Brita Sundberg-Weitman

Saklighet och godtycke

i rättskipning och förvaltning



NORSTEDTS

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från 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 vidaredistribuera 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, och inte på ett sätt som ger en bild av att licensgivaren stödjer ett specifikt användande.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

När det gäller verk av författare som avlidit för mer än 70 år sedan finns enligt svensk lag inte längre någon upphovsrätt. Sådana arbeten kan användas helt fritt och slutanvändarlicensen som annars skulle ha gällt för verk som tillhandahålls från juridikbok.se gäller inte sådana verk. Observera dock att det kan finnas flera rättigheter knutna till ett verk. Exempelvis kan medförfattare och illustratörer ha egna rättigheter till verket. I dessa fall kan verket vara upphovsrättsligt skyddat trots att upphovsrätten har upphört för en författare.

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f460d

Brita Sundberg-Weitman

Saklighet och godtycke

i rättskipning och förvaltning

ADVOKATFIRMAN
HAMMARSKIÖLD & CO
BIBLIOTEKET

Offentlig rätt

P A Norstedt & Söners förlag
Stockholm

100-

ISBN 91-1-807701-3
Omslag: Rolf Hernegran
Vågen på omslaget är fotograferad
av ReTeam Foto i Marianne Lindholms
The och Kaffehandel Storkyrkobrinken 9,
Stockholm
© P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1981
Studentlitteratur ab
Lund 1981

Innehåll

Förkortningar 12

Kap. 1 Inledning 13

1.1 Problemet 13
Maktmissbruk 13
Lagens skyddsfunktioner 13
Idén om ett rättssamhälle 13
Medborgerliga rättigheter 14
Normmässighet 14
Värderingar nödvändiga 14
Var skall värderingarna hämtas 16

1.2 Saklighetskravet i regeringsformen 18
Saklighetskravets fundamentala funktion 18
Ändringen 1976 20

Kap. 2 Doktrinen i Norden 21

2.1 Sverige 21
Hammarskjöld 21
Sundberg 21
Eek 22
Victorin 23
Bramstång 23
Westerberg 24
Strömberg 24
Ragnemalm 25

2.2 Danmark 26
Andersen 26
Krarup 29
Christensen 30

2.3 Norge 32
Knoph 32

Castberg 32
Eckhoff 33
Frihagen 34
Bernt 35
Boe 37
2.4 Finland 38
Merikoski 38
2.5 Synpunkter på doktrinen 39

Kap. 3 Fransk, Västtysk och Engelsk rätt. Europarådet. Madridkongressen 41
3.1 Frankrike 41
3.2 Västtyskland 44
3.3 England 46
3.4 Europarådets rekommendation 51
3.5 Madridkongressen 52

Kap. 4 Utgångspunkter för den fortsatta undersökningen 53
4.1 Saklighetskravet som ordinär lagtolkning 53
4.2 Saklighetskravet som samlingsbegrepp för vissa fundamentala principer 53
Medborgerliga rättigheter 53
Likhet inför lagen 54
Den organisatoriska specialitetsprincipen 55
Främmande intressen 55
Bestraffning utanför straffrätten 56
4.3 Undersökningens bedrivande 56

Kap. 5 De medborgerliga rättigheterna i 2 kap. 1 § regeringsformen 58
5.1 Inledning 58
Definitionen av rättigheterna 58
Förbudet att särbehandla på grund av tro eller åskådning 60
5.2 Tryckfriheten 63
5.2.1 Inledning 63
5.2.2 Saklighetskravet i praxis 65
"Kontakt med sovjetidrotten" 65 "FNL:s affischryttare" 66 "Misshagliga åsikter i annonsbladet" 66 "Sänkt sedebetyg" 66 "Köp ej tyska varor" 68 "Antisemitiska flyg-

blad" 69 "Bort med Dagsposten"69 "Affischer i skolan" 70 "Ingen politisk propaganda i skolan" 73 "Veckotidningar på fångvårdsanstalt" 74

5.2.3 Diskussion 74
Allmänt om fallen 74
Kommuner och verksamhet utanför myndighetsutövning 75
Förargelseväckande beteende 75
Polisingripande mot plakat 77
På grund av — som en följd av; en skillnad 78
Antecipering av ordningsstörningar 79
Spridningsrätten i försvar och skola m.m. 80

5.3 Mötesfriheten 83

5.3.1 Inledning 83

5.3.2 Saklighetskravet i praxis 86
"Leve rådsrepubliken Sverige" 86 "Sydafrika 1963 — Slaveri" 87 "Franco-Mördaren" 87 "Statlig bojkott mot Sydafrika" 88 "VPK i Orminge" 89 "Tito-Mördare" 89

5.3.3 Diskussion 90
Budskapet irrelevant vid tillståndsprövning 90
Antecipering av ordningsstörningar 91
Ingripande som måste leda till inställande 92
Polisingripande mot banderoller 92

5.4 Yttrandefriheten utanför tryckfrihetsförordningen, informationsfriheten, demonstrationsfriheten utan lagen om allmänna sammankomster samt åsiktsfriheten 93

5.4.1 Inledning 93

5.4.2 Saklighetskravet i praxis 95
Yttrandefriheten för offentliga tjänstemän 95
Valupprop från predikstolen" 96 "Bekämpa det kristendomsfientliga bondeförbundet" 96 "Regeringen föreslår barnamord" 97 "Spanska inbördeskriget" 97 "Vattenrättsdomare" 98 "Zigenarbrevet" 99 "Tjänstemän i debatten" 101 "Munkavle på SÖ" 101 "Kritisk domare" 103
Åsiktsfriheten för offentliga tjänstemän 104
"Den nysvenske läraren" 104 "Polis med kommunistvänner" 107 "Politiserad bibliotekarietjänst" 107
Åsiktsfriheten för misstänkta och åtalade 108
"Terroristaffären" 108
Yttrandefriheten i skoltidningar 109

"Skoltidningen Rudis" 109 "Skoltidning om kriget i Vietnam" 109
"Kosygin i Avesta" 110 "Ballonger på Gärdet" 111
5.4.3 Diskussion 111
Yttrande- och åsiktsfrihet för offentligt anställda 111
Hänsyn till åskådning i brottmål 119
Demonstrationer 120
Polisingripande mot plakat 120
Rättsligt stöd 121
Betydelsen av 2 kap. 13 § regeringsformen 123
Frivillig offentlig verksamhet 123
5.5 Föreningsfriheten 124
5.5.1 Inledning 124
5.5.2 Saklighetskravet i praxis 127
"Den organiserade kyrkvaktaren" 127 "SACO-medlemmar i Västerås" 128 "Lönediskriminering av SACO och SR" 128 "Medborgarhuset 1" 129 "Medborgarhuset 2" 129 "Spanska musiker" 130 "Medlemskap i elevorganisation" 131 "S:t Lars sjukhus" 131 "Damfrisörseleven" 132
5.5.3 Diskussion 133
Förhållandet mellan grundlagens föreningsfrihet och arbetsrättens föreningsrätt 133
Uthyrning av lokal till politiska föreningar 134
Påtryckningar att tillhöra en organisation 134
Föreningsfriheten i skolor och på sjukhus 135
5.6 Religionsfriheten 136
5.6.1 Inledning 136
5.6.2 Saklighetskravet i praxis 138
"Vägran viga frånskilda" 138 "Kollektvägraren" 138 "Lärarvakt i skolan" 138 "Okonfirmerad kyrkogårdsledamot" 139 "Kommunister i kyrkorådet" 139 "Jehovas vittnen i skolan 1" 140 "Jehovas vittnen i skolan 2" 140 "Död avfälling" 141 "Jehovas vittnen som vårdnadshavare" 141 "Religiösa spädbarnsföräldrar" 141
5.6.3 Diskussion 142
Hänsyn till samvetsbetänkligheter 142
Diskriminering av en religiös åskådning 143
Särskilt om vårdnadsmål m.m. 143
5.7 Översiktlig diskussion 147
Allmänt 147

Formellt rättsligt stöd 148
Materiellt rättsligt stöd 148
Antecipering 150
Berörda organ och berörd verksamhet 151
Betydelsen av 2 kap. 13 och 14 §§ regeringsformen 152

Kap. 6 Likhet inför lagen 153

6.1 Inledning 153
6.2 Personliga förhållanden inom ramen för privatlivets helgd 159
6.2.1 Inledning 159
6.2.2 Saklighetskravet i praxis 160
"Samvetsäktenskap" 160 "Kritisk domare" 162 "Kejnemålet" 162 "Homosexuella officerare" 162 "SJ och Posten frågar" 163 "Konfirmerad körkortsinnehavare" 163 "Mamma starkare än pappa" 163 "Hyresgäst eller sambo?" 164
6.2.3 Diskussion 166
Allmänt 166
Privatliv som skadar tjänstens anseende 166
Homosexualitet 168
Närgångna frågor 169
Besiktning av bostad utan rättsligt stöd 170
Äktenskapsliknande förhållanden — ett meningsfullt kriterium i bidragsärenden? 172
6.3 Ålder 173
6.3.1 Saklighetskravet i praxis 173
"Den gamle skorstensfejaren" 173 "Åldersgräns för överlärare" 173 "Åldersgräns för besiktningsmän" 175 "Åldersgräns för taxiägare" 175 "Ung dansarrangör" 176
6.3.2 Diskussion 177
6.4 Nationalitet 180
6.4.1 Saklighetskravet i praxis 180
"Diskriminerad utlänning" 181 "Utländska trafiksyndare" 182
6.4.2 Diskussion 183
6.5 Samhällsställning 185
6.5.1 Saklighetskravet i praxis 185
"Berusad lärare" 185 "Restaurangyrkets frestelser" 186 "Jan Myrdals mamma" 186 "Häradshövdingens svär-

mor" 186 "Gynnade journalister" 187 "Affären Ingmar Bergman" 188 "Professorsauktoritet" 189
6.5.2 Diskussion 189
6.6 Förmögenhet och därmed jämförliga kriterier 192
6.6.1 Inledning 192
6.6.2 Saklighetskravet i praxis 193
"Sjukhusavgift" 193 "Vårdavgift på ålderdomshem" 194 "Utförsäkrade patienter i långtidsvård" 195 "Lekskoleavgifter" 196 "Daghemsavgifter" 197 "Livsmedelslokalen" 198 "Anställda med alkoholbesvär" 199
6.6.3 Diskussion 202
De kommunala avgiftsfallen 202
"Livsmedelslokalen" 205 "Anställda med alkoholbesvär" 205
6.7 Sociala och humanitära hänsyn till person 208
6.7.1 Inledning 208
6.7.2 Saklighetskravet i praxis 208
"Kiosker för handikappade" 208 "Gravid fästmö" 209 "Förskingrande landskanslist" 209 "Human stadsfogde" 210 "Den filantropiska lantbruksnämnden" 212 "Den kallsinniga lantbruksnämnden" 213 "Onyktert lokbiträde" 215
6.7.2 Diskussion 217
"Kiosker för handikappade" 217
JO-fallen 218
Sammanfattande omdöme 220
6.8 Åklagarna och likheten inför lagen 222
6.8.1 Generalklausulen om åtalsunderlåtelse vid bötesbrott 222
6.8.2 Åtalsplikten i praxis 233
"Hurrande bandyspelare" 233 "Betala eller jag åtalar 1" 234 "Betala eller jag åtalar 2" 234 "Betala eller jag åtalar 3" 234 "Bekanta genom prins Carl" 234 "Ödmjuka trafiksyndare" 235 "Vittna så slipper du åtal" 236
6.8.3 Diskussion 236
6.9 Översiktlig diskussion 240
Inledning 240
Behövs tumregeln? 241
Olika funktioner 244
Förslag till en närmare bestämning 245
Rättsligt stöd 246

Kap. 7 Den organisatoriska specialitetsprincipen 248

7.1 Inledning 248

7.2 Saklighetskravet i praxis 251

7.2.1 Allmän domstols uppgift 251
"Skyddsrummet" 251 "Priskontoret" 251 "Sänkt grundhyra för standardsänkning" 253 "Betala vattenräkningen" 255

