människa* 3. utgåvan Uppsala: Iustus förlag, 2018, s 153–178

Benjamin, Walter *Försök till en kritik av våldet*

<http://www.marxists.org/svenska/benjamin/1921/valdet.htm>  
1921



- Berch, Anders *Inledning til almänna hushållningen, innefattande grunden til politie, oeconomie och cameral wetenskaperne. Til deras tjänst, som biwista de almänne föreläsningar inrwättad* Stockholm: Lars Salvius, 1747
- Björling, Erik *Rättstillämpningens tystnad : en rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen* Göteborg: Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 2017
- Björne, Lars *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del 1, Patrioter och institutionalister : tiden före år 1815* Stockholm: Nerenius & Santérus [distributör], 1995
- *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del 2, Brytningstiden : 1815-1870* Stockholm: Rönnells antikvariat [distributör], 1998
- *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del 3, Den konstruktiva riktningen : 1871-1910* Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2002
- *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del 4, Realism och skandinavisk realism : 1911-1950* Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2007
- »Politirätt, förvaltningsrätt, straffrätt i Finland under 1800-talet» i *Rettslige overgangsformer : politi- og kriminalrett i nordisk rettsutvikling* red: Geir Heivoll och Sverre Flaatten Oslo: Akademisk publisering, 2017, s 40–63
- Bladini, Moa *I objektivitetens sken : en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål* Göteborg: Makadam, 2013
- Blomberg, H. *Nordisk Retsencyklopædi. 5, Den nordiska förvaltningsrätten* Kjøbenhavn: Gyldendal, 1887
- Bodin, Bo-Göran och Daniel Öhman *Saudivapen : hycklande politiker, ljugande tjänstemän och hemliga spioner – en politisk thriller om svensk vapenhandel* Stockholm: Bonnier, 2014
- Bogdandy, Armin von »Pondering Schmitt's Concept of the Political for International Public Authority: On Methods,

- Standards and Disciplinary Settings for Public Law Theory» i *MPIL Research Paper Series* 2016-22 (2016)
- »The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe» i *International Journal of Constitutional Law* 7.3 (2009), s 364–400
- Bogdandy, Armin von, Matthias Goldmann och Ingo Venzke  
»From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority» i (2015)
- Bogdandy, Armin von, Peter M Huber och Sabino Cassese, redaktörer *The Administrative State* 1. utgåvan Oxford: Oxford University Press, 2017
- Bogdandy, Armin von, Rüdiger Wolfrum m. fl. *The Exercise of Public Authority By International Institutions : Advancing International Institutional Law* Heidelberg: Springer, 2010
- Bohlin, Alf *Förvaltningsrättens grunder* Stockholm: Norstedts juridik, 2004
- *Offentlighet & sekretess i myndighets forskningsverksamhet* 1. utgåvan Rapport / Riksarkivet Stockholm: Riksarkivet, 1997
- Botin, Anders af *Beskrifning om svenska hemman och jordagods* Stockholm: Lars Salvii förlag, 1755
- Brännström, Leila »Carl Schmitt's definition of sovereignty as authorized leadership» i *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology* Routledge, 2016, s 19
- *Förrättsligande : en studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning* 1. utgåvan Malmö: Bokbox, 2009
- »Suveränitet och konkret ordningstänkande» i *Vän eller fiende? : en antologi om Carl Schmitts politiska tänkande* red: Jon Wittrock och Hjalmar Falk Daidalos, 2012
- Bull, Thomas *Fundamentala fragment : ett konstitutionellt lapptäcke* Uppsala: Iustus, 2013
- »Föreskrift eller förhandling? Avtalet som styrmedel – ett konstitutionellt perspektiv» i *Fundamentala fragment : ett konstitutionellt lapptäcke* Iustus, 2013, s 455–480

- Bull, Thomas »Tjänstefelet och den goda förvaltningen» i  
*Fundamentala fragment : ett konstitutionellt lapptäcke* Iustus,  
 2013, s 481–523
- Bull, Thomas, Olle Lundin och Elisabeth Rynning, redaktörer  
*Allmänt och enskilt – offentlig rätt i omvandling : festskrift till  
 Lena Marcusson* Uppsala: Iustus, 2013
- Bäckman, Therese *Gynnande besluts negativa rättskraft och  
 rättssäkerhet : för människor med funktionsnedsättning inom  
 rättsområdena SoL och LSS* Stockholm: Jure, 2013
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang »Det politiska som begrepp, en  
 nyckel till Carl Schmitts statsrättsliga verk» i Daidalos, 2010,  
 s 147–167
- Carolan, Eoin *The New Separation of Powers : A Theory for the  
 Modern State* Oxford: Oxford University Press, 2009
- Cassese, Sabino »Is There a Global Administrative Law?» i *The  
 Exercise of Public Authority By International Institutions :  
 Advancing International Institutional Law* Springer, 2010,  
 s 761–776
- »The Administrative State in Europe» i *The Administrative  
 State* red: Armin von Bogdandy, Peter M Huber och  
 Sabino Cassese 1. utgåvan Oxford: Oxford University Press,  
 2017, s 57–97
- Castberg, Frede *Dokument nr. 2 1953 : Konstitusjonell nødrett 1953*
- Christensen, Anna »Normativa grundmönster i socialrätten» i  
*Retfærd* 3.78 (1997), s 69–79
- Christensen, Bent »Forvaltningsrettens grænseområder» i *Nordisk  
 administrativt tidsskrift* 50 (1969), s 237–254
- Christodoulidis, Emilios »Strategies of rupture» i *Law and Critique*  
 20.1 (2009), s 3–26
- Coole, Diana H. och Samantha Frost, redaktörer *New Materialisms  
 : Ontology, Agency, and Politics* Durham, N.C.: Duke University  
 Press, 2010
- Croce, Mariano och Andrea Salvatore *The Legal Theory of Carl  
 Schmitt* Abingdon: Routledge, 2013

- Dean, Mitchell *State Phobia and Civil Society : The Political Legacy of Michel Foucault* 2016
- Dijk, Pieter van m. fl. *Report on the Rule of Law : Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011)* 2011
- Dolphijn, Rick. och Iris van der Tuin, redaktörer *New Materialism : Interviews & Cartographies* Ann Arbor: Open Humanities Press, 2012
- Douzinas, Costas *Critical Jurisprudence : The Political Philosophy of Justice* Oxford: Hart Publishing, 2005
- Duguit, Léon *Law in the Modern State* översatt av Frida Laski och Harold Joseph Laski B. W. Huebsch, 1919
- Eberhard, H. *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Ein Beitrag zur Handlungsformenlehre* Forschungen aus Staat und Recht Springer Vienna, 2005
- Eckhoff, Torstein och Eivind Smith *Forvaltningsrett* 10. utgåvan Oslo: Universitetsforlaget, 2014
- Edelstam, Gunilla *Förvaltningsmyndigheters utredningsskyldighet : en rättssäkerhetsstudie* 1. utgåvan Norstedts juridik Stockholm: Fritze, 1995
- Edén, Nils *Sveriges Riksdag : historisk och statsvetenskaplig framställning*. Stockholm: Petterson, 1934
- Ekroth, Jesper *JO-ämbetet : en offentligrättslig studie* Stockholm: Univ., 2001
- Elwin, Göran och Dag Victor *Rätt och marxism : introduktioner och material* Stockholm: PAN/Norstedt, 1978
- Eneroth, Elisabeth *Unga på hem för vård eller boende : om rättssäkerhet, legitimitet och tillit vid beslut om ungas vård* Stockholm: Jure, 2014
- Eriksen, Christoffer Conrad »Forvaltningsrett som disiplin» i *Rettslige overgangsformer : politi- og kriminalrett i nordisk rettsutvikling* red: Geir Heivoll och Sverre Flaatten Oslo: Akademisk publisering, 2017, s 150–184
- Eriksson, Lars D »Kritisk rättsteori såsom ideologikritik» i *JFT* (1975), s 323–333