7.2.2 Byggnadsnämnds uppgift 256
"Det fula taket" 257 "Diskbänk i matrummet" 257 "Sovrumsfönster" 257 "Kiosk som personalbod" 258

7.2.3 Hyresregleringsmyndighets uppgift 258
"Rusta upp lägenheten" 258

7.2.4 Hälsovårdsnämnds uppgift 259
"Minkfarmarna" 259 "Blomsterhallens skorsten" 260 "Badförbudet" 261

7.2.5 Kulturvårdande myndighets uppgift 212
"Kulturhistorisk byggnad 1" 262 "Kulturhistorisk byggnad 2" 262 "Den fina tavlan" 266

7.2.6 Miljöskyddsmyndighets uppgift 267
"Destruktionsugnen" 267

7.2.7 Naturvårdande myndighets uppgift 268
"Danskens sommarstuga" 268

7.2.8 Polisuppgifter 270
"Personundersökare som brottsutredare" 270 "Affären Ingmar Bergman" 270

7.2.9 Rusdrycksregleringsmyndighets uppgift 271
"Livsmedelsfiskalen" 271

7.2.10 Taxeringsmyndighets uppgift 272
"Affären Ingmar Bergman" 272

7.2.11 Trafikmyndighets uppgift 273
"Trafikfarlig garageport" 273 "Ridning på badplats" 273

7.2.12 Utlänningsmyndighets uppgift 274
"Politisk flykting" 275

7.3 Diskussion 276
Allmänt 276
"Betala vattenräkningen" och "Ridning på badplats" 276
Var en del av fallen bara en fråga om "lagens anda"? 277
"Minkfarmarna" och byggnadslagstiftningen 278
"Danskens sommarstuga" och 1916 års lag 280

Högsta domstolens ståndpunkt i "Kulturhistorisk byggnad 2" 283
Förpliktar principen de allmänna domstolarna? 285
Den organisatoriska specialitetsprincipens olika funktioner i belysning av praxis 285

Kap. 8 Främmande intressen 288

8.1 Inledning 288
Myndighetsutövning som påtryckningsmedel 288
Att låta någon annan bestämma 291

8.2 Myndighetsutövning som påtryckningsmedel 292

8.2.1 Saklighetskravet i praxis 292
Förmåner åt det allmänna 292
"Den döende svenskamerikanen" 292 "Exploateringsavgift i Östhammar" 292 "Bohman och skärgården" 292 "Exploateringsavtal" 295 "Efterge krav på intrångsersättning" 298 "Betala förra ägarens skuld" 298 "Högre arrende" 298 "Sydsvenska Ägg" 299 "Ersätt skada för markens användning" 301
Förmåner till välgörande ändamål 303
"Doktorns sopor" 303 "Pengar till isbanan" 303 "Kommersiell nöjestillställning" 305 "Ideell nöjestillställning" 305
Förmåner åt andra enskilda 306
"Spanska musiker" 306 "Ansvarig arbetsledare" 307

8.2.2 Diskussion 308
Påtryckningsmomentet 308
Syftets betydelse 309
Formellt frivilliga avtal 310
Principens tillämpning inom ramen för kommunal vetorätt 311
Byggnadslagstiftningen som påtryckningsmedel 311
Att handla enligt maximen "Går det så går det" 312
Gynnande av välgörenhetsföreningar 313

8.3 Att låta någon annan bestämma 313

8.3.1 Saklighetskravet i praxis 313
"Religion i förskolan" 313 "Motorcykeltävlingen" 314 "Farliga alkoholister" 315 "Lotterier för skolresor" 315 "SSU hos Skånska Dragonerna" 316 "Undrande polismästare" 317 "Undrande länspolischef" 317

8.3.2 Diskussion 318
Allmänt 318
Markägarintresset i vissa tillståndsärenden 318
Medbestämmandelagen 320
Ovidkommande intressen 321

Kap. 9 Bestraffning utanför straffrätten 322

9.1 Inledning 322

9.2. Saklighetskravet i praxis 325
"Bagare utan mjöl" 325 "Hundägare vid skampålen" 327 "Skatteresterande droskchaufför" 327 "Hemköps köttfärs" 328 "Näpsad tandläkare" 329 "Strejkande sjuksköterskeelever" 331

9.3 Diskussion 332

Kap. 10 Sammanfattning och avslutande diskussion 335

10.1 Sammanfattning 335

10.2 Några avslutande synpunkter 338
Motiveringens betydelse och den mänskliga hjärnans begränsning 338
Påföljder vid maktmissbruk 339
Generalklausuler m.m. 340
Lever vi i ett rättssamhälle? 341

Förkortningar

A.a.	Anfört arbete, dvs bok eller uppsats som nämnts i föregående fotnot i samma kapitel
AD	Arbetsdomstolens domar
All ER	The All England Law Reports
Ds Ju	Justitiedepartementets departementsserie
EG	De europeiska gemenskaperna, dvs Europeiska Ekonomiska Gemenskapen, Europeiska Kol- och Stålgemenskapen samt Europeiska Atomenergigemenskapen
InU	Inrikesutskottets betänkande (riksdagen)
JO	Justitieombudsmannen eller Justitieombudsmannens (-männen) ämbetsberättelse
JuU	Justitieutskottets betänkande (riksdagen)
KU	Konstitutionsutskottets betänkande (riksdagen)
MO	Militieombudsmannen eller Militieombudsmannens ämbetsberättelse
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv I (avgöranden av högsta domstolen)
Prop.	Proposition (regeringsförslag till riksdagen)
Rprot	Riksdagens protokoll
RÅ	Regeringsrättens Årsbok
SFS	Svensk författningssamling (officiell lagtext; ofta anges i texten endast SFS-numret, t ex lagen 1956:618 om allmänna sammankomster
SOU	Statens offentliga utredningar
SoU	Socialutskottets betänkande (riksdagen)
SvJT	Svensk Juristtidning

Kap 1 Inledning

1.1. Problemet

Maktmissbruk

Vad domstolar och myndigheter bestämmer med stöd av lag har medborgaren att finna sig i. Gör han det inte godvilligt, har samhället en maktapparat i beredskap, som kan tvinga honom till lydnad.

Makt kan utövas godtyckligt. Den som har obegränsad makt kan tvinga andra att rätta sig efter hans personliga värderingar och nycker.

Det demokratiska styrelseskicket är inte i och för sig någon garanti mot maktmissbruk. Det finns ingenting i det demokratiska styrelseskicket, som kan hindra majoriteten i den folkvalda församlingen från att använda sin makt på ett sätt som gynnar vissa grupper på bekostnad av andra. Det är det ena. Det andra gäller rättskipning och förvaltning. Om den folkvalda församlingen i en demokrati utrustar domare och tjänstemän med obegränsad makt, kan detta att församlingen är folkvald inte i och för sig hindra att makten missbrukas.

Lagens skyddsfunktion

Den enskilde behöver därför ett skydd mellan sig och den offentliga makten, oavsett på vilken eller på vilka händer makten ligger. Detta skydd har sedan urminnes tider varit lagen. Under hednatiden var det dock bara den frie som hade skydd av lagen. Trälen var rättslös och helt beroende av sin husbondes godtycke.

För att lagen skall kunna fylla sin skyddsfunktion måste den bestå av normer. Den lag som inte innebär annat än en fullmakt för någon överhet att utsätta den enskilde för tvång uppfyller inte lagens skyddsfunktion. Detta är särskilt tydligt om man tänker på trälarnas situation under hednatiden. Det faktum att husbonden hade lagens stöd för att behandla sina trälar godtyckligt kunde uppenbarligen inte innebära något skydd för dem.

Idén om ett rättssamhälle

Efter franska revolutionen med dess krav på frihet, jämlikhet och broderskap kom idéerna om ett lagbundet samhälle att utvecklas på

ett genomtänkt sätt. Framför allt skedde det genom utvecklingen av begreppet "Rechtsstaat" i den tyskspråkiga litteraturen på 1800-talet. Den anglosachsiska motsvarigheten till "Rechtsstaat" är "the rule of law". I Sverige var ordet rättsstat tidigare det vanliga uttrycket för dessa idéer. Numera hör man mera ordet rättssamhälle. Efter andra världskriget har man inom ramen för olika internationella organisationer försökt definiera vissa "mänskliga rättigheter" som ett skydd för den enskilde mot statsmakten.

Medborgerliga rättigheter

Någon fullständig och allmängiltig definition av begreppet rättssamhälle finns inte. Men vissa principer tycks vara allmänt erkända, även om detta ingalunda betyder att de alltid respekteras i praktiken. Till dessa principer hör den om medborgerliga rättigheter och den om normmässighet i rättskipning och förvaltning.

De medborgerliga rättigheterna är inte överallt desamma. De definieras olika i skilda länder. I stort sett motsvarar de emellertid de mänskliga rättigheter, som har erkänts inom ramen för bl.a. Förenta Nationerna och Europarådet. Medborgerliga och mänskliga rättigheter är avsedda att skydda den enskilde mot maktmissbruk såväl i lagstiftning som i rättskipning och förvaltning.

Normmässighet

Principen om normmässighet i rättskipning och förvaltning har kommit till uttryck redan i den första paragrafen i vår regeringsform. "Den offentliga makten utövas under lagarna." Principen har många aspekter, och från den kan många andra principer härledas, t.ex. den att lika fall skall behandlas lika.

Grundsatsen om all maktutövnings lagbundenhet gäller enligt regeringsformen för alla offentliga organ, även för riksdagen. Den kan dock inte annat än på ett mycket uttunnat och formellt plan ha samma innehåll för lagstiftaren som för domare och tjänstemän. Detta följer av att lagstiftaren har en frihet, som rättsligt begränsas bara av vissa konstitutionella regler, medan däremot all makt, som utövas i rättskipning och förvaltning, förutsätter särskild legitimation.

Värderingar nödvändiga

I det ideala rättssamhället skulle tillämpningen av lagarna kunna vara en rent mekanisk företeelse. Den abstrakta normen skulle konfronteras med en bit konkret verklighet; svarar verkligheten mot

normens beskrivning, skulle domstolen eller myndigheten bara ha att uttala den rättsföljd, som normen föreskriver.

Ett samhälle med enbart sådana normer, som kan tillämpas mekaniskt, är knappast möjligt att föreställa sig och har nog aldrig existerat. Detta sammanhänger med gränserna för den mänskliga fantasin. Det är omöjligt att förutse alla skiftande företeelser i verkligheten, som måste beaktas, om en norm skall avfattas så att den kan uppfylla sitt syfte och samtidigt vara föremål för en rent mekanisk tillämpning. Normer, som vore så avfattade, att de kunde tillämpas mekaniskt, skulle också ofta bli så utförliga och komplicerade, att rättssystemet skulle bli en gigantisk och ogenomtränglig djungel.

Därför måste vi godta, att domstolar och myndigheter tolkar normen och fyller ut den, så att dess relation till det praktiska fallet kan bestämmas. Detta kan inte ske utan värderingar. När en domstol skall ta ställning till om det med hänsyn till ett barns bästa är skäligt att det står under moderns eller under faderns vårdnad, är den hänvisad till värderingar. När en byggnadsnämnd skall pröva om byggnadsritningar, som är fogade till en ansökan om byggnadslov, motsvarar vad stads- eller landskapsbilden fordrar, är den likaledes hänvisad till värderingar. När en polisman skall fullgöra sin plikt att upprätthålla allmän ordning, måste han värdera var gränsen går mellan vad som är tolerabelt och vad som inte är det.

Den allmänna principen att lika skall behandlas lika kan inte ändra på detta. Tvärtom är denna princip själv meningslös, om den inte färgas med värderingar. Den saknar i och för sig varje materiell innebörd. Det finns alltid både likhet och olikhet när man jämför två personer eller två handlingar eller två företeelser vilka som helst. För att tillämpa principen att lika skall behandlas lika måste man därför först klargöra likhet och olikhet och sedan avgöra om det är likheten eller olikheten som är betydelsefull i sammanhanget. Det går inte utan värderingar. Exempelvis har jämställdhetspolitiken i Sverige på 1970-talet gjort att man och kvinna anses lika i dag på många områden, där de för 10—15 år sedan ansågs olika.

Utrymmet för värderingar kan naturligtvis vara större eller mindre. En lag, som bara hänvisar till vad som är bäst eller lämpligast, ger maximalt utrymme för värderingar. Frågan om vad som är att anse som "våld" eller "sanitär olägenhet" ger mycket mindre utrymme men kan i ett enskilt fall bedömas olika av skilda personer beroende på olika värderingar. Vissa regler kan verkligen tillämpas rent mekaniskt, t.ex. regeln att den som är i konkurs inte får åtaga sig för-

bindelse, som kan göras gällande i konkursen.

En lag kan på olika sätt ge utrymme för värderingar. Det kan ske genom obestämda rättsbegrepp som t.ex. när anställningsskyddslagen anger, att uppsägning av en arbetstagare skall vara "sakligt grundad". Det kan också ske genom att en domstol eller en myndighet får befogenhet att avgöra vad som är skäligt i det enskilda fallet. Skäligheten kan då vara av kvalitativ eller av kvantitativ art. När avtalslagen anger, att ett avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt, är det närmast en kvalitativ bedömning som domstolen har att göra. Enligt rättegångsbalken får domstol i vissa fall uppskatta en inträffad skada till skäligt belopp; här är det fråga om en kvantitativ bedömning. Ibland ger en lag ett allmänt organ befogenhet men inte skyldighet att vidta en åtgärd under vissa förutsättningar; kommunernas förköpsrätt enligt förköpsrättslagen är en befogenhet som kommunerna i princip fritt förfogar över.

Var skall värderingarna hämtas?

I detta sammanhang finns det knappast någon anledning att dra upp gränserna mellan dessa olika typer av befogenheter. Gemensamt för dem alla är att en domstol, en myndighet eller ett annat allmänt organ har en maktbefogenhet, som ger utrymme för värderingar. Varifrån skall dessa värderingar hämtas? För att rättssamhället skall vara en realitet är det uppenbarligen viktigt, att medborgaren inte kan utsättas för tvång, som beror på privata värderingar hos de domare och tjänstemän som fått makt att utöva tvång.

Detta kan undvikas på olika sätt. Om syftet med en lag är klart och konkret angivet, behöver sådana regler, som formellt endast hänvisar till skälighet eller lämplighet, i själva verket inte ge mycket utrymme för privata värderingar. 33 § avtalslagen föreskriver, att en eljest giltig rättshandling inte får göras gällande under vissa förutsättningar och hänvisar därvid bl.a. till "tro och heder". Detta är ju ett mycket vagt uttryck. Men av förarbetena till lagen framgår syftet med denna bestämmelse på ett sådant sätt, att man i ett fall, där det faktiska händelseförloppet är utrett, bör kunna förutse tillämpningen av stadgandet. Om ett lagstadgande hänvisar till skälighet o.dyl. och avser ett levnadsområde, där det i stort sett råder okontroversiella värderingar om vad som är skäligt, är utrymmet för domarens eller tjänstemannens egna värderingar inte stort. För 10—15 år sedan var det i vårt samhälle i stort sett okontroversiellt, att små barn var mera beroende av modern än av fadern; denna föreställning gav mycket

litet utrymme för domarens privata värderingar i vårdnadsmål, som gällde små barn. Om det i lagen framgår, att vissa intressen anses viktigare än vissa andra intressen, minskar också i motsvarande mån domarens och tjänstemannens frihet att låta egna idéer göra sig gällande i en prövning, där dessa intressen står emot varandra. Exempelvis framgår det av olika regler i brottsbalken, att intresset av allmän laglydnad skall anses väga tyngre än intresset av att den enskilde lagöverträdaren behandlas på det sätt, som är bäst för honom.

Det är nog oundvikligt, att domare och tjänstemän i någon mån hänvisas till sina privata värderingar. Om idén om ett rättssamhälle tas på allvar, är det likväl tydligt, att detta bör undvikas så långt det är möjligt.

Somliga domare och tjänstemän tycker illa om att blanda in sina egna värderingar i rättstillämpningen. Andra gör det med tillfredsställelse, kanske för att de ser sina egna värderingar som högsta rätt och sanning. För den första kategorin tar sig deras "horror vacui" ofta uttryck i en benägenhet att utforma tumregler, som avpassas på det sätt som de med eller utan fog tror motsvara vad en majoritet i riksdagen skulle vilja. Men ofta framstår dessa tumregler själva som godtyckliga. Den andra kategorin kanske också utformar tumregler, men de är då i stället avpassade efter de egna politiska värderingarna. Många i denna kategori föredrar emellertid att ha helt fria händer och att från fall till fall bestämma vad de tycker ger det bästa resultatet.

Ur rättssamhällets synpunkt kan man ha olika meningar om vilken av dessa metoder som är värst; det torde vara obestridligt, att de alla innefattar ett mått av godtycke.

Vad kan då hjälpa den enskilde från att vara utlämnad till godtyckligt tvång i den ena eller den andra formen? Ja, hans krav bör i första hand inriktas på lagstiftningen. Genom klara syften och bestämda tillämpningsområden för olika lagar, genom vägledning för rättstillämpningen med avseende på intresseavvägningar, som aktualiseras av en lag, kan utrymmet för godtycklig tillämpning göras minimalt. Åtskilliga av 1970-talets lagar har kommit till utan att det, såvitt framgår av förarbetena, ens har diskuterats, hur den enskilde kan skyddas mot godtycklig tillämpning.

I väntan på en sådan sanering av själva lagstiftningen får medborgaren lita till att det ändå ostridigt gäller, att makt inte får användas godtyckligt. Men vad innebär begreppet godtycke? Syftet med denna bok är att se om man kan formulera några praktiskt användbara

regler för att bestämma vad som är godtycklig rättstillämpning. Framför allt inriktas framställningen på gränser för "det fria skönet" i fall, när den lag, som skall tillämpas, och dess förarbeten inte ger tillräcklig ledning.

1.2. Saklighetskravet i regeringsformen

Saklighetskravets fundamentala funktion

"Den offentliga makten utövas under lagarna." Så står det i 1 kap. 1 § tredje stycket regeringsformen. Och i 1 kap. 9 § regeringsformen stadgas:

Domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttaga saklighet och opartiskhet.

Den framträdande plats, som dessa båda stadganden har fått i regeringsformen, tyder på att de är av grundläggande betydelse i vårt samhällsskick. Detta bekräftas också av förarbetena. Det var på tillskyndan av justitieombudsmännen Lundvik, Thyresson och Wennergren som principen om lagbundenhet i rättskipning och förvaltning kom till uttryck i regeringsformens första kapitel om statsskickets grunder. De föreslog också ett tydligt krav på objektivitet, opartiskhet och lika behandling.

Grundlagberedningen hade föreslagit, att inledningskapitlet i regeringsformen skulle ha en paragraf med föreskrift att rikets myndigheter skall "styrka rätt och sanning, hindra vrångvisa och orätt samt skydda envar till liv, ära, personlig frihet och välfärd". Denna avfattning knöt an till 16 § i 1809 års regeringsform. Vidare hade grundlagberedningen föreslagit ett stadgande i 10 kap. — med rubriken "Rättskipning och förvaltning" — med föreskrift för domstolar och förvaltningsmyndigheter att handla i enlighet med rättsordningen och att inte utan stöd av någon rättsregel särbehandla någon på grund av hans personliga förhållanden såsom tro, åskådning, ras, hudfärg, ursprung, kön, ålder, nationalitet, språk, samhällsställning eller förmögenhet.[1]

Justitieombudsmännen föreslog vid remissbehandlingen av grundlagberedningens förslag, att principen om lagbundenhet i stället fick komma till uttryck redan i regeringsformens första kapitel om statsskickets grunder. De framhöll:

[1] SOU 1972:15 s 17 (8 §) och s 28 (5 §).

> Som särskilt utmärkande för den svenska folkstyrelsen har — — — framhållits två drag, den fria åsiktsbildningen och den allmänna rösträtten. Åtskilliga andra drag skulle kunna anföras men de torde i betydelse inte kunna mäta sig med de två nämnda. Det bör kunna överlåtas åt de följande kapitlen i grundlagen att beskriva dem. Ett drag framstår emellertid i våra ögon som så väsentligt och förmer än övriga att det bör nämnas vid sidan av den fria åsiktsbildningen och allmänna rösträtten, nämligen att den svenska folkstyrelsen underkastar sig lagens band. Den gamla grundsatsen att land skall med lag byggas har följt det svenska statsskicket genom tiderna och utgjort dess ryggrad.[2]

Det föreslagna stadgandet om att rikets myndigheter skall "styrka rätt och sanning" etc. fann justitieombudsmännen alltför ålderdomligt avfattat. Med en sådan lydelse, menade justitieombudsmännen, kunde stadgandet inte förmedla sin mening till nutidsmänniskan; det framstod därför som "otjänligt för sitt viktiga ändamål". De tillade:

> Det kan befaras att stadgandet mera kommer att uppfattas som en relik än som en också för våra dagars myndigheter och deras tjänstemän grundläggande handlingsregel. Detta är så mycket beklagligare som man står inför något som det är av fundamental betydelse att inskärpa hos myndigheterna och deras befattningshavare, nämligen det krav på objektivitet, opartiskhet och lika behandling av medborgarna som är ett utmärkande drag för den offentliga verksamheten och som sätter sitt särmärke på denna vid jämförelse med privat verksamhet. I vår verksamhet har vi ofta erfarit behov av att kunna hänvisa till ett stadgande i grundlag som ger klart besked om objektivitetskravet. — — — Enligt vår mening skulle det vara en styrka att i stället för det allmänt hållna stadgandet om rättsvården — — — få ett stadgande som tydligt framhävde objektivitetskravet t.ex. genom att föreskriva att myndigheterna skall iaktta saklighet och opartiskhet samt handla fritt från godtycke och ej särbehandla någon utan laga stöd.[3]

Chefen för justitiedepartementet anslöt sig på båda punkterna till vad justitiemännen anfört.[4] Så intogs i 1 kap. bestämmelsen att den offentliga makten utövas under lagarna. Därmed ansågs det av grundlagberedningen föreslagna stadgandet om domstolars och förvaltningsmyndigheters bundenhet av rättsordningen onödigt. I 1 kap. intogs också följande stadgande:

[2] JO 1973 s 570 f.
[3] JO 1973 s 571.
[4] Prop. 1973:90 s 228 och 235.

Domstolar och förvaltningsmyndigheter skall i sin verksamhet iaktta saklighet och opartiskhet. De får ej utan rättsligt stöd särbehandla någon på grund av hans personliga förhållanden, såsom tro, åskådning, ras, hudfärg, ursprung, kön, ålder, nationalitet, språk, samhällsställning eller förmögenhet.

Ändringen 1976

Detta stadgande fick 1976 en annan lydelse.[5] Det riktar sig numera inte bara till domstolar och förvaltningsmyndigheter utan också till "andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen". Utöver att de skall iaktta saklighet och opartiskhet åläggs de också att "beakta allas likhet inför lagen". Den andra meningen med förbud att utan rättsligt stöd särbehandla någon på grund av hans personliga förhållanden har utgått. Den ändrade lydelsen har inte varit avsedd att ändra stadgandets innehåll. Det var fri- och rättighetsutredningen som föreslog, att den andra meningen skulle utgå, och skälet för detta var att den hade missförståtts på det sättet att man på sina håll ansett den ge uttryck för att lagstiftaren inte var främmande för att i lag föreskriva rasdiskriminering (— — — ej utan rättsligt stöd särbehandla någon på grund av — — — ras). Utredningen anförde därvid, att den andra meningen inte tillförde regleringen något utöver vad som uttrycks genom kravet på saklighet och opartiskhet.[6] Chefen för justitiedepartementet instämde i detta och föreslog, att man samtidigt skulle göra ett tillägg till första meningen, så att det framgick att kravet på normmässighet även gäller regeringen när den uppträder som högsta myndighet i förvaltningsorganisationen samt privaträttsliga subjekt när dessa fullgör förvaltningsuppgifter.[7] Riksdagen antog propositionsförslaget med ett tillägg om skyldighet att också "beakta allas likhet inför lagen". Tillägget ansågs dock inte tillföra stadgandet någonting nytt.[8]

I fortsättningen kommer jag att kalla den princip som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § regeringsformen för saklighetskravet. Det finns väl en skillnad i betydelse mellan begreppet saklighet och begreppet opartiskhet, men den kommer inte att beaktas här.