- Eriksson, Lars D »Utkast till en marxistisk jurisprudens» i *Retfærd* 11 (1979), s 40–54
- Essen, Ulrik von *Arbete i offentlig förvaltning* 1. utgåvan Stockholm: Norstedts juridik, 2014
- Fahlbeck, Erik *Förvaltningsrättsliga studier 1* Stockholm: I. Hægström i distr., 1938
- *Förvaltningsrättsliga studier 2* Stockholm: I. Hægström i distr., 1941
- Falkemark, Gunnar och Peter Westdahl *Att offra Västkusten : det politiska och rättsliga spelet kring ScanLink och motorvägsbygget i Bohuslän* Stockholm: Rabén & Sjögren, 1991
- Flaatten, Sverre »Fra politistat til rettsstat : Framvexten av den moberne byråkrat i Otto Mayers lærebok i forvaltningsrett» i *Rettslige overgangsformer : politi- og kriminalrett i nordisk rettsutvikling* red: Geir Heivoll och Sverre Flaatten Oslo: Akademisk publisering, 2017, s 117–149
- Foucault, Michel *Biopolitikens födelse : Collège de France 1978-1979* Hägersten: Tankekraft Förlag, 2013
- »Samhället måste försvaras» : *Collège de France 1975-1976* Hägersten: Tankekraft, 2008
- *Security, Territory, Population : Lectures at the Collège De France, 1977-1978* Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007
- *The Birth of Biopolitics : Lectures at the Collège de France, 1978-1979* Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008
- Frihagen, Arvid *Frihagens forvaltningsrett. Bind 1, innledning til forvaltningsretten, dokumentoffentlighet, informasjonsbehandling, inhabilitet, saksbehandling, klage og omgjøring* 2. utgåvan Bergen: Fagbokforlaget, 2010
- Förhandlingarna å det femtonde Nordiska juristmötet i Stockholm den 27-29 augusti 1931* Stockholm, 1931
- Glaser, Andreas *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre* Tübingen: Mohr Siebeck, 2013
- Glavå, Mats *Arbetsrätt* Lund: Studentlitteratur, 2001

- Goldmann, Matthias *Internationale öffentliche Gewalt : Handlungsformen internationaler Institutionen im Zeitalter der Globalisierung* Heidelberg: Springer, 2015
- Goldoni, Marco »The Materiality of Political Jurisprudence« i *Questioning the Foundations of Public Law* red: Michael A Wilkinson och Michael W Dowdle Hart Publishing, 2018, s 165–180
- Graver, Hans Petter *Alminnelig forvaltningsrett* 4. utgåvan Oslo: Universitetsforlaget, 2015
- »Forvaltningsrett i markedsstaten« i *Studier i europæisering afforvaltningsretten. Oslo: Fagbokforlaget* (2002)
- »Kategorisering av rettsregler som legalstrategi« i *Rättsdogmatikens alternativ* red: Kaarlo Tuori Juridica, 1988, s 55–67
- Gustafsson, Anna och Victoria Enkvist »Ett likvärdigt fri- och rättighetsskydd i skolan? – om elevers yttrandefrihet och skydd mot kroppsliga ingrepp« i *En likvärdig skola för alla* red: Sverker Scheutz Iustus, 2017, s 15–35
- Gustafsson, Håkan *Dissens : om det rättsliga vetandet* Göteborg: Juridiska Institutionen, Göteborgs universitet, 2011
- »Rättighetifiering : om rättigheternas tragedi« i *Socialrätt under omvandling* Liber, 2018, s 46–92
- Gustafsson, Rolf Å. *Från ämbetsmannastat till välfärdsstat : en studie av svensk offentlig arbetsgivarpolitik* Göteborg: Daidalos, 2016
- Hallberg, Sebastian »LOA:s disciplinpföljder: myndighetsutövning?« i *Förvaltningsrättslig tidskrift* (2017), s 259–287
- Hambre, Anna-Maria *Fördjupad dialog : en studie av Skatteverkets arbetsform fördjupad dialog ur ett svenskt offentlighetsrättsligt perspektiv* 1. utgåvan Uppsala: Iustus förlag, 2018
- Hanqvist, Dan *Lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder : en kommentar* 1. utgåvan Stockholm: Wolters Kluwer, 2016

- Harlow, Carol »Global Administrative Law : The Quest for Principles and Values» i *European Journal of International Law* 17.1 (2006), s 187–214
- Harvey, David L »Introduction» eng i *Sociological Perspectives* 33.1 (1990), s 1–10
- Heidbrink, Jakob »Det järnvägsrättsliga trafikeringsavtalet : ett förvaltningsrättsligt avtal» i *Juridisk Tidskrift* (2013), s 101–123
- »Mer om det förvaltningsrättsliga avtalet» i *Juridisk Tidskrift* 1 (2014), s 58–87
- »Offentlig rätt? Privat rätt? Eller både-och?» i *Förvaltningsrättslig Tidskrift* (2015), 78:4, 78:4
- Heivoll, Geir och Sverre Flaatten, redaktörer *Rettslige overgangsformer : politi- og kriminalrett i nordisk rettsutvikling* Oslo: Akademisk publisering, 2017
- Hellners, Trygve *Förvaltningslagen med kommentarer* 3. utgåvan Stockholm: Norstedts juridik, 2010
- Hellners, Trygve och Bo Malmqvist *Nya förvaltningslagen : [med kommentarer]* 1. utgåvan Stockholm: Allmänna förl., 1987
- Helmius, Ingrid »Polis» i *Makt, myndighet, människa : en lärobok i speciell förvaltningsrätt* 3. utgåvan Uppsala: Iustus förlag, 2018, s 59–85
- *Polisens rättsliga befogenheter vid spaning* Skrifter från Juridiska fakulteten i Uppsala Uppsala: Iustus, 2000
- Herlitz, Nils *Föreläsningar i förvaltningsrätt. 1, Inledning till förvaltningsrättens studium* Stockholm: Norstedt, 1937
- »Förvaltningsrättsliga framtidsperspektiv» i *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2-3 (1955)
- *Om lagstiftning genom samfällda beslut av konung och riksdag. Studier i svensk statsrätt* Stockholm: P.A. Nordstedt & Söner, 1930
- *Svensk stadsförvaltning på 1830-talet* Stockholm: Norstedt, 1924
- Hessler, Henrik »Om staten som rättssubjekt» i *Förvaltningsrättslig tidskrift* 5-6 (1952)

- Heuschling, Luc »The Complex Relationship Between Administrative Law and Constitutional Law. A Comparative and Historical Analysis» i *The Administrative State* red: Armin von Bogdandy, Peter M Huber och Sabino Cassese 1. utgåvan Oxford: Oxford University Press, 2017 kapitel 14, s 463–556
- Hirschfeldt, Johan »Mänskliga rättigheter och andra konstitutionella kärnvärden när krisen slår till» i *Mänskliga rättigheter och andra konstitutionella kärnvärden när krisen slår till* red: Anna-Sara Lind och Elena Namli 1. utgåvan Lund: Studentlitteratur, 2017, s 193–214
- Hollander, Anna »Socialtjänst» i *Socialtjänst* 3. utgåvan Uppsala: Iustus förlag, 2018, s 113–154
- Hult, Daniel »Mötet mellan civilrättslig avtalsfrihet och offentligrättslig tillsyn över avtalets innehåll på fjärrvärmemarknaden» i *Den nordiska välfärden och marknaden: Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext* red: Tom Madell, Terjei Bekkedal och Ulla Neergaard Iustus, 2011, s 189–215
- Hydén, Håkan »Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle» i *Juridisk metodlära* red: Fredric Korling och Mauro Zamboni Studentlitteratur, 2013 kapitel 8
- Hägerström, Axel *Rätten och staten : tre föreläsningar om rätts- och statsfilosofi* Natur & Kultur, 2014
- Höök, Johan »Dags att mönstra ut begreppet myndighetsutövning?» i *Allmänt och enskilt – offentlig rätt i omvandling : festskrift till Lena Marcusson* Iustus, 2013, s 177–185
- Jellinek, Georg *Allgemeine Staatslehre* 3. utgåvan Berlin: Häring, 1914
- Jermsten, Henrik *Konstitutionell nödrätt* Stockholm: Juristförlaget, 1992