[5] Lag 1976:871.
[6] SOU 1975:75 s 118 f.
[7] Prop. 1975/76:209 s 138, jfr s 98.
[8] KU 1975/76:56 s 21, Rprot. 1975/76:150 s 145.

Kap 2 Doktrinen i Norden

Eftersom det framgår av förarbetena till 1974 års regeringsform, att saklighetskravet sedan gammalt är kännetecknande för den svenska folkstyrelsen, är det anledning att se vad som uttalats om saklighetskravets innebörd i den juridiska doktrinen.

2.1. Sverige

Tanken att rättstillämpning inte får ske godtyckligt är säkert gammal i vårt land och har bl.a. kommit till uttryck i Olaus Petri domarregler: "Den gör emot lagen, som gör emot lagens mening, ändock hans synes göra som orden lyda i lagen."

Hammarskjöld

Om vi emellertid begränsar perspektivet till vårt eget sekel, finner vi till en början ett uttalande år 1907 av Hj. L. Hammarskjöld, som gav uttryck för tanken på ett godtyckesförbud såsom begränsning för det fria skönet inom förvaltningen. Det kan, anförde Hammarskjöld, "påstås, att den ofullständighet i föreskrifter, hvilken vare sig med afseende på förutsättningarna för eller beskaffenheten af en viss åtgärd lämnar utrymme åt en ämbetsmyndighets fria bedömande, är mera skenbar än verklig. Ämbetsmyndigheten får icke handla efter godtycke eller rent subjektiva grunder. För en ämbetsåtgärd måste föreligga skäl, som äro objektiva och allmängiltiga, äfven om de äro svåra eller omöjliga att i detalj fastställa."[1]

Sundberg

Denna tanke kom inte att utvecklas inom doktrinen förrän Halvar G. F. Sundberg flera decennier senare lanserade begreppet illojal maktanvändning:

[1] Om inrättande af en administrativ högsta domstol eller regeringsrätt. Underdånigt betänkande af Hj. L. Hammarskjöld. Riksdagens prot. 1908, Bihang, Saml. 2 Avd. 2, Band 2:4 s 185 f.

> En särskild typ av lagstridigt innehåll föreligger, om en förvaltningsakt, ehuru dess innehåll skenbart överensstämmer med lag, likväl bestämts därav, att myndigheten använt sin maktbefogenhet i annat än det avsedda syftet. Så är fallet, därest på förvaltningsakten influerat tjänstemannens privata intressen eller andra ovidkommande synpunkter, såsom partipolitiska bevekelsegrunder eller önskan att främja det offentligrättsliga subjektets privatekonomiska intressen.[2]

När Sundberg skrev detta, var han otvivelaktigt påverkad av utländsk rätt. Han hänvisade till det franska begreppet "détournement de pouvoir" och vidare till det tyska "Ermessensmissbrauch" och det danska "Magtfordrejning". Som en lämplig svensk beteckning föreslog han "illojal maktanvändning". Sundberg hänvisade till en serie rättsfall som stöd för sin tes att det i svensk förvaltningsrätt förelåg ett förbud mot illojal maktanvändning.

Eek

Läran utvecklades vidare av Hilding Eek i uppsatsen " 'Détournement de pouvoir' i svensk förvaltningsrätt", som publicerades år 1944 i Förvaltningsrättslig Tidskrift. Eek utgick från fransmannen Hauriou's definition: " 'détournement de pouvoir' är — — — den handling genom vilken en förvaltningsmyndighet inom sitt kompetensområde, med iakttagande av alla föreskrivna former och utan att formellt kränka någon lagbestämmelse använder sin makt för andra syften än dem, för vilkas tillgodoseende denna makt blivit myndigheten anförtrodd". Den av Sundberg föreslagna svenska beteckningen "illojal maktanvändning" fann Eek träffande.

Eek fann, liksom Sundberg, att obehörigt ändamål eller syfte beaktas i svensk rättspraxis som en särskild form av felaktighet hos en förvaltningsakt. Han ifrågasatte om inte regeringen i tre återgivna fall kunde kritiseras för illojal maktanvändning. Eek fann det ur rättssäkerhetens synpunkt olyckligt, att den illojala maktanvändningen hade blivit föremål för så relativt ringa uppmärksamhet. Enligt hans mening var detta beklagligt inte minst med hänsyn till att en oklar rättsuppfattning hos statsorgan som är underordnade regeringen kunde antas återverka på regeringens egen förvaltningsverksamhet. "Med en formellt oantastlig förvaltningsakt torde man i allmänhet anse sig ha uppfyllt allan rättfärdighet. Det är väl närmast så, att en

[2] Sundberg Halvar G. F., Grunddragen av allmän förvaltningsrätt, Stockholm 1943 s 103.

rättsuppfattning, som kräver lojal maktanvändning, har att arbeta sig fram inom den egentliga, av de K.M:t underordnade statsorganen handhavda förvaltningen, varvid regeringsrättens praxis bör få särskild betydelse."[3]

Victorin

Trots Eeks påpekande om att det ur rättssäkerhetssynpunkt var viktigt med större uppmärksamhet åt företeelsen illojal maktanvändning, dröjde det tolv år till dess den på nytt ägnades en mera ingående studie i Sverige. 1956 publicerades Åke Victorins uppsats "Illojal maktanvändning" i Förvaltningsrättslig Tidskrift. I denna kritiserades Sundbergs av Eek anammade lära. Enligt Victorin hade man inte gjort någon landvinning genom att applicera doktrinen om "détournement de pouvoir" på svensk förvaltningsrätt. Victorin hävdade — och belyste med rättsfall bl.a. från 1800-talets första hälft — att den företeelse som enligt Sundberg och Eek utgjorde illojal maktanvändning hade ansetts felaktig i Sverige redan innan den franska Conseil d'Etat år 1864 hade antagit "détournement de pouvoir" som en självständig grund för annullation av ett förvaltningsbeslut. Enligt Victorin sammanhängde detta med att man i Sverige sedan århundraden hade ansett det felaktigt om myndigheter handlade i strid mot "lagens anda". Det var, menade Victorin, bakvänt att tillmäta syftet med en myndighets åtgärd någon självständig betydelse. Om syftet kunde man ju aldrig veta något med säkerhet, utan var helt hänvisad till att på grundvalen av aktens innehåll försöka dra slutsatsen om syftet. Vore det då inte riktigare att konstatera aktens lagstridighet direkt av det iakttagna handlingssättet? "Där man — — — anser sig kunna påvisa ett illojalt syfte föreligger också materiella felaktigheter, som med större säkerhet än antaganden beträffande syftet diskvalificerar akten." Det vore, menade Victorin, mera adekvat att betrakta dessa fall så att myndigheten hade överskridit lagens tillämpningsområde.[4]

Bramstång

I Förvaltningsrättslig Tidskrift 1966 har Gunnar Bramstång tagit upp läran om illojal maktanvändning ur socialförvaltningsrättsliga aspekter. Han påvisar där med hänvisning till fall ur regeringsrättens praxis

[3] Eek Hilding, "Détournement de pouvoir" i svensk förvaltningsrätt. I Förvaltningsrättslig Tidskrift 1944 s 65—83; citatet s 71.

[4] Victorin Åke, Illojal maktanvändning, Några synpunkter. I Förvaltningsrättslig Tidskrift 1956 s 29—58; citatet s 58.

på detta område, att syftet med ett administrativt ingrepp har underkastats särskild prövning. Bramstång skiljer mellan två olika typsituationer:

> I den ena åsyftar myndigheten med sitt beslut att uppnå ett konkret mål, som lagligen bort förverkligas i annan ordning, resp. tager hänsyn till fakta, som i annan författning än den tillämpade tillmätas relevans. Som exempel på detta förfarande kan nämnas omhändertagande för samhällsvård i syfte att få den underårige inskriven vid särskola för psykiskt efterblivna eller att komma tillrätta med dennes skolsituation. I den andra typsituationen åter avser myndigheten att uppnå ett mål, för vars förverkligande lagstiftningen överhuvudtaget ej erbjuder några medel, resp. beaktar fakta, som genomgående saknar rättslig betydelse. Ingripande i rent prestigesyfte resp. påtagligt hänsynstagande till den enskildes bristande samarbetsvilja torde här kunna nämnas.[5]

I de allmänna läroböckerna i förvaltningsrätt av i dag kvarstår "détournement de pouvoir" och "illojal maktanvändning" alltjämt som en självständig figur i förvaltningsrätten.

Westerberg

Ole Westerberg uttalar:

> *Objektivitetsprincipen* skall gälla i all offentlig förvaltning. "Fritt" skön innefattar sålunda icke tillstånd till godtycke vid tillämpningen. Myndigheten har att tillvarataga just de intressen som ligger till grund för vederbörande författning, icke några andra allmänna eller privata intressen. Om myndigheten använder sin maktbefogenhet formellt inom rättsreglernas ram men i ett annat syfte än reglerna avser — t.ex. för att gynna en släkting eller en partimedlem eller för att tillgodose statens ekonomiska intresse i ett fall, där så ej är avsett — föreligger en form av godtycke, som benämnes illojal maktanvändning (détournement de pouvoir). Sådan illojal maktanvändning är enligt sakens natur svår att leda i bevis men utgör i och för sig en grov felaktighet i beslutet.[6]

Strömberg

Håkan Strömberg säger om objektivitetsprincipen bl.a. följande:

[5] Bramstång Gunnar, Illojal maktanvändning inom socialförvaltningsrätten. I Förvaltningsrättslig Tidskrift 1966 s 195—226; citatet s 224.
[6] Westerberg Ole, Allmän förvaltningsrätt, Stockholm 1978 s 44.

(M)yndighetens skönsmässiga prövning (är) rättsligen bunden såtillvida som myndigheten inte får låta sig vägledas av vilka ändamål eller intressen som helst; själva värderingen med ledning av ett bestämt ändamål eller intresse är däremot obunden av rättsregler. Om det ändamål, som myndigheten har att tillgodose, är klart angivet i författningsbemyndigandet, blir ett handlande i andra syften liktydigt med ett kompetensöverskridande. Exempelvis tillkommer det inte en hälsovårdsnämnd att meddela föreskrifter för undanröjande av brandfara i en fastighet; ett beslut härom skulle överskrida nämndens kompetens och sålunda vara lagstridigt.

Men även i sådana fall, där lagen inte klart anger vilka ändamål en myndighet har att befrämja, är det uppenbart, att myndigheten inte har någon obegränsad frihet att bestämma ändamålen för sina beslut. Det är här nödvändigt att skilja mellan respektabla och illojala syften. Om en myndighet fattar ett beslut i syfte att gynna en släkting till en tjänsteman eller en medlem i ett visst politiskt parti eller för att förfölja personer av ett visst kön eller en viss ras eller religion, kan syftet med beslutet omöjligen antas överensstämma med det ändamål, för vilket myndigheten har fått sin beslutanderätt. Man talar i sådana fall om *illojal maktanvändning* (på franska "détournement de pouvoir"), varmed förstås användande av en formellt fri beslutanderätt i ett syfte, som är främmande för det författningsbemyndigande, varpå beslutanderätten grundar sig.[7]

Ragnemalm

Även Ragnemalm utgår från att syftet med en förvaltningsakt kan göra akten olaglig:

Myndigheten är — — — bunden av den *ändamålsbestämning* som författningen innehåller, och dess "frihet" sträcker sig inte längre än vad som erfordras för att tillgodose det intresse som ligger till grund för författningen. Skulle myndigheten använda sitt "fria skön" i annat syfte, har man överträtt gränserna för sin kompetens. Har den diskretionära prövningsrätten nyttjats för att främja ett helt ovidkommande ändamål, t.ex. för att gynna eller missgynna medlemmar i ett visst politiskt parti eller personer av visst ursprung eller med viss religion, brukar man tala om *illojal maktanvändning* (détournement de pouvoir).[8]

Läran om détournement de pouvoir förekommer också i dansk, norsk och finländsk förvaltningsrätt. Den tycks i själva verket vara betydligt

[7] Strömberg Håkan, Allmän förvaltningsrätt, Lund 1978 s 81 f.
[8] Ragnemalm Hans, Förvaltningsprocessrättens grunder, Stockholm 1980 s 79.

mera utvecklad i Danmark och Norge än i Sverige och Finland. Detta sammanhänger säkert med att olagliga förvaltningsakter skall *upphävas av allmän domstol* i Danmark och Norge, medan det däremot i Sverige och Finland är så att statliga förvaltningsakter kan *ändras i högre förvaltningsinstans* både på den grund att de är olagliga och på den grund att den högre instansen gör en annan lämplighetsbedömning än den undre.