- Johansen, Tormod Otter »Den suveräna tjänstemannen : Anomin i förvaltningshandlandet och tjänstemannens suveränskap» examensarbete Göteborgs universitet, 2012
- »Tjänstemannens suveränskap : Kelsen, Schmitt, Agamben och det normbundna handlandets anomi» i *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift* 143.4 (2013), s 21–45
- Johansen, Tormod Otter och Sebastian Wejedal »Mot ett funktionellt domstolsbegrepp: Ett bidrag med anledning av den så kallade Försvarsunderrättelsesdomstolen (del I av II)» i *Svensk juristtidning* 2 (2016), s 100–143
- »Mot ett funktionellt domstolsbegrepp: Ett bidrag med anledning av den så kallade Försvarsunderrättelsesdomstolen (del II av II)» i *Svensk juristtidning* 3 (2016), s 191–232
- Jägerskiöld, Stig *Om allmän förvaltningsrätt : anteckningar om metodik och rättsåskådning* Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1958
- Kelsen, Hans *Justiz und Verwaltung* Wien: Julius Springer, 1929
- Ketscher, Kirsten *Offentlig børnepasning i retlig belysning* København: Jurist- og økonomiforbundets forlag, 1990
- Kingsbury, Benedict, Nico Krisch och Richard B Stewart »The Emergence of Global Administrative Law» i *Law and Contemporary Problems* 68.3/4 (2005), s 15–61
- Kjær, Anne Mette *Governance* Cambridge: Polity Press, 2004
- Koivisto, Ida »From Moral Rules to Individual Rights – and Beyond?» i *Förvaltningsrättslig tidskrift* 1 (2018), s 71–90
- Koskenniemi, Martti *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument* Cambridge: Cambridge University Press, 2006
- Koskenniemi, Martti och Anne Schult »Sovereignty, Property, and the Locus of Power» i *JHIBlog* (okt. 2018)
- Kotkas, Toomas *Royal Police Ordinances in Early Modern Sweden : The Emergence of Voluntaristic Understanding of Law* 2013
- Kumlien, Mats »Från kamerallagfarenhet till rättsvetenskap : Några linjer i den svenska förvaltningsrättens tidiga historia» i *Rettslige overgangsformer : politi- og kriminalrett i nordisk*

- rettsutvikling* red: Geir Heivoll och Sverre Flaatten Oslo: Akademisk publisering, 2017, s 64–91
- König, Christian *Lärdoms-Öfning. Stockholm. Fjerde Tomen. Angående Lagfarenheten i Politie-mål* Stockholm, 1746
- Latour, Bruno *Reassembling the Social : An Introduction to Actor-Network-Theory* Oxford: University Press, 2005
- *The Making of Law : An Ethnography of the Conseil d'etat* Cambridge: Polity, 2010
- Lavin, Rune *Domstol och administrativ myndighet* Stockholm: Norstedt, 1972
- Lebeck, Carl »Den förvaltningsrättsliga legalitetsprincipen i svensk rätt I : teoretisk och konstitutionell bakgrund» i *Förvaltningsrättslig Tidskrift* 1 (2015), s 91–130
- *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten* 2018
- Lerwall, Lotta *Makt, myndighet, människa : en lärobok i speciell förvaltningsrätt* 3. utgåvan Uppsala: Iustus förlag, 2018
- »Tvångsvård» i *Tvångsvård* 3. utgåvan Uppsala: Iustus förlag, 2018, s 179–195
- Leviner, Pernilla *Rättsliga dilemman i socialtjänstens barnskyddsarbete* Stockholm: Jure, 2011
- Lind, Anna-Sara och Elena Namli, redaktörer *Mänskliga rättigheter i det offentliga Sverige* 1. utgåvan Lund: Studentlitteratur, 2017
- Loick, Daniel A *Critique of Sovereignty* översatt av Amanda DeMarco *Reinventing critical theory* Rowman & Littlefield, 2019
- Loughlin, Martin *Foundations of Public Law* Oxford: Oxford University Press, 2010
- *Political Jurisprudence* Oxford University Press, 2017
- »Santi Romano and the institutional theory of law» i *The Legal Order* red: Mariano Croce Routledge, 2017, s xi–xxix
- Loughlin, Martin. *The Idea of Public Law* Oxford: Oxford University Press, 2003
- Madell, Tom *Det allmänna som avtalspart : särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar* 1. utgåvan Stockholm: Norstedts juridik, 1998

- Madell, Tom och Anna Hollander »Socialtjänst på entreprenad: kan utredningar inom individ-och familjeomsorg överlämnas till enskilda utan särskilt stöd av lag?» i *Förvaltningsrättslig tidskrift* (2003), s 15–46
- Malmgren, Robert *Sveriges författning : en lärobok i svensk statsrätt*. 2:3 Malmö, 1936
- Marcusson, Lena »Det offentliga uppdraget och de mänskliga rättigheterna» i *Mänskliga rättigheter i det offentliga Sverige* red: Anna-Sara Lind och Elena Namli 1. utgåvan Lund: Studentlitteratur, 2017, s 21–36
- »Förvaltningsrätt som konkretiserad författningsrätt» i *SvJT* (2016), s 426–435
- *Mot en ny kommunalrätt : om den rättsliga regleringen av kommunal verksamhet* Uppsala: Iustus, 1992
- *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet* Skrifter från Juridiska fakulteten i Uppsala Uppsala: Iustus, 1989
- Mayer, Otto *Deutsches Verwaltungsrecht Handbuch*, Systematisches, der deutschen Rechtswissenschaft Leipzig, 1895
- *Deutsches Verwaltungsrecht. Erster Band* 3. utgåvan München: Duncker & Humblot, 1924
- Menke, Christoph »Law and violence» i *Law and violence : Christoph Menke in dialogue* Manchester: Manchester University Press, 2018, s 1–75
- Merkel, Adolf *Allgemeines Verwaltungsrecht* Wien: Springer, 1927
- Mindus, Patricia *A Real Mind : The Life and Work of Axel Hägerström* Dordrecht: Springer, 2009
- Mohl, Robert von *Die Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* 3. utgåvan Tübingen: H. Laupp, 1866
- Mouffe, Chantal *Om det politiska* Hägersten: Tankekraft, 2008
- Münch, Ingo von och Peter Badura *Besonderes Verwaltungsrecht* 8. utgåvan De Gruyter Lehrbuch Berlin: W. de Gruyter, 1988
- Möllers, Christoph »Ten years of global administrative law» i *International Journal of Constitutional Law* 13.2 (2015), s 469–472

- Naarttijärvi, Markus *För din och andras säkerhet : konstitutionella proportionalitetskrav och Säkerhetspolisens preventiva tvångsmedel* Uppsala: Iustus, 2013
- »Kvalitativ legalitet» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 131.02-03 (2018), s 206–234
- Nehrman, David *Hushåldslagfarenheten* ej daterad
- Norée, Annika *Laga befogenhet : polisens rätt att använda våld* Stockholm: Jure, 2000
- Olivecrona, Karl *Om lagen och staten* København: Ejnar Munksgaard, 1940
- Orford, Anne »In Praise of Description» i *Leiden Journal of International Law* 25.03 (2012), s 609–625
- *International Authority and the Responsibility to Protect* Cambridge University Press, 2011
- Peczenik, Aleksander »Juridikens allmänna läror» i *Svensk juristtidning* 3 (2005), s 249–272
- Persson, Vilhelm *Rättsliga ramar för gränsöverskridande samarbete : förvaltningsmyndigheters internationella avtalsförhållanden* Lund: Juristförlaget, 2005
- Petrén, Gustaf *Om offentligrättslig användning av våld mot person* Skrifter utgivna av Institutet för offentlig och internationell rätt Stockholm: Institutet för offentlig och internationell rätt, 1949
- Petrén, Gustaf, Robert Malmgren och Hans Ragnemalm *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar* 12. utgåvan Stockholm: Institutet för offentlig och internationell rätt, 1980
- Petrusson, Ulf och Mats Glavå »Illusionen om rätten! : Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna» i *Erkjennelse og engasjement: minnesseminar for David Roland Doublet [1954-2000]* red: B Askeland och J F Bernt Bergen: Fagbokforlaget, 2002, s 109–151
- Postone, Moishe och Timothy Brennan »Labor and the Logic of Abstraction: An Interview» i *South Atlantic Quarterly* 108.2 (2009), s 305–330

- Poulantzas, Nicos *State, Power, Socialism* Radical thinkers London: Verso, 2014
- Påhlsson, Robert *Riksskatteverkets rekommendationer : allmänna råd och andra uttalanden på skatteområdet* Uppsala: Iustus, 1995
- Rabenius, Theodor *Handbok i Sveriges gällande förvaltningsrätt. Del 1, Handbok i Sveriges gällande lagstiftning om förvaltningens organisation och embetsmännen* Upsala: Schultz, 1866
- *Handbok i Sveriges gällande förvaltningsrätt. Del 1, Handbok i Sveriges gällande lagstiftning om förvaltningens organisation och embetsmännen* 2. utgåvan Upsala: Schultz, 1875
- Raëff, Marc *The Well-Ordered Police State: Social and Institutional Change Through Law in the Germanies and Russia, 1600-1800* New Haven: Yale U.P., 1983
- Ragnemalm, Hans *Förvaltningsbesluts överklagbarhet* Stockholm: Norstedt, 1970
- *Förvaltningsprocessrättens grunder* Publica Stockholm: Liber Förlag, 1978
- *Förvaltningsprocessrättens grunder* 9. utgåvan Stockholm: Jure, 2012
- *Förvaltningsprocessrättens grunder* 10. utgåvan Stockholm: Jure, 2014
- »Regeringsformen 11:6 : Överlämnande av förvaltningsuppgift till enskilt subjekt» i *Förvaltningsrättslig Tidskrift* (1976), s 105–145
- Rancière, Jacques *Texter om politik och estetik* Site edition Lund: Propexus, 2006
- Reuterskiöld, Carl Axel *Föreläsningar i svensk stats- och förvaltningsrätt. 1, Statsregementet* Uppsala, 1914
- Reuterskiöld, Carl-Axel *Den svenska förvaltningsrättens system* Skrifter utgivna av K. Humanistiska vetenskapssamfundet i Uppsala Uppsala, 1927
- *Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran, särskildt med hänsyn till positiv svensk rätt, jämte grundlinier*

- till rättsutvecklingsläran och rättsvetenskapens historia Uppsala:  
Almqvist & Wiksell, 1912
- Romano, Santi *The Legal Order* utgiven och översatt av  
Mariano Croce Abingdon, Oxon: Routledge, 2017
- Ross, Alf *Om ret og retfærdighed : en indførelse i den analytiske  
retsfilosofi* København: Nyt nordisk forlag Arnold Busck, 1953
- Rynning, Elisabeth *Samtycke till medicinsk vård och behandling : en  
rättsvetenskaplig studie* Skrifter från Juridiska fakulteten i  
Uppsala Uppsala: Iustus, 1994
- Sand, Inger-Johanne *Styring av kompleksitet : rettslige former for  
statlig rammestyring og desentralisert statsforvaltning*  
Bergen-Sandviken: Fagbokforlaget, 1996
- Sandbu, Magnus »Det straffrättsliga ansvaret vid militära  
fredsframtvängande insatser» i *Svensk Juristtidning* 7 (2009),  
s 748–773
- Scheutz, Sverker »När börjar ett betygsärende? Till skillnaden  
mellan faktiskt handlande och handläggning av ärenden» i  
*Allmänt och enskilt – offentlig rätt i omvandling : festskrift till  
Lena Marcusson* Iustus, 2013, s 317–335
- Schmidt-Assmann, Eberhard *Das allgemeine Verwaltungsrecht als  
Ordnungsidee : Grundlagen und Aufgaben der  
verwaltungsrechtlichen Systembildung* 2. utgåvan Enzyklopädie  
der Rechts- und Staatswissenschaft Berlin: Springer, 2005
- »Verfassungsprinzipien für den Europäischen  
Verwaltungsverbund» i *Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd  
1, Methoden, Massstäbe, Aufgaben, Organisation* Beck, 2010,  
s 261–340
- Schmitt, Carl *Constitutional theory* översatt av Jeffrey Seitzer  
Durham, N.C.: Duke University Press, 2008
- *Det politiska som begrepp* Göteborg: Daidalos, 2010
- »Nomos – Nahme – Name» i *The Nomos of the Earth in the  
International Law of the Jus Publicum Europaeum* Telos Press,  
2003, s 336–350
- *On the Three Types of Juristic Thought* Westport, Conn.:  
Praeger, 2004

- Schmitt, Carl »Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat?« i *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1935), s 189–201  
— *Verfassungslehre* München: Duncker & Humblot, 1928
- Schuppert, Gunnar Folke »Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel: Von Planung über Steuerung zu Governance?« i *Archiv des öffentlichen Rechts* 133.1 (2008), s 79–106
- Seitzer, Jeffrey och Christopher Thornhill »An Introduction to Carl Schmitt's Constitutional theory: Issues and Context« i *Constitutional theory* Durham, N.C.: Duke University Press, 2008, s 1–50
- Singh, Mahendra P. *German Administrative Law in Common Law Perspective* 2. utgåvan Berlin: Springer, 2001
- Sjöholm, Erik *Om politimakten och dess begränsningar* Stockholm: Statens nämnd för utgivande av förvaltningsrättsliga publikationer, 1964
- Spinoza, Benedictus de *Complete works* översatt av Samuel Shirley Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2002
- Staedler, Bernhard *Offentligrättsliga avtal : myndigheters och andra offentliga organs avtal med varandra och med enskilda* Stockholm: Norstedt, 1983
- Stendahl, Sara *Communicating Justice Providing Legitimacy : The legal practices of Swedish administrative courts in cases regarding sickness cash benefit* Uppsala: Iustus, 2003
- Stenson, Kevin »Surveillance and sovereignty« i *Surveillance and Governance: Crime Control and Beyond. Sociology of Crime, Law and Deviance* red: Mathieu Deflem volym 10 Emerald Group Publishing Limited, 2008, s 279–301
- Sterzel, Fredrik »Den allmänna förvaltningsrättens kodifiering : Ett projekt för god förvaltning« i *God förvaltning : ideal och praktik* red: Lena Marcusson Iustus, 2006, s 229–251  
— »Legalitetsprincipen« i *Offentligrättsliga principer* red: Lena Marcusson Iustus, 2005

- »Legalitetsprincipen» i *Författning i utveckling : tjugo studier kring Sveriges författning* red: Fredrik Sterzel Iustus, 2009 kapitel 5, s 113–134
- Sterzel, Fredrik och Lena Marcusson »Introduktion till den nya förvaltningslagen : En långdragen process med start på 1940-talet» i *Förvaltningsrättslig tidskrift* 3 (2018), s 399–409
- Stirn, Bernard *Towards a European Public Law* översatt av Eirik Bjørge 1. utgåvan Oxford: Oxford University Press, 2017
- Stolleis, Michael »Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft» i *Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd 1, Methoden, Masstäbe, Aufgaben, Organisation* red: Wolfgang Hoffman-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann och Andreas Voßkuhle volym 1 Beck, 2012 kapitel 2, s 65–121
- *Public Law in Germany : A Historical Introduction from the 16th to the 21st Century* Oxford University Press, 2017
- Strömberg, Håkan *Allmän förvaltningsrätt : kompendium* Lund: Juridiska föreningen i Lund, 1961
- *Allmän förvaltningsrätt : lärobok* Lund: Gleerup, 1962
- »Myndighet och myndighetsutövning» i *Förvaltningsrättslig Tidskrift* (1972), s 233–253
- *Om rättsförhållandet mellan offentliga anstalter och deras nyttjare* Skrifter / utgivna av Juridiska fakulteten i Lund Lund: Gleerup, 1949
- *Utvecklingslinjer inom den offentliga rätten : avskedsföreläsning* Lund: Juridiska föreningen i Lund, 1981
- Strömberg, Håkan och Bengt Lundell *Allmän förvaltningsrätt* 26. utgåvan Malmö: Liber, 2014
- *Allmän förvaltningsrätt* 27. utgåvan Stockholm: Liber, 2018
- *Speciell förvaltningsrätt* 19. utgåvan Malmö: Liber, 2014
- Strömholm, Stig *Rätt, rättskällor och rättstillämpning : en lärobok i allmän rättslära* 5. utgåvan Stockholm: Norstedts juridik, 1996
- Sundberg, Halvar G. F. *Allmän förvaltningsrätt* Stockholm: Norstedt, 1955