2.2. Danmark

Andersen

I Danmark är det främst Poul Andersen som har utvecklat läran om "Magtfordrejning" såsom en begränsning av det fria skönet.[9] Utgångspunkten är att det alltid finns en rättslig avgränsning av de hänsyn som en förvaltningsmyndighet får ta i betraktande när ett ärende skall prövas. Hur vet man då vilka hänsyn som skall anses ovidkommande? Andersen hänvisar i första hand till den bestämmelse, vars tillämpning det är fråga om i det enskilda fallet och vidare till lagens ändamål eller ändamålet med den bestämmelse det gäller (Lovens eller den enkelte Bestemmelses Formaal), allt i enlighet med vad som framgår av lagens samlade innehåll, anledningen till att lagen kom till, förarbetena m.m. För de fall när man inte får tillräcklig ledning på detta sätt hänvisar Andersen till en *negativ* bedömning, dvs. han menar att det i sådana fall oftast är lättare att ange vissa hänsyn såsom osakliga än att ge en uttömmande uppräkning av tillåtna hänsyn.

Alla administrativa befogenheter att meddela beslut efter skön är enligt Andersen underkastade den begränsningen att varje myndighet är satt att tillvarata ett visst slag av offentliga angelägenheter och intressen. Medan lagstiftningsmakten är generell (frånsett de inskränkningar som följer av grundlagen) är förvaltningsmyndigheterna typiskt underkastade en *organisatorisk specialitetsprincip.* Av denna princip följer, menar Andersen, att en förvaltningsmyndighet inte får använda sina diskretionära befogenheter för uppgifter som har lagts på andra förvaltningsmyndigheter eller på domstolarna. "Hvis man tænker sig, at en Forvaltningsmyndighed har Kompetence til at besætte en Tjenestestilling og til at bestemme, at Tjenestestillingen skal nedlægges, medens en anden Forvaltningsmyndighed er kompetent m.H.t. Afskedigelse af Stillingens Indehaver, kan førstnævnte Forvaltnings-

[9] Andersen Poul, Dansk Forvaltningsret, Almindelige emner, Köpenhamn 1965, särskilt s 252—258 och 361—386.

myndighed ikke omgaa denne Kompetenceordning ved at nedlægge og straks efter genoprette og besætte Stillingen."[10]

Andersen anmärker, att det ofta kan vara tvivelaktigt hur strängt den organisatoriska specialitetsprincipen skall uppfattas. "Det er klart, at Bygningsmyndighederne ikke kan nægte en diskretionær Byggetilladelse, fordi Ansøgeren er Skatterestant; men gælder det samme om en diskretionær næringsretlig Tilladelse?"[11] Han påpekar att man här står inför en vansklig avvägning mellan, å ena sidan, betydelsen av att förvaltningsmyndigheterna samarbetar med varandra och, å andra sidan, betydelsen av att gällande kompetensfördelning upprätthålles, "ikke blot efter Lovens Bogstav, men tillige efter dens Aand og Forudsætninger".[12]

Vidare menar Andersen att det typiskt finns en *materiell specialitetsprincip* som tillåter slutsatser om vad som är att anse som ovidkommande hänsyn. Han avser med detta, att skönsmässiga befogenheter alltid ges för vissa mer eller mindre avgränsade ändamåls skull; i detta ligger "begrænsende Forudsætninger" eller "unexpressed limitations".[13] En förvaltningsmyndighet får sålunda inte, hävdar Andersen, använda sina diskretionära befogenheter för ett ändamål som ligger utanför sådana begränsande förutsättningar. "En Kommunalbestyrelse kan saaledes ikke i sin Egenskab af Bygningsmyndighed varetage sine Interessen som Ekspropriationsmyndighed og Ekspropriant, jfr Landsbyggelov § 8 og §56, ved at nægte skønsmæssige bygningsretlige Tilladelser for derved at billiggøre en fremtidig Ekspropriation af vedkommende Ejendom."[14]

Andersen anger följande huvudtyper av "ulovlige Formaal":[15]

1. *Beslutfattarens egna privata intressen.* "Magtfordrejning" av denna art (t.ex. i form av favoritism eller dess motsats) förekommer enligt Andersen inte sällan i alla länder; att företeelsen sällan kommer under domstolsprövning beror enligt Andersen på att den oftast inte går att bevisa.

2. *Tillvaratagande av andra privata intressen som är den föreliggande saken ovidkommande.* Som ett exempel nämner Andersen att en kommunstyrelse låter sig bestämmas av kommunens privaträttsliga

[10] A.a. s 363.
[11] A.a. s 385.
[12] A.a. s 385.
[13] A.a. s 363.
[14] A.a. s 363.
[15] A.a. s 371 ff.

intresse som markägare, när styrelsen fattar beslut som byggnadsmyndighet. Han påpekar emellertid, att det finns författningar som tillvaratar privata intressen som ett led i skyddandet av ett allmänt intresse, t.ex. den danska apotekslagstiftningen "der i høj Grad er Udtryk for en Opfattelse af, hvad Apotekere bør tjene".[16]

3. *Partipolitiska bevekelsegrunder.* Principiellt är det, framhåller Andersen, en given sak att förvaltningsakter som framkallas av partipolitiska bevekelsegrunder måste anses rättsstridiga. "Uanset at Forvaltningscheferne i Danmark som i de fleste andre Lande er politiske Ministre, maa det antages at være forudsat i Lovgivningen, at Forvaltningens frie Skøn skal udøves i sagligt Øjemed, og at hertil ikke kan henregnes partipolitiske Formaal".[17] Samtidigt konstaterar Andersen att det syndas mot denna grundsats när politiska makthavare i stat och kommun tillsätter tjänster, utdelar avlönade förtroendeuppdrag, meddelar koncessioner, tillstånd m.m. som belöning för politisk följsamhet och partipolitiska förtjänster. Enligt Andersen är det däremot numera sällan som en person i Danmark missgynnas av partipolitiska motiv, detta till skillnad från tiden närmast efter andra världskriget.[18]

I samband med partipolitiska bevekelsegrunder tar Andersen också upp rättsliga spörsmål med avseende på den makt som de stora organisationerna har förvärvat i Danmark. Vissa av dem, konstaterar han, har fått en mer eller mindre partipolitisk prägel. "Hvis Forvaltningsmyndighederne i deres Afgørelser lader sig bestemme af Hensynet til en eller anden Organisation, opstaar Spørgsmaalet om Magtfordrejning, politisk Magtfordrejning, hvis Organisationen har et politisk Præg."[19] Frågan aktualiseras särskilt i form av organisationsklausuler, dvs. villkor att en arbetsgivare endast får anställa medlemmar av en viss organisation. Andersen visar att sådana klausuler underkänts i dansk domstolspraxis, vanligen med hänvisning till samhällets skyldighet att behandla medborgarna likformigt.

När en kollegial förvaltningsmyndighet inrymmer representanter för särskilda intressen, t.ex. för arbetstagar- eller näringsorganisationer, är det däremot, påpekar Andersen, "selvfølgelig ikke Magtfordrej-

16 A.a. s 371 not 5.
17 A.a. s 372.
18 Man kan ifrågasätta om det är vare sig logiskt eller praktiskt hållbart att göra en sådan åtskillnad mellan gynnande och missgynnande handlingar. Gynnas ett parti, missgynnas andra partier.
19 A.a. s 375.

ning, om saadanne Repræsentanter lader sig bestemme af de repræsenterede Interesser".[20]

4. *Kommuns beslut att gynna kommunens näringsidkare framför andra näringsidkare.* Exempelvis anför Andersen ett fall när ett kommunalt organ hade förbjudit en utanför kommunen boende slaktare att sälja kött från vagn med motiveringen att nämnden inte ville utsätta kommunens näringsidkare för ytterligare konkurrens.

5. *Olovligt finansiellt syfte.* Andersen konstaterar att det på många förvaltningsområden är fullt tillåtet att låta finansiella hänsyn vara avgörande. "Givet er det imidlertid, at det paa adskillige Forvaltningsomraader vil være Magtfordrejning, hvis Forvaltningen lader et finansielt Formaal være bestemmende for Udøvelsen af det frie Skøn."[21] Han anger några typiskt förekommande exempel på sådan "finansiel Magtfordrejning".

Andersen framhåller att hur man ser på frågan om vilka begränsningar som gäller för myndigheters rätt att fullfölja olika syften beror på de uppfattningar om stat och samhälle som är förhärskande i samhället. "Der er saaledes givet, at Sagen maa stille sig helt anderledes under en autoritær Statsordning end i den demokratiske Retsstaat. I Nazismens Tyskland, hvor begrepet 'Ermessensmissbrauch' fastholdtes i Retspraksis, var det f. Eks. en Selvfølge, at der ved Udnævnelsen af Tjenestemænd skulde lægges Vægt paa Ansøgernes politiske Indstilling, medens Udnævnelsemyndigheden i demokratiske Lande ikke tør lade sig bestemme af saadant Hensyn."[22] Han nämner i detta sammanhang också diskrimineringen i Danmark efter ockupationen t.ex. av personer som hade varit medlemmar i det danska nazistpartiet.

Krarup

Krarup ha i sin år 1969 utkomna avhandling "Øvrighedsmyndighedens grænser" omprövat den klassiska danska läran om "Magtfordrejning" sådan den kommit till uttryck främst i Andersens verk.[23] Vad Krarup främst vänder sig mot är den vikt, som den klassiska läran har tillmätt förvaltningsmyndigheternas subjektiva bevekelsegrunder. Han genomgår dansk rättspraxis på området och drar slutsatsen, att domstolarna

[20] A.a. s 377.
[21] A.a. s 378.
[22] A.a. s 383.
[23] Krarup Ole, Øvrighedsmyndighedens grænser, Köpenhamn 1969, särskilt s 75—172.

konsekvent har vägrat acceptera en prövning, som uteslutande befattar sig med förvaltningens subjektiva syfte. Detta betyder dock enligt Krarup inte, att det subjektiva syftet är irrelevant. För det första är en domstol, som anser sig kunna konstatera ett otillåtet syfte, beredd att göra en mycket mera långtgående objektiv granskning av förvaltningsbeslutet än vad domstolarna normalt anser sig kunna göra; "magtfordrejning" ger "dommeren grundlag for en konkret præmisprøvelse, som han under normale omstendigheder ville vise fra sig".[24] För det andra har, menar Krarup, ett konstaterat otillåtet syfte betydelse för domstolens bevisvärdering: i normala fall måste klaganden visa att förvaltningsakten är felaktig, men har myndigheten handlat i ett otillåtet syfte, är det på myndigheten det kommer an att bevisa det överklagade beslutets objektiva premisser.