- Sundberg, Halvar G. F. »Anmälan av Håkan Strömberg: Allmän förvaltningsrätt» i *Svensk juristtidning* (1963), s 357–360
- »Förvaltningsrätten och de juridiska studierna. Några reflexioner i anledning av Nils Herlitz' Föreläsningar i förvaltningsrätt II och III» i *Svensk juristtidning* (1951), s 81–96
- *Grunddragen av allmän förvaltningsrätt* Stockholm: Norstedt, 1943
- Sundell, Jan-Olof »Legalitetsprincipen inom svensk straffrättshistoria» i *JT* 95 (1994), s 95–112
- Svensson, Eva-Maria »Boundary-Work in Legal Scholarship» i *Exploiting the Limits of Law. Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism* (2007)
- Tuori, Kaarlo »Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?» i *Rättsdogmatikens alternativ* red: Kaarlo Tuori *Juridica*, 1988, s 181–210
- *Critical Legal Positivism Applied Legal Philosophy* Aldershot: Ashgate, 2002
- »En sista tillflyktsort för polisens allmänna befogenhet?» i *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* 140 (2004), s 3–4
- »Har förvaltningsrätten en framtid?» i *Förvaltningsrättslig tidskrift* 4 (2003), s 553–573
- »Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat)» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 116.03 (2003), s 341–365
- *Rättens nivåer och dimensioner* Helsingfors: Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, 2013
- redaktör *Rättsdogmatikens alternativ* Helsingfors: *Juridica*, 1988
- »The General Doctrines in Public Law» i *Scandinavian Studies in Law* 31 (1987), s 177–197
- Vahlne Westerhäll, Lotta *Den starka statens fall? : en rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000* 1. utgåvan Stockholm: Norstedts juridik, 2002

- »Regel och skön i nordisk förvaltningsrätt» i *Forvaltningsretlige Perspektiver* (2006)
- Wall, Gustaf *Rättskraft och korrektiv : en förvaltningsrättslig studie*  
Uppsala: Uppsala universitet, 2014
- Wallerman, Anna *Om fakultativa regler : en studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor* 1. utgåvan Uppsala: Iustus, 2015
- Warnling-Nerep, Wiweka *En introduktion till förvaltningsrätten*  
10. utgåvan Stockholm: Norstedts juridik, 2012
- Wase, Carl-Johan »Skiljelinjen mellan ärende och faktiskt handlande inom kriminalvården» examensarbete Örebro Universitet, 2008
- Weber, Max »Parliament and Government in Germany under a New Political Order» i *Political Writings* red: Peter Lassman och Ronald Speirs Cambridge: Cambridge University Press, 1994, s 130–271
- Wenander, Henrik *Erkännande av utländska förvaltningsbeslut*  
Lund: Juristförlaget, 2010
- »Förvaltningens lagprövning» i *Förvaltningsrättslig tidskrift* 3 (2015), s 421–458
- *Varför offentlig rätt?* Installationsföreläsning okt. 2018
- Wennergren, Bertil *Handläggning : hur förvaltningsärenden behandlas i stat och kommun* 1. utgåvan Stockholm: Allmänna förlaget, 1972
- *Handläggning : hur förvaltningsärenden behandlas i stat och kommun* 19. utgåvan Publica Stockholm: Fritze, 1996
- *Offentlig förvaltning i arbete : om verksamheten och ärendehandläggningen i stat och kommun* 3. utgåvan Stockholm: Norstedts juridik, 2008
- Wenninger, Ludwig *Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis* Köln: Carl Heymanns Verlag, 1982
- Wienbracke, M. *Allgemeines Verwaltungsrecht*  
JURIQ-Erfolgstraining : Öffentliches Recht Müller, 2010

- Wilhelmsson, Thomas »De allmänna lärorna under trycket från rättens fragmentering och avnationalisering» i *Retfærd* 1 (2003), s 32–49
- »Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna» i *Retfærd* 2 (1986), s 31–40
- *Senmodern ansvarsrett : privatrett som redskap for mikropolitik* Uppsala: Iustus, 2001
- *Social civilrett: om behovsorienterede element i kontraktstrættens allmænna lærer* Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, 1987
- Vismann, Cornelia *Lagen och arkivet : Akternas mediehistoria* Glänta produktion, 2017
- Wittgenstein, Ludwig *Filosofiska undersökningar* 3. utgåvan Stockholm: Thales, 2012
- *Philosophical Investigations* 2. utgåvan Cambridge, Mass: Blackwell, 1997
- Vogel, Hans-Heinrich m. fl. *Festskrift till Hans-Heinrich Vogel* Lund: Juristförlaget, 2008
- Voßkuhle, Andreas »Neue Verwaltungsrechtswissenschaft» i *Grundlagen des Verwaltungsrechts* 2. utgåvan volym 1 München: C.H.Beck, 2012, s 1–63
- Zahle, Henrik »Polycentri i retskildelæren» i *Festskrift til Torstein Eckhoff* (1986)
- Zartaloudis, Thanos *Giorgio Agamben: Power, Law and the Uses of Criticism* Abingdon: Routledge, 2010
- Zetterström, Stefan och Anna-Sara Lind *Offentlig rätt* 2. utgåvan Stockholm: Liber, 2016
- Åhman, Karin »2 kap. RF, Europakonventionen och EU:s stadga om grundläggande rättigheter – en jämförelse» i *Svensk Juristtidning* (2016), s 460–478
- »Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag» i *Förvaltningsrättslig tidskrift* 3 (2018), s 457–464
- Örnberg, Åsa *Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt* Stockholm: Jure, 2014

## FÖRKORTNINGAR

- 1809 års RF Kongl. Maj:ts och Rikets Ständers fastställda Regeringsform dat. Stockholm den 6 juni 1809
- 1971 års FL förvaltningslag (1971:290)
- 1986 års FL förvaltningslag (1986:223)
- AD Arbetsdomstolen
- BrB brottsbalk (1962:700)
- Ds departementsskrivelse, Departementsserien
- EKMR Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
- EU Europeiska unionen
- f följande sida
- ff följande sidor
- FL förvaltningslag (2017:900)
- FPL förvaltningsprocesslag (1971:291)
- FRA Försvarets radioanstalt
- FRU Förvaltningsrättsutredningen, SOU 1983:73
- FT Förvaltningsrättslig tidskrift
- GAL Global Administrative Law
- ibid ibidem, tidigare anfört arbete
- IPA International Public Authority
- JFT Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
- JK Justitiekanslern
- JO Justitieombudsmannen
- kap kapitel
- KU konstitutionsutskottet

MUST Militära underrättelse- och säkerhetstjänsten  
MyndF myndighetsförordning (2007:515)  
NAT Nordisk Administrativ Tidsskrift  
NCT Nationellt centrum för terrorhotbedömning  
NJA Nytt juridiskt arkiv  
NOU Norges offentlige utredninger  
OSL offentlighets- och sekretesslag (2009:400)  
PBL plan- och bygglag (2010:900)  
PL polislagen (1984:387)  
prop proposition  
PSL patientsäkerhetslag (2010:659)  
RB rättegångsbalk (1942:740)  
RF kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform  
RO riksdagsordning (2014:801)  
RÅ Regeringsrättens årsbok  
s sida, sidor  
SoL socialtjänstlag (2001:453)  
SOU statens offentliga utredningar  
SvJT Svensk Juristtidning  
SÄPO Säkerhetspolisen  
TF tryckfrihetsförordning (1949:105)  
TfR Tidsskrift for Rettsvitenskap

## FIGURER OCH TABELLER

Figur 1.1	Fyra delar av förvaltningsverksamheten . . . . .	9
Tabell 2.1	Blombergs systematik . . . . .	122
Figur 2.1	Reuterskiölds höghetsrättigheter . . . . .	128
Tabell 2.2	Offentlig förvaltning, distinktioner hos Herlitz 1937 . . . . .	133
Tabell 2.3	Den offentligrättsliga regleringens särart enligt Strömberg . . . . .	150
Tabell 2.4	Wennergrens verksamhetssystematik . . . . .	155
Tabell 2.5	Tre nivåer av förvaltningsverksamhet i SOU 1968:27 . . . . .	161
Tabell 2.6	Marcusson om offentligrättsligt intressant verksamhet . . . . .	179
Figur 3.1	Handlingsformer i den tyska förvaltningsrätten .	252
Figur 3.2	Matris förvaltningshandlande . . . . .	254
Figur 3.3	Myndighetsutövningsärendet . . . . .	259
Figur 3.4	Konsumtion av myndighetsutövningsåtgärder .	260
Figur 3.5	Allmän och speciell förvaltningsrelation samt privaträttslig . . . . .	265

# SAKREGISTER

## A

allmän befogenhet, 34, 61, 243,  
272

allmän maktrelation, 262, 263

allmänna läror, 35, 38, 52, 269,  
273

detaljerade, 244

Herlitz, 130

Anstaltsgewalt, 262

arkiv, 97, 110

avspärning, 256

avtal, 285

förvaltningsrättsligt, 116, 215,  
253

Heidbrink, 218

tröskeleffekt, 219

Tyskland, 219

## B

beskrivning, 39, 94–97, 104, 270

arkiv, 96

metaspråk, 106, 107

beslut, 2, 42, 153, 185

generella, 253

retroaktivt definierat, 259

undantag, 197

besonderes Gewaltverhältnis, 261

## C

civilrätt, 285

## D

decisionism, 83

demokrati, 152

distinktion

allmän/speciell förvaltnings-  
rätt, 147

interna/partsärenden, 212

offentligt/privat, 47, 176, 218,  
264, 268, 285

rättskipning/förvaltning, 144,  
156, 165

statsrätt/förvaltningsrätt, 147

ärende/beslut, 205

ärende/faktisk verksamhet, 43,  
44, 158, 162, 164, 165,  
177, 187–189, 192, 214

## E

européisering, 40, 251

## F

faktisk verksamhet, 1, 41, 42

    exempel

        trafikdirigering, 200

        undervisning, 203–207

    Herlitz, 137

    i snäv mening, 198, 257, 282

    i vid mening, 91, 198, 228,

        247, 250, 282

    Kriminalvården, 233–236, 258

    negativa definitioner, 191

    Wennergren, 153

författningsverklighet, 84

förvaltning

    brottsbekämpande verksamhet, 208

    definition, 45, 47, 182

    formell, 138, 176

    funktionell, 177

    Herlitz, 130–136

    Lavin, 165

    Marcusson, 176–180

    materiell, 148, 176

    Mayer, 113–115

    Ragnemalm, 171

    Reuterskiöld, 128

    Strömberg, 146–153

    Sundberg, 141–143, 145, 275

    hälso- och sjukvård, 207

    internationell, 47

    oreglerad, 245–248

    reformlinjer och expansion,

        174

    som objekt, 145

    som verksamhet, 121

    utanför myndighetsområdet,

        175

    förvaltningens problem, 74, 75

    förvaltningsakt, 3, 75, 115, 121,

        157, 253

    myndighetsakt, 137

    Ragnemalm, 172

    vedtak, 172

    förvaltningslag, 40

        1971 års, 155, 163, 169, 170

        1986 års, 155, 174

        2017 års, 40

    tillämpningsområde, 174

    förvaltningsrelation

        allmän, 262, 263, 265

        speciell, 264, 266

        Tyskland, 261

    förvaltningsrätt

        definition, 120

        Herlitz, 130

        internationell, 46–48

        konstitutionell rätt, 75

        Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, 49–52

        som självständig disciplin, 58

        tysk, 49

        undervisning, 117

## G

    Global Administrative Law (GAL),

        46, 47

    god förvaltning, 41, 280, 281

    governance, 46

    gränstänkande, 52



- H
- handlande
    - fritt, 10, 11, 18, 123
    - privaträttsligt, 252
  - handlingsformer
    - Glaser, 250
    - Tyskland, 252
- I
- immanent kritik, 103–105, 279
  - institutionalism, 81, 243, 270
    - Romano, 88–90
  - intern verksamhet, 2, 253
  - International Public Authority (IPA),
    - 47, 48
- K
- koherenssträvan, 16
  - konkludent handlande, 224, 230, 256
  - konsumtion
    - av handläggning i beslut, 233, 259–261
    - av verkställighet i beslut, 232, 259–261
  - kristallisering, 18, 162, 198, 210, 211, 282
- L
- laga kraft, 230
  - legalitet, 8, 150, 271, 280
    - binär, 32
    - binär relation, 16
    - brott, 24
    - emergent, 16, 280
    - faktisk verksamhet, 13, 18
    - formell, 22, 32, 246
    - föreskriftskrav, 13
    - Herlitz, 139
    - kvalitet, 32
    - legalitetsprincipen, 12–17, 41
      - 2017 års FL, 273
    - legitimitet, 244
    - Norge, 247
    - ordning, 16
    - politi, 61
    - presumption, 28
    - rättigheter, 30
    - straffrätt, 29
    - Strömberg, 152
    - tröskeleffekt, 31
    - utvärderingsinstrument, 16
- M
- makt, 64, 75, 169, 202, 271, 272
    - makthöghet, 125
    - offentligrättslig reglering, 150
    - ordning, 79
    - potestas/potentia, 73, 76–79
    - Strömberg, 150–152
  - materialism, 100
  - marxism, 101
  - metafysik, 71
  - myndighet
    - Strömberg, 167–170
  - myndighetsutövning, 8, 31, 39, 41–43
    - 1971 års FL, 188
    - 2017 års FL, 39, 41, 260
    - brottslig, 237
    - definition

- 1971 års FL, 163
  - funktionell, 201
  - Mayer, 115
  - Strömberg, 167, 170
  - dold, 201, 221, 222, 224
  - genom faktisk handlingar, 220
  - mot tjänsteperson, 226
  - skadeståndsansvar, 224, 257
  - tröskeffekt, 223, 257, 267
  - under verkställande, 229
  - Wennergren, 154
- N**
- normativ utgångspunkt, 38
  - normativism, 83
  - nöd, 239
  - nödrätt
    - konstitutionell, 239–244
    - Castberg, 240, 242
- O**
- objektivitetsprincipen, 41
  - offentlig rätt
    - definition, 63
    - politisk jurisprudence, 62–66
    - politonomi, 65
  - officialprincipen, 41
  - ontologi, 101, 270
  - ordning
    - kapitalism, 102
    - konkret ordningstänkande, 83–
      - 92, 243, 270
    - normalitet, 85
    - normativt perspektiv, 84, 87
    - organisation, 69, 81
    - rättsmaskineriet, 76, 101
    - rättsordning, 93
    - rättspositivism, 86
    - organisation, 115
    - oskriven ansvarsfrihetsgrund, 20
- P**
- partikularitet, 254
  - partsärende, 42, 159, 172
    - enkla förvaltningsbestyr, 160
  - politi, 53–62
    - Benjamin om polis, 66
    - god politi, 54, 57
    - i begränsad mening, 55
    - polisstat, 67
    - politik, 62
    - politivetenskap, 54, 271
    - Reuterskiöld, 128–130
  - politik, 170
  - politivetenskap, 59
  - privatisering, 174
  - privaträtt, 266
  - proportionalitetsprincipen, 41
- R**
- rationalisering, 95, 96, 244, 253,
    - 275, 283
  - rationalitet
    - förvaltningens, 59
    - verksamhet, 28
  - realism, 38, 62, 68, 82, 270
    - idealism, 87
    - idealistisk, 72, 278
    - materialistisk rättsrealism, 100–
      - 103
    - skandinavisk rätts-, 69–72, 98,
      - 101, 278