Christensen

Nyligen har Bent Christensen ytterligare bidragit till den danska doktrinen på området.[25] Legalitetsprincipen skall enligt Christensen säkra dels att förvaltningen respekterar och realiserar folketingets intentioner, dels skydda medborgarna.[26] I det enskilda fallet kan dessa intressen stå emot varandra, men i och för sig behöver man inte se någon konflikt mellan avhängigheten av folketinget och bundenheten till allmänna rättsgrundsatser. "Man kan udmærket argumentere som sådan: Det er en del af folketingets intentioner, at disse skal tillempes under hensyntagen til de almindelige retsgrundsætninger. Det er jo — når det kommer til stykket — kernen i domstolenes uafhængighed."[27]

Frågan om ovidkommande hänsyn behandlar Christensen ingående. Liksom de flesta andra, som sysslat med frågan, hänvisar han i första hand till författningstext och förarbeten; dessutom nämner han interna regler, dvs. "regler, der stammer fra forvaltningen uden at være anordninger".[28] Får man inte någon ledning på detta sätt, spelar "formålsbetragtninger" en betydelsefull roll, något som Christensen finner väl förenligt med förvaltningens ställning i statsstyrelsen. "Forvaltningen skal respektere folketingets beslutninger og den skal realisere folketingets intentioner; men naturligtvis ikke længere end intentionerne rækker."[29]

[24] A.a. s 111.
[25] Christensen Bent, Forvaltningsret, Hjemmelsspørgsmål, Haderslev 1980.
[26] Christensen a.a. s 38 ff. och 239 ff. Han nämner även andra funktioner.
[27] Christensen a.a. s 244.
[28] Christensen a.a. s 77 f.; citatet s 87.
[29] Christensen a.a. s 93.

De s.k. specialitetsprinciperna behandlar Christensen särskilt. Han ser dem som en del av "formålsbetragtningerne" och samtidigt som en oprecis allmän rättsgrundsats.[30] I gällande dansk rätt får dessa principer betydelse, när författningstext, förarbeten, interna regler och försök att besluta i harmoni med andra rättsregler inte ger någon vägledning. Då "er der nok hos danske prøvelseinstanser, især hos ombudsmanden, en tilbøjelighed til at bruge specialitetsprincipperne til at skille formålene og undgå overlapning."[31]

Christensen ger sin egen, värderande syn på specialitetsprinciperna. Hans utgångspunkt är att de kan motiveras med två argument. Det ena är intresset av sakkunniga beslut; det talar för att ett förvaltningsorgan inte bör använda kriterier som ligger utanför det samhällsområde som organet har särskild kompetens att bedöma. Det andra argumentet för specialitetsprinciperna är, menar Christensen, att den enskilde skall kunna veta vilka typer av omständigheter han skall åberopa, när han kommer i kontakt med en myndighet. Christensen anser inte, att dessa två argument för specialitetsprinciperna motiverar att de alltid upprätthålls strikt. "Hensynet til at lade forvaltningen handle som noget i retning af et hele, under brug af alle sine lovlige beføjelser har altid haft vægt. Og udviklingen i de senere år har ført til en svækkelse af specialitetstankegangene."[32] Han hänvisar i detta sammanhang till bl.a. kommunernas ökade kompetens på skilda förvaltningsområden, miljörättens vittsyftande innehåll och "hele registret af socialpolitiske midler" på socialförvaltningens område.[33]

Christensen menar att man därför numera borde använda specialitetsprinciperna med försiktighet. "Hvor der opstår tvivl om, hvorvidt et formål er lovligt, bør man ikke, blot fordi tankegangen forekommer let og enkel, falde tilbage på specialitetsprincipperne."[34] Fördenskull avfärdar Christensen dock inte principerna som värdelösa. Alltjämt gäller, menar han, intresset av en sakkunnig bedömning, och det talar enligt Christensen för att ju mera speciella uppgifter ett förvaltningsorgan har, desto större skäl att anse det otillåtet för organet att ta hänsyn som ligger utanför dess speciella område.

Den enskildes intresse finner han däremot inte vara ett så starkt skäl för att tillämpa principerna. "Hensynet til, at borgerne skal

30 Christensen a.a. s 98 ff.
31 Christensen a.a. s 104.
32 Christensen a.a. s 105.
33 Christensen a.a. s 105 f.
34 Christensen a.a. s 106.

kunne forudse arten af de argumenter, der skal anvendes, kan imødekommes ved kontradiktionsregler. Og hensynet til fasthed og klarhed i kompetencesystemet har i al fald en tvivlsom værdi, så længe forvaltningsapparatet forbliver under så hastig og ustandselig ombygning som den, der har præget de sidste 25—30 år."[35]

2.3. Norge

Knoph

I Norge tog Ragnar Knoph redan år 1921 upp tanken att en förvaltningsakt kan vara rättsstridig på den grund att den beslutande tjänstemannen handlar i annat syfte (hensikt) än för att främja "de formål som loven ønsker tilgodoset".[36] Knoph konstaterade, att man i vissa främmande rättssystem — främst det franska — har uppställt en för all förvaltningsmyndighetsutövning gällande regel om att myndighetsutövningen är rättsenlig endast när tjänstemannen vid användande av sitt skön låtit sig leda av de samhällsmässiga hänsyn som rättsordningen hade för ögonen då den anförtrodde honom hans funktion. Efter att ha gått igenom en serie rättsfall drog Knoph slutsatsen, att man också i Norge har fog för att uppställa en för alla förvaltningsakter gällande regel om att tjänstemannens syfte (hensikt) med en förvaltningsakt är relevant för frågan om akten är rättsenlig eller rättsstridig.[37] Det förefaller som om Knoph såg denna regel som ett utflöde av principen att "forvaltningstjenestemannen plikter ikke bare å følge lovens bokstav, også lovens ånd er rettslig bindende for ham".

Castberg

Läran om syftets betydelse för en förvaltningsakts rättsenlighet omfattas också av Castberg, Eckhoff och Frihagen.[38] En förvaltningsakt blir enligt Castberg ogiltig "dersom den er avgitt i strid med lovens øyemed. Dette er læren om myndighetsmisbruk".[39] Castberg tar särskilt upp det fall, att en förvaltningsakt, som har givits utifrån olovliga hänsyn, likväl skulle kunna försvaras "ut fra lovlige hensyn". Han

[35] Christensen a.a. s 106 f.
[36] Knoph Ragnar, Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett, Kristiania 1921, s 80—104.
[37] A.a. s 102 f.
[38] Castberg Frede, Innledning til forvaltningsretten, Oslo 1955, s 204—216. Eckhoff Torstein, Forvaltningsrett, Oslo 1978, s 245—282. Frihagen Arvid, Forvaltningsrett I, Bergen 1977.
[39] Castberg a.a. s 205.

polemiserar mot tysken Jellineks ståndpunkt, att en sådan förvaltningsakt borde tillerkännas giltighet: "Dette standpunkt kan imidlertid ikke erkjennes å være riktig. Om de fleste forvaltningsakter, som faktisk er ulovlig motivert, gjelder at det nok etterpå kan konstrueres også lovlige grunner for dem. Skulle dette være tilstrekkelig til å gjøre akten gyldig, ville hele læren om ugyldighet på grunn av myndighetsmisbruk få meget liten betydning."[40]

Eckhoff

Även Eckhoff använder ordet myndighetsmissbruk i sammanhanget. Att det tas "utenforliggende hensyn" är enligt Eckhoff en form av myndighetsmissbruk.

Huruvida myndighetsmissbruk i denna mening föreligger får man enligt Eckhoff bedöma med ledning av i första hand lagtext och förarbeten. Som allmän princip gäller, att offentliga tjänstemän inte får låta sig ledas av personliga sympatier eller antipatier eller av tanke på egen vinning. I övrigt uttrycker sig Eckhoff försiktigt om generella principer: "I mange tilfelle" är det enligt Eckhoff myndighetsmissbruk att ta hänsyn till personliga egenskaper hos en part, men någon bestämd gränsdragning gör han inte. "Det är f.eks. adgang til å legge vekt på en søkers politiske syn, hvis det drejer seg om ansettelse i en stilling hvor det er viktig at vedkommende skal kunne samarbeide godt med den politiske ledelse."[41] Att den som söker en tjänst eller ett tillstånd har företagit sig någonting, som han kan klandras för — men som inte har någon betydelse för hans förmåga eller vilja att utöva tjänsten eller tillståndet — får den avgörande myndigheten "som regel" inte ta hänsyn till.[42] Eckhoff har tidigare intagit ståndpunkten, att en myndighet, som är tillsatt att tillämpa en lag, inte kan ta hänsyn, som hänför sig till en annan lag, men på denna punkt har han numera ändrat sig: "Men jeg er nå kommet til at apparatet kan bli for uelastisk og lite effektivt hvis en holder for strengt på delelinjerne."[43]

Liksom Castberg anser Eckhoff att om ett beslut faktiskt är olovligen motiverat, skall beslutet anses ogiltigt, även om det skulle ha varit möjligt att motivera beslutet på ett helt legalt sätt.[44]

[40] Castberg a.a. s 215.
[41] Eckhoff a.a. s 261.
[42] Eckhoff a.a. s 261 f.
[43] Eckhoff a.a. s 265.
[44] Eckhoff a.a. s 265; jfr Eckhoff i Jussens venner 1969 s 280.

Frihagen

Enligt Frihagen är förbudet mot "maktmisbruk" först och främst ett krav om att det inte tas "utenforliggende og ulovlige hensyn".[45] Han hänvisar därvid till att "lovens bakgrunn ofte (vil) stille opp skranker for hvilke formål en kan ta sikte på å vareta ved bruk av lovens fullmaktsregler".[46] Men dessutom "kommer det gjerne inn mer generelle og abstrakte rettferds- og likhetssynspunkter — synspunkter som kan sies å være forankret i vår alminnelige kultur- og rettstradisjon på en slik måte at de må antas 'underforstått' eller 'forutsatt' av loven. I praksis blir det et samspill mellom lovens formål slik som angitt f.eks. i forarbeidene, og generelle rettferds- og likhetsidealer. Etter forholdene kan det således bli en begrenset gruppe *hovedformål* en kan ta sikte på å vareta, en videre gruppe *sidenhensyn* som kan trekkes inn og enkelte typer *formål som ikke er akseptable* å trekke inn i det hele."[47]

Politiska värderingar kan enligt Frihagen inte generellt betraktas som rättsligt ovidkommande hänsyn: "Politisk representative eller sammensatte organer som Regjering og kommunestyre vil nok således i mange saker rettslig sett stå temmelig fritt til å trekke inn generelle samfunnspolitiske hensyn. En annan sak er at meningene vil være delte om hvilke hensyn som *bør* trekkes inn og om den konkrete vurdering ved saker det rår politisk uenighet om."[48] Detta betyder dock inte, framhåller Frihagen, att myndigheterna rättsligt sett skulle stå fria att ta partipolitiska hänsyn när de beslutar i förvaltningsärenden. Han hänvisar först till att det ofta följer av en lags ordalydelse eller ändamål att besluten skall träffas enligt rent fackmässigt—tekniska värderingar. Som exempel anför han bl.a. rättsfallet Rt 1965 s 712. Oslo kommun ansågs skyldig att utge skadestånd för den förlust som restaurang Georges hade lidit genom att den inte fick tillstånd att drivas som nattrestaurang. Majoriteten i Høyesterett åberopade till grund för denna bedömning, att det hade lagts avgörande vikt vid att vederbörande fackförbund hade motsatt sig varje utvidgning av arbetstider; sådana hänsyn fick inte tas vid tillämpningen av hotell- och rusdryckslagstiftningen.

Vidare menar Frihagen, att förvaltningen i allmänhet inte direkt får stödja ett politiskt parti eller en politisk grupp. Frågan i vad mån politiska hänsyn får tas vid offentliga tjänstetillsättningar finner han

[45] Frihagen a.a. s 192.
[46] Frihagen a.a. s 193.
[47] Frihagen a.a. s 193.
[48] Frihagen a.a. s 193.

mera vansklig. "Ved utnevnelse til politisk viktige stillinger må det nok i en viss utstrekning være adgang til å legge vekt på selv rent partipolitiske hensyn. Ved utnevnelse til Landbruksdirektør, fylkesman og andre høye stillinger av klart politisk betydning, må det således formodentlig være opp til Regjeringen selv å vurdere hvilken vekt en bør legge på politiske hensyn. Ved utnevnelse av professorer og en rekke andre faglige stillinger vil det på den annen side neppe være lovlig å ta slike hensyn."[49]

Bernt

Nyligen har Jan Fridthjof Bernt och Erik Boe var för sig tagit upp läran om ovidkommande hänsyn till omprövning.[50] Särskilt Bernt utsätter läran för en grundlig granskning. Enligt egen uppgift har han därvid påverkats av bl.a. dansken Krarups vidräkning med Poul Andersen.