- restkategori, 115, 119, 126, 144,  
146, 166, 183, 191, 199,  
277, 281
- rättighetsdiskurs, 29
- rättsdogmatik, 53, 98
- rättsordning, 69, 102, 271  
Ragnemalm, 170
- rättspositivism, 123, 130
- rättsstat, 3, 56, 139  
Mohl, Robert, 58  
polisstat, 56–58, 60  
rättspositivism, 82
- rättstat, 10
- S**
- service, 173
- självförvaltning, 115, 152
- skön, 17–19, 139, 141, 204, 280  
fakultativitet, 18  
ramlagar, 174, 246
- skönsmässighet, 21, 32, 55, 123
- sociologi, 103
- spårvagn, 192
- stat  
god, 39  
kulturrättsstat, 126  
polisstat, 126  
samhälle, 124  
som objekt, 134  
som subjekt, 114, 133, 134,  
144  
statsorgan, 124  
välfärdsstat, 126
- statslära, 285  
allmän, 48
- Staatslehre, 48
- statsrätt, 155
- suveränitetens problem, 74
- suveränitetsperspektivet, 59, 68,  
72, 74, 80, 92, 113, 184,  
240, 242, 270
- systematik, 29, 34, 37, 107, 117,  
161, 193, 244, 251, 255,  
259, 270, 276, 278, 282
- Mayer, 112
- Ragnemalm, 171
- Wennergren, 154
- Wilhelmsson, 283
- T**
- tidsutdräkt, 256
- tillämpning, 99
- tjänstefel, 26
- tvång, 206, 232, 256
- tvärvetenskap, 284
- U**
- undantagstillstånd, 238
- V**
- verkställande, 99, 188, 222, 228,  
232, 260
- vertikal relation, 3, 73, 151, 164,  
262, 263, 265
- våld, 19–22, 66, 71, 205, 224, 232,  
255
- Å**
- åtgärd, 186, 202, 221, 230, 248,  
259, 279
- behandlingsåtgärder, 236

olaglig, 241

## Ä

### ändamål

allmännas bästa, 140

statsändamål, 113, 118, 122

ändamålsenlighet, 61, 127

### ändamålsenlighet, 14

### ärende

#### definition

1968 års betänkande, 209

materiell, 223

SOU1968:27, 163

Wennergren, 154

ej innefattande myndighets-  
utövning, 189

myndighetsutövningsärende,  
153, 223

systematik, 227

ärendehandläggning, 1, 41, 42, 153,  
158

Ragnemalm, 171

ärende-beslut-myndighetsutövning,  
2, 29, 41, 97, 186, 198,  
277, 278

## SUMMARY

This thesis questions the central distinction between administrative procedures (*ärendehandläggning*) and concrete administrative activity (*faktisk verksamhet*), found in Swedish administrative law. The central claim is that administrative law should take as its starting point the fact that public administration is concrete activity. This instead of focusing on administrative procedure and exercise of public authority (*myndighetsutövning*). Rather than being seen as a peripheral aspect surrounding the normal core of administrative procedure, the concrete activity should be seen as the normality. Administrative procedures and exercise of public authority instead function as exceptions which are procedurally regulated to a higher degree. The understandable focus in administrative law on these parts of public administration activity should thus be adjusted through a shift of perspective towards administrative activity as a whole.

The *first chapter* connects this overall aim to a focus on the central principle of legality. This theme is developed in a discussion of two examples: unregulated use of violence in international military interventions and a case of state employees acting against regulations in order to fulfil a Government instruction relating to export of military technology. It is argued that the concrete activity in these cases cannot be meaningfully described from the perspective of the legality principle. The presumption that legality is a presumed quality of public administrative activity cannot be correct and it is instead argued that the requirement of legality is secondary in relation to the execution of political decisions.

The central triad of concepts in Swedish administrative law – procedure/decision/exercise of public authority – does not sufficiently describe the concrete activity in these cases. Legality could rather be seen as a quality that different activities can have to a smaller or larger extent.

The thesis contributes to the *general theory of administrative and public law*. This in order to *develop a systematic and conceptual framework so it produces better and more realistic descriptions of public administration*.

The theoretical project is inspired by and draws on several sources. The aim of developing general theory draws on work in Swedish public law as well as work in the field of global administrative law and international public authority (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg). The long German tradition of *Staatslehre* and the contemporary revival of administrative law in the *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* form important inspirations, not least in their ambition to integrate the different fields of constitutional and administrative law into a unified discipline of public law. From the Anglo-Saxon context the work of Martin Loughlin on theory of public law and political jurisprudence also shows the possibility of and need for a broader theorization of public law. A European concept with a specific Nordic history is the notion of *politi/Polizei/police* which, as a theoretical perspective before the rise of *Rechtsstaat* thinking, had the favourable quality of a broad and relatively realistic perspective on state activity.

The theoretical basis draws on three strands of thought. The first is realism, as a general scientific aim but specifically rooted in the tradition and aims of the Scandinavian legal realist movement. The second is the shift of focus from the sovereign towards the administration, central in the works of Michel Foucault and Giorgio Agamben. Thirdly, an analysis of power as the effect of concerted action (Hannah Arendt) which takes place in what Carl Schmitt called the »concrete order«. Here institutionalist thinking, both in Santi Ro-

mano and contemporary authors such as Marco Goldoni is important.

The methodological approach is mainly inspired by »description» as the central concept, especially as developed by Anne Orford and in turn inspired by both Ludwig Wittgenstein and Foucault. A description of the development of central concepts (in Orford's case responsibility to protect and in this case the central concepts of Swedish administrative law) shows how different practices are rationalized and formulated as these concepts. This is coupled with a Karl Marx-influenced materialism and immanent critique as the specific methodological approach to critique the concepts as they are used in the present.

The *second chapter* mainly consists of a close reading of all important doctrinal and legislative sources in Swedish administrative law pertaining to the theme of the study. All sources with independent rather than derivative discussions on the concepts of administrative procedure, decision, exercise of public authority, and concrete activity, are described. The historical scope spans mid 19th century to the present.

The chapter traces the widely differing theoretical perspectives informing the different authors and the shifts leading up to the general consensus to use the central concepts to describe the activity of public administration. Central findings include:

- The great difficulty with which administrative law can grasp the heterogeneous activity of public administration.
- The negative definition of administration as what is left of state or public activity when legislation and adjudication is positively defined.
- The critical development of the concept of exercise of public authority in connection with the codification of general administrative law in the Swedish Administrative Procedure Act of 1971.
- The lack of positive definitions and in general discussion, theoretical or otherwise, of concrete activity in administrative law literature.

Several fragments useful in developing the alternative perspective of the thesis are found in the historical literature. Especially the often explicit but not developed understanding among authors that public administration is much more than just the central »core« of procedures leading to administrative decisions.

The *third chapter* develops the immanent critique through an analysis of the different components of administrative activity, especially before, during, and after an administrative decision.

The first part of the chapter focuses on the procedure. Questions include when a procedure starts, how this relates to concrete activity in and outside of the procedure, the difference between procedures with external parties and internal procedures, the interaction with private law regulation and procedures, and the relationship between a public agency and its personnel.

The second part of the chapter focuses on the execution of administrative decisions. Questions here concern favourable exercise of public authority, execution of decisions over long periods of time such as deprivation of liberty, criminal acts through or relating to exercise of public authority, and also border cases of public activity such as acts legitimized by constitutional necessity.

The third part of the chapter is based on the preceding parts of the study and suggests several new or developed concepts or analytical categories. These suggestions are based in the attempt to both accurately describe the current legal regulation, and to develop it through an immanent critique from a realist perspective. The aim is to find better tools to be able to describe public administration from a legal perspective.

The suggested concepts and categories are:

- Unregulated administration (*oreglerad förvaltning*), a concept in Swedish municipal law that is raised to the level of general public and administrative law. The idea is that all public administration is from the outset not necessarily bound by any strict procedure or more than a formal legality requirement. In this sense it is »unregulated«. Some parts of this public administration activity are then regulated more closely, most



often through the general administrative procedure in accordance with the Administrative Procedure Act and its central concepts of procedure/decision/exercise of public authority.