Bernt avvisar tanken att det skulle vara möjligt att uppställa generella kriterier av någon praktisk betydelse för frågan vilka hänsyn som är ovidkommande inom olika områden av offentlig verksamhet. "Et generelt saklighetskrav, felles for alle typer forvaltningsavgjørelser, går neppe stort lenger enn til at man ikke skal bruke offentlig myndighet til å tilgodose seg selv og sine venner eller til å skade sine fiender."[51] Utanför detta "kjerneområde" menar Bernt att man i första hand måste bygga på implicita begränsningar i den enskilda lagen. Detta innefattar inte i och för sig något avsteg från den gängse läran, och Bernt är också enig med den såtillvida, att han menar att lagstiftning, som tillägger förvaltningen bestämda uppgifter, som regel får uppfattas så att förvaltningsorganen har plikt att försöka tillvarataga ändamålet med den lag som i det enskilda fallet tillämpas. Av denna plikt drar Bernt dock inte någon annan slutsats — såvitt det nu gäller — än den att förvaltningsorganen inte får fatta beslut som primärt och direkt motverkar lagens ändamål. Han anser det långt ifrån klart, att man kan tala om en materiell specialitetsprincip i betydelsen av ett krav på att ett förvaltningsbeslut måste bygga just på de hänsyn lagen har ålagt förvaltningen att tillvarata. Kritiken på denna punkt

[49] Frihagen a.a. s 195 f.

[50] Bernt Jan Fridthjof, Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn, Et bidrag til laeren om forvaltningens diskresjonaere kompetanse. I Tidsskrift for Rettsvitenskap 1978 s 241—348. Boe Erik, Ulovlige hensyn i forvaltningsretten. I Tidsskrift for Rettsvitenskap 1978 s 349—401.

[51] Bernt a.a. s 248.

riktar sig även mot Poul Andersens "organisatoriska" specialitetsprincip. Enligt Bernt är det "rent rettskildemessig noe fremmed at man som generell regel skal utlede skranker mht. hvilke hensyn som kan tas ved avgjørelser etter én lov av annen lovgivning".[52] Han menar att en sådan princip skulle stå i motsättning till principen om att myndigheter skall "räcka varandra handen" och f.ö. ibland vara ägnad att inge enskilda felaktiga förespeglingar. Han hänvisar på denna punkt till två rättsfall. I det ena fallet ansågs det tillåtet att vid tillämpning av byggnadslagstiftning tillgodose intressen, som det enligt fornminnesloven ankom på Kirke- og undervisningsdepartementet att värna om. Också det andra fallet gällde tillämpning av byggnadslagstiftning. I det fallet ansågs det inte felaktigt, att bygningsrådet beaktade jordbruksmässiga hänsyn för att hindra spridd bebyggelse, detta trots att jordbruksmyndigheterna hade godkänt avstyckning av tomten.

Bernt menar att det innebär en ohållbar förenkling att se på "lovens formål" som en klar gräns mot ovidkommande hänsyn. Förvaltningen måste, framhåller han, i stor utsträckning göra en avvägning mellan "lovens formål", å ena sidan, och, å andra sidan, "private eller offentlige interesser som vil bli skadelidende om man velger å fremme dette på denne bestemte måte".[53] Även där förarbetena inte säger något om sådana motintressen, följer det enligt Bernt av vanliga tolkningsprinciper "at forvaltningen verken må eller kan utøve sin rett og plikt til å fremme lovens formål med korsfarerens totale mangel på interesse for 'bivirkninger' av de aktuelle vedtak. Også her vil det mao. kunne være et rettslig *krav* til forvaltningens skjønnsutøving at hensynet til andre berørte private eller offentlige interesser enn 'lovens formål' inngår som momenter ved den endelige avveining".[54]

Det finns, menar Bernt, inte någon rimlig grund att lägga så stränga band på förvaltningen som enligt den gängse läran. "Tvertimot vil dette i mange situasjoner fortone seg som nokså livsfjernt og lite overensstemmende med en moderne oppfatning av det offentlige forvaltningsapparats oppgaver og virkemåte. En slik vanntett 'kompartementalisering' av den offentlige beslutningsmyndighet bygget på den enkelte lovs formål, vil lett fortone seg som en klar anakronisme under forhold hvor de enkelte forvaltningslover er deler av et sammenhengende nettverk som gjennomtrenger og binder sammen samfun-

[52] Bernt a.a. s 255.
[53] Bernt a.a. s 257 f.
[54] Bernt a.a. s 258.

net."[55] Förvaltningen bör, menar Bernt, i normala fall ha rätt att ta vad han kallar "nøytrale" hänsyn.[56] Med detta menar han hänsyn som varken sammanfaller med eller motverkar "lovens formål". Vad han på den punkten menar synes var detta: Det är i regel obligatoriskt, att beslutfattare låter sig ledas av lagens ändamål; "lovens formål" är ett "obligatoriskt hovedformål". Ett "neutralt" hänsyn — alltså ett hänsyn som varken främjar eller motverkar ändamålet med lagen — får aldrig vara huvudsaken, men det får vägas in vid prövningen. I övrigt menar han att det finns en "hard kjerne" av icke-respektabla hänsyn; denna kärna skulle vara uppburen av en allmän rättfärdighetsvärdering.[57]

Bernt anser att norsk rättspraxis stöder dessa teser. Beträffande rättsverkningarna av att ovidkommande hänsyn har tagits för Bernt en ingående och ganska invecklad diskussion. Den gängse läran kritiseras för att vara irrationell och föga realistisk, och Bernt rekommenderar i stället en nyanserad bedömning av de spörsmål som rör rättsföljderna av att obehöriga hänsyn har tagits i ett förvaltningsärende.

Boe

Boes uppsats är på sätt och vis i samma anda som Bernts. Han anser, att den klassiska läran är för grov och inte passar nya behov i samhället. Han konstaterar, att ändamålet med en lag kan ses som medel i förhållande till en överordnad målsättning och menar, att det då är "åpenbart utilstrekkelig å avgjøre premissens relevans bare ut fra hjemmelslovens formål".[58] Boe medger dock att denna synpunkt inte kan drivas hur långt som helst. Man kan ju säga att den yttersta målsättningen för all lagstiftning är största möjliga välfärd och lycka för den enskilde, och en logisk konsekvens av Boes beaktande av överordnad målsättning skulle då vara, att en offentlig beslutfattare i alla sammanhang får ta varje hänsyn som enligt hans mening ökar mänsklig lycka. Boe vill inte driva sin tes så långt. *Hur* långt han vill driva den anger han å andra sidan inte. "Men noen fast grense lar seg ikke trekke for hvor høyt i pyramiden en kan komme før målene slutter å levere relevante premisser til forvaltningen — — — Vi kommer svaret neppe nærmere enn til å si at jo vagere målene blir, jo mer skal det til før de utvider rammene i forhold til lovens formål."[59]

[55] Bernt a.a. s 265.
[56] Bernt a.a. s 265—309.
[57] Bernt a.a. s 304 f.
[58] Boe a.a. s 386.
[59] Boe a.a. s 387.

Boe är starkt kritisk till den organisatoriska specialitetsprincipen.[60] Liksom Bernt synes han mena, att det är obligatoriskt för en förvaltningsmyndighet att beakta ändamålet med den lag som tillämpas men å andra sidan inte otillåtet att *dessutom* ta hänsyn till andra intressen. Även Boe använder uttrycket "nøytrale" hänsyn. Det är enligt Boes mening inte riktigt att sätta likhetstecken mellan det samhällsorgan som har *primäransvaret* för ett visst område och vilket organ som har *ensamrätt* att beakta intressen inom det området. Av detta följer dock inte, framhåller Boe, att förvaltningen kan lägga så stor vikt den vill vid hänsyn utanför sin traditionella sektor. Han ger dock inte någon närmare ledning för att man skall kunna bedöma när en myndighet enligt hans mening har lagt alltför stor vikt vid andra intressen än de för vilka myndigheten utrustats med sin diskretionära prövningsrätt. Var gränsen går beror enligt Boe på "en rekke forhold" i det enskilda fallet.[61]

Boe menar, att frågan om olovliga hänsyn inte bara gäller vad som kan inrymmas inom den tillämpade lagens ändamål samt överordnade och sidoordnade målsättningar. Också "argumentasjonstypen" bör enligt Boe komma i betraktande. På denna punkt hänvisar han till allmänna nytto- och skadeverkningar samt till "rettsfølelsens dom".[62] Boe tror inte, att den bedömning han förordar behöver bli så komplicerad och problematisk i det enskilda fallet. "(S)om oftest med helhetsvurderinger er det lettere å foreta dem enn å beskrive dem. Dette gjelder ikke minst i spørsmål om myndighetsmisbruk, hvor forvaltningstjenestemennene har en ganske pålitelig veiviser i sitt 'judicium' eller om man vil: i sin umiddelbare rettfølelse av hva som 'går an' och 'ikke går an'."[63]

2.4. Finland

Merikoski

I den svenskspråkiga förvaltningsrättliga litteraturen i Finland är det särskilt Merikoski, som bör uppmärksammas.[64] Han ser i "ändamålsbundenhetsprincipen" och i "objektivitetsprincipen" allmänna gränser för de hänsyn en förvaltningsmyndighet får ta.

[60] Boe a.a. s 387—391.
[61] Boe a.a. s 391.
[62] Boe a.a. s 391—393.
[63] Boe a.a. s 396.
[64] Merikoski Veli, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, Bryssel 1958. Jfr Nordisk Administrativ Tidsskrift 1952 s 247 ff.

Ändamålsbundenhetsprincipen innebär enligt Merikoski följande. Såsom ett missbruk av makt (détournement de pouvoir) måste anses att en myndighet, utan att formellt överskrida sin befogenhet, fattar beslut eller vidtar åtgärder vilka jämlikt positiv rätt visserligen förefaller att höra till denna myndighets kompetenssfär, men som dock måste anses falla utanför dess åligganden och befogenheter därför att de vidtas i en avsikt som är främmande för myndighetens befogenhet och uppgifter.

Som ett exempel på sådant missbruk av makt nämner Merikoski, att strävan att öka statens inkomster blir bestämmande i en verksamhet som från början varit avsedd att tjäna andra syften.

Ändamålsbundenhetsprincipen har, framhåller Merikoski, framför allt en preventiv betydelse som fortlöpande och stark återverkar inom förvaltningen i dess helhet, oberoende av att de fall är fåtaliga, där avvikelser från principen leder till att en förvaltningsakt upphävs.

Objektivitetsprincipen definierar Merikoski så att vidtagandet av en förvaltningsåtgärd, liksom även ett avgörande till sitt sakliga innehåll, alltid skall kunna objektivt motiveras. Kravet på objektivitet, som kan härledas ur "sakens natur" och ur förvaltningsverksamhetens allmänna syftemål avser att utesluta godtycke och ovidkommande bifaktorer i ännu större mån än ändamålsbundenhetsprincipen, som blott gäller syftemålet med åtgärder. Objektivitetskravet innehåller närmast ett uteslutande av sådana ovidkommande biomständigheter som personliga sympatier eller antipatier, skyldskap, vänskap, avund eller räddhåga.

Merikoski rekommenderar en speciell metod för att dra upp de yttersta gränserna för ett objektivt förfarande. Han tycks därvid ha inspirerats av civilrättens figur "bonus pater familias". En tjänsteman kan enligt Merikoski anses ha i ett sitt avgörande avvikit från objektivitetskravet, om man icke kan tänka sig att en annan omtänksam person med de nödiga kvalifikationerna i tjänstemannens ställe skulle ha kunnat komma till samma avgörande.