- »Measure» (*åtgärd*) as a basic concept in administrative law. While decisions have been seen as a basic concept in Swedish administrative law, it is shown that the decision concept is unable to grasp all actions made by public officials. As a complement to the broad category of unregulated administration, the development of the concept »measure» is suggested. It can function as an atomic concept, grasping actions that are potentially of legal relevance and which are not necessarily performed in direct connection to an administrative procedure.
- Forms of administrative action (*Handlungsformen*) is a German legal concept used to describe the different types of measures made in public administration in more detail. It is suggested that this conceptual schema could also be applied in the Swedish context.
- Two dimensions of exercise of public authority. In the analysis it is suggested that two main dimensions are relevant when deciding whether a measure or decision passes the threshold of exercise of public authority. The first is the degree of particularity. Decisions of a general character are less likely to be exercise of public authority. More individual measures or decisions, like e.g. building permits, pass the threshold, while e.g. a general building plan usually does not. The other dimension is the level of seriousness. The more interfering a measure or decision is, the more likely it is to pass the threshold. One aspect of this is the duration of the measure. This then gives a schematic two-dimensional graph on which different actions can be mapped. (See figure 3.2 on page 254.)
- Consumption of exercise of public authority in decisions. Actions that objectively fulfil the requirements of exercise of public authority can be deemed parts of either the procedure leading up to a decision or as just parts of the execution of a decision. It is then suggested that this amounts to a »consump-

tion» of these cases of exercise of authority in the decision. As long as these measures (e.g. to decide in which room a prisoner should stay or what food she shall eat) do not rise above a certain level of seriousness, they are consumed in the decision or judgment that is executed. In any other case such measures would themselves amount to exercise of public authority and among other things require specific motivation and could generally be appealed.

- Finally, the notion of a »special administrative relation» (*speciell förvaltningsrelation*) is suggested to better describe the specific situation that certain individuals find themselves in, in relation to the state. While no longer relevant, it was previously an important concept in German law (*besonderes Gewaltverhältnis, Sonderrechtsverhältnis*). Clear examples historically are prisoners, pupils in obligatory schooling or conscripted soldiers. These all had a different, and generally less autonomous, relation towards the state than private individuals. While this binary distinction is not suitable it is suggested that a triangular field can be mapped out, between three poles: general administrative relation (*allmän förvaltningsrelation*), special administrative relation, and private law relation (*privaträttslig relation*). (See figure 3.5 on page 265.)

The *fourth and final chapter* summarizes the preceding study and suggests future avenues of research. The main aim here is to further develop a broader public law discipline, incorporating international research, comparative studies as well interdisciplinary sources.

This could be done on the micro level, through case based empirical studies, based in the general theoretical approach developed in the thesis. But it should also encompass further theoretical studies within the public law discipline as such, developing basic concepts and contributing both the general theory of public law as well as jurisprudence and legal philosophy generally.

Another possibility is to apply the basic theoretical concepts based in a realistic and materialistic analysis on other fields, such as

private law. Other legal sub-disciplines and not least fields of study overlapping such boundaries, like areas where public and private law interact, could benefit from a perspective not caught in each sub-disciplines specific legal concepts.

Finally, studies in public law *sensu lato* or political jurisprudence could also contribute to political theory, philosophy, sociology, political science and other disciplines in the humanities and social sciences.

Along this path there is a hope and potential for a restored eclectic discipline that could take up the mantle of what Hegel called a »science of the state«.

## EFTERORD

Jag har under nära sex år varit anställd av Juridiska institutionen vid Göteborgs universitet. Som en av de som stått projektet nära påpekat har det kostat skattebetalarna mer än sex miljoner kronor. Att med månadslön få ägna flera år av sitt liv åt att läsa, skriva och samtala kring det man själv tycker är viktigt och intressant är en sällsynt förmån.

Ekonomiskt stöd från Hvitfeldtska stiftelsen, Filosofiska fakulteternas gemensamma donationsnämnd och Juridiska institutionen möjliggjorde flera resor, konferenser samt en fruktbar forskningsvistelse vid Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg. Jag vill också tacka Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning som bidragit till tryckkostnaden för avhandlingen samt Kungl. Hovstaterna för rätten att återpublicera bilden på sidan x. Tack till Karl Norin för tillåtelse att återge hans verk på omslaget och Jonas Fridén för typografiråd.

Så många kollegor på institutionen i Göteborg och vid andra lärosäten har på olika sätt stöttat mig under projektets gång. Tack till Jens Andreasson, Gabriella Argüello, Matilda Arvidsson, Saki Bailey, Mikael Bernardini, Moa Bladini, Merima Bruncevic, Cosmin Cercel, Johanna Chamberlain, Jakob Efe, Patrik Emblad, Lena Enqvist, Maria Hedlund, Eduardo Gill-Pedro, Jeffrey Johns, Mathias Krusell, Hannes Lenk, Anna-Sara Lind, Lars-Göran Malmberg, Claes Martinson, Annkatrin Meyerson, Andreas Moberg, Gregor Noll, Mats Persson, Christer Ranch, Jane Reichel, David Ryffé, Ann-Sophie Sallander, Eberhard Schmidt-Aßmann, Sara Stendahl, Aron

Westholm och Joachim Åhman. Jag vill särskilt tacka Erik Björling och Sebastian Wejedal för deras närvaro, öppenhet och vänskap.

För sina kritiska och värdefulla läsningar under mina tillsyns-seminarier vill jag tacka Lars-Göran Malmberg, Robert Pålsson, Sebastian Wejedal, Joachim Åhman och särskilt Leila Brännström. Leilas förmåga att läsa konstruktivt och generöst är en gåva.

För engagemang innan och under min forskarutbildning och inför framtiden efteråt vill jag tacka Sebastian Wejedal, Joel Samuelsson, Claes Martinson, Sara Stendahl, Erik Björling, Jakob Heidbrink och allra särskilt min ständigt närvarande, omtänksamme och engagerade far, Jørgen Johansen.

För läsning av olika delar av manuset under slutfasen vill jag tacka Erik Björling, Patrik Emblad, Jannice Käll, Martin Engberg, Otto Swedrup och allra särskilt min inspirerande mor Ingegerd Johanson som, bland så mycket annat, gett mig det svenska språket.

Ett varmt tack till mina handledare Thomas Erhag och Håkan Gustafsson som gett mig många värdefulla samtal och från första till sista stund trott på mig och mitt projekt.

Wilhelm von Humboldt hävdade att det akademiska arbetet först och främst krävde ensamhet och frihet. Men den mänskliga anden kunde i vetenskapen endast utvecklas genom att den enas fruktbara aktivitet hänförde andra. För kamratskap och för det ständigt pågående samtalet vill jag tacka Hjalmar Falk och Mårten Björk som både hjälpt mig i avhandlingsskrivandet och räddat mig från det på så många sätt.

Många vänner har funnits kring mig de senaste åren och jag är tacksam för deras vänskap. Tack Amelie, Boel, Celine, Helena, Hye-kyung, Jennie, John, Martin, Mikael, Miriam, Olav, Petter, Rakel, Sofia, Stina och Torsten. Särskilt tack till GDH-sällskapet för den yttre och inre skärgården.

Mer än tack till alla i hela den stora familj jag fötts i och den jag gifts in i: Ingegerd, Tommy, Jørgen, Majken, Jenny och Andreas med familj; Ann-Britt (inte minst för alla promenader), Lasse, Maria, Simon, Jonas, Julia med familjer. Ni har alla stöttat mig, men

framförallt är ni min källa till glädje och ro i livet. Ensamhet och frihet är inget värt utan gemenskap och kärlek.

Till min älskade Jona, som kom till oss halvvägs. Du ser på mig varje dag och undrar med din blick, *hej, vad tänker du på?* Sen säger du vad du tänker på. Då vet jag att det är det enda jag egentligen vill veta.

Till Klara, min mest hängivna påhejare. Du är jämngammal med projektet, men ändå klokare än alla böcker jag läst. Jag dedikar avhandlingen till dig, kära Klara.

Till Anna, min bästa vän och min kärlek. Du som förstår allt, som vet vad jag pratar om när jag inte vet det. Några skärvor av all din kunskap och vishet om människorna har fallit ned och fastnat i min bok. Det har gjort hela skillnaden. Tack för allt, kära Anna.

Tormod Otter Johansen  
Göteborg, maj 2019