2.5. Synpunkter på doktrinen

Läran om illojal maktanvändning och ovidkommande hänsyn är ganska outvecklad i svensk doktrin. Däremot har i Danmark Poul Andersen byggt upp en systematisk lära om Magtfordrejning, en lära som Krarup visserligen kritiserat men inte på något sätt som reducerar dess betydelse; han har väsentligen vänt sig emot Andersens tes att ett

illojalt syfte i och för sig konstituerar Magtfordrejning. Christensen har lämnat ett bidrag som går ut på att anpassa läran till nya tendenser i lagstiftningen utan att medborgarskyddet försvagas. Även i Norge har läran ägnats stor uppmärksamhet, och i Finland har Merikoski omsorgsfullt försökt utarbeta en praktisk vägledning för lärans tillämpning.

Frånsett Bernt och Boe har alla haft utgångspunkten, att en lära om "illojal maktanvändning", "Magtfordrejning", "myndighetsmisbruk", "détournement de pouvoir" är av största betydelse för medborgarskyddet, och att den i allra första hand förpliktar myndigheterna att handla inte bara efter lagens bokstav utan också inom ramen för dess anda.

De bidrag Bernt och Boe har lämnat går inte ut på någon vidareutveckling av läran utan tvärtom på dess reducering till ett minimum. Det blir knappast någonting kvar av ett godtyckesförbud, om det inte betyder någonting annat än att domare och tjänstemän inte får använda makten för att sko sig själva och sina vänner eller för att skada sina fiender. Att offentliga organ inte får motverka syftet med de lagar de skall tillämpa är en självklarhet som hänför sig till statsintresset. Om "neutrala" hänsyn är tillåtna men inte obligatoriska, så att domaren eller tjänstemannen fritt får bestämma, om han vill ta sådana hänsyn och i så fall vilka bland alla tänkbara "neutrala" hänsyn. är detta att öppna dörren för privata värderingar på vid gavel.

Vad Bernt och Boe helt förbiser är lärans betydelse som en grundsten i rättssamhället. De ser saken uteslutande från maktens sida. Hänvisningen till den enskilde beslutfattarens egen "umiddelbare rettfølelse" kan inte gärna ge medborgaren något rättsligt skydd. De teser Bernt och Boe framställt kan sättas i samband med Poul Andersens påpekande att saken "maa stille sig helt anderledes under en autoritær Statsordning end i den demokratiske Retsstaat".

Kap 3 Fransk, västtysk och Engelsk rätt. Europarådet. Madridkongressen

Som framgått av kap. 2, har problemet med att definiera allmänna gränser för "det fria skönet" i förvaltningen i nordisk doktrin uppfattats som en fråga om främst tillåtna och otillåtna syften eller tillåtna och otillåtna hänsyn. "Illojal maktanvändning" har i svensk doktrin blivit ett vedertaget begrepp, som åtminstone delvis tycks beskriva saklighetens motsats. Eftersom uttrycket "illojal maktanvändning" används synonymt med uttrycket "détournement de pouvoir", och detta begrepp utvecklats i fransk rätt, är det anledning att något gå in på begreppets betydelse i fransk rätt. Även västtysk rätt ger intressanta aspekter; svensk rätt har ju många grundläggande drag gemensamma med västtysk rätt. Engelsk rätt har däremot helt andra traditioner än svensk rätt. Likväl uppfattar vi det brittiska samhället som närbesläktat med vårt eget. Det är därför av särskilt intresse att se i vad mån saklighetskravet återfinns i det engelska rättssystemet.

3.1. Frankrike

I Frankrike kan ett förvaltningsbeslut undanröjas av den högsta förvaltningsdomstolen (le Conseil d'Etat) på den grund att

1. myndigheten saknade kompetens för beslutet (incompétence)
2. föreskrivna formregler ej iakttagits (vice de forme)
3. beslutet till sitt innehåll strider mot lag (violation de la règle de droit de fond)
4. de faktiska förhållandena inte motsvarar de legala förutsättningarna för beslutet (défaut de motif légal) eller
5. myndigheten har handlat i ett annat syfte — allmänt eller enskilt — än det lagstiftaren har avsett (détournement de pouvoir).[1]

[1] Waline M., Droit administratif, Paris 1963 s 449—488, jfr Dubois Louis, La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative, Paris 1962, s 299—308, Hauriou Maurice, Précis élémentaire de droit administratif, Paris 1937 s 266—270, de Laubadère André, Traité de droit administratif, Paris 1976 s 271—275 och s 553—573, Neville Brown E. och Garner J. F., French Administrative Law, London 1973 s 126—142 och Schwartz Bernard, French Administrative Law and the Common-Law World, New York 1954 s 203—249.

I sin framställning av denna del av förvaltningsrätten framhåller Waline, att det är av största betydelse för varje medborgare att känna till dessa regler, eftersom det är där medborgaren kan finna sitt skydd mot administrativt godtycke.[2]

Det är den tredje, fjärde och femte grunden för undanröjande som främst rör ämnet för denna bok.

Lagstridigt till sitt innehåll kan ett beslut vara även om det inte strider mot det speciella stadgande som myndigheten tillämpade. Även konstitutionen, internationella överenskommelser och allmänna rättsprinciper har betydelse. Till dessa allmänna rättsprinciper hör den om likhet inför lagen.[3]

Varje förvaltningsbeslut måste kunna motiveras med någon relevant omständighet, detta i synnerhet om beslutet berör en medborgerlig frihet. Visserligen behöver ett förvaltningsbeslut ofta inte ange vilka motiv det grundar sig på. Men förs klagan mot beslutet för att det är rättsstridigt, kräver Conseil d'Etat att myndigheten anger vilka faktiska omständigheter som motiverade beslutet. Vägrar myndigheten att göra det, eller kan den inte ange någon giltig grund för beslutet, undanröjs beslutet. Detta hände t.ex. i ett fall när en minister utan förklaring vägrade att låta ett antal personer komma i fråga för utbildning vid Ecole Nationale de l'Administration. I besvär till Conseil d'Etat gjorde de gällande, att detta berodde på att de misstänktes för att tillhöra en revolutionär organisation. Ministern efterkom inte domstolens begäran att han skulle ange sina skäl. Därav drog Conseil d'Etat slutsatsen, att han inte hade några giltiga skäl för beslutet, och undanröjde det.[4]

I allmänhet utgår Conseil d'Etat från att varje lag har sitt speciella syfte. Därvid är utgångspunkten naturligtvis i första hand lagtexten och sammanhanget och i andra hand förarbetena. Ibland går det inte att på detta sätt fastställa ett syfte. Det händer då att Conseil d'Etat "uppfinner" ett syfte för att göra utrymmet för godtycke så litet som möjligt.[5]

Détournement de pouvoir föreligger, som nämnt, om myndigheten har handlat i ett annat syfte än det lagstiftaren har haft för ögonen för den typ av beslut det gäller. Läran om détournement de pouvoir

[2] Waline a.a. s 451: "Connaître ces limites est d'une importance primordiale pour chaque citoyen, puisque c'est là qu'est notre défense contre l'arbitraire administratif."
[3] Waline a.a. s 463 ff.
[4] Waline a.a. s 472, 478 f.
[5] de Laubadère a.a. s 273 f., Neville Brown a.a. s 130—134.

tillämpas av Conseil d'Etat som subsidiär till de andra grunderna för att undanröja ett beslut.[6]

Bland otillåtna syften märks förstås främst sådana som går ut på att ge beslutsfattaren själv någon förmån eller på att tillfoga en motståndare skada. Ett annat syfte som anses otillåtet är det som går ut på att gynna någon utomstående, dvs. någon som inte är part i ärendet. Det kan t.ex. vara fråga om att skydda en grupp näringsidkare eller att ingripa i ett civilrättsligt förhållande.[7]

Det otillåtna syfte, som enligt Waline är det allra vanligaste, är vad han kallar den politiska lidelsen (la passion politique); "i motsats till vad den liberala ekonomin lärde, när den upprättade schemat för den berömda *homo oeconomicus,* leds människan betydligt mindre av sina intressen än av sina lidelser, och framför allt av den politiska lidelsen." Som exempel nämner han bl.a. förflyttning av en tjänsteman för att hindra honom från att utöva en politisk förtroendepost och indragande av subventioner till en privatskola med anledning av dess konfessionella karaktär.[8] Schwartz anger som typiska fall att en myndighet använder en maktbefogenhet för att främja det allmännas ekonomiska intresse; han nämner som det klassiska exemplet, att privatägda tändsticksfabriker stängdes såsom "hälsofarliga" för att statskassan inte skulle belastas med att behöva betala ersättning åt ägarna i samband med nationalisering. Schwartz talar i detta sammanhang om "overzealousness".[9] Ett finansiellt intresse anses numera dock inte otillåtet, om det går ut på att stödja ett företag, som erbjuder kommunala tjänster.[10]

Ett specialfall av détournement de pouvoir kallas för "détournement de procédure". Vad som då åsyftas är att myndigheten för att uppnå ett visst resultat använder andra former än dem lagen föreskriver för ett sådant resultat, former som inte lagligen kan användas för detta syfte men som kan användas för ett annat; "myndigheten har ersatt den legala proceduren med en annan, antingen för att undgå kompetensreglerna eller någon besvärande formalitet eller för att spara tid eller pengar åt samhället". Som exempel anger Waline bl.a. en polisprefekt som använde sina polisiära befogenheter för att säkra tillämpningen av semesterlagstiftning.[11]

6 Waline a.a. s 484.
7 Waline a.a. s 484 f.
8 Waline a.a. s 485 f.
9 Schwartz a.a. s 217 f.
10 Waline a.a. s 487 f.
11 Waline a.a. s 486 f.

Under de senaste decennierna har läran om détournement de pouvoir tillämpats mera sällan av Conseil d'Etat. Detta lär sammanhänga med en motsvarande ökning av fall, där ett beslut undanröjs såsom inte grundat på giltiga skäl. Conseil d'Etat har alltså alltmera övergått från att undersöka det subjektiva syftet med ett beslut till att i stället pröva vilka omständigheter som åberopas till grund för beslutet och om de är rättsligt giltiga.[12]

3.2. Västtyskland

Grundlagarna i Förbundsrepubliken Tyskland uttrycker en mycket stark ambition att lägga ett fast fundament för en modern rättsstat. Detta har sin förklaring i den historiska bakgrunden 1948. Det gällde att bygga upp en ny stat med rättsliga mekanismer som skulle lägga effektiva hinder i vägen för ett totalitärt samhälle. Samtidigt gällde det att bana väg för en modern stats vittgående sociala ansvar för medborgarna. I art. 20 fastslås, att förbundsrepubliken är "en demokratisk och social förbundsstat".

Grundlagarnas utformning gör att begreppet rättsstat, som visserligen använts i tyskspråkig litteratur sedan början av 1800-talet men länge varit omstritt, numera har fasta konturer i Västtyskland. Det identifieras i stor utsträckning med gällande grundlagar. Dess olika aspekter har föranlett en stor mängd juridisk litteratur, och dessutom ger författningsdomstolen rättsstatsbegreppet en konkret framtoning.

En av de principer, som anses självklart förenade med rättsstaten, är den att förvaltningen aldrig är helt fri utan måste hålla sig inom ramen för vissa gränser. De yttersta gränserna för skönet uttrycks i den klassiska läran om Ermessensfehler. Överskrids de, kan den förfördelade få beslutet upphävt av domstol.

Ett förvaltningsbeslut som skenbart ligger inom ramen för det fria skönet (Ermessen) är felaktigt, om det bestämts av osakliga (unsachliche) motiv eller syften eller om det vilar på ovidkommande (sachfremde) motiv eller syften.[13] Det första av dessa båda typfall kallas

[12] Waline a.a. s 488, Neville Brown a.a. s 134.

[13] Huber Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Tübingen 1954 s 657—661, jfr Forsthoff Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, München 1973 s 83—101, Jellinek Walter, Verwaltungsrecht, Berlin 1931 s 30—40, Merk Wilhelm, Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, Berlin 1963 s 794—797, von Turegg Kurt Egon och Kraus Erwin, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Berlin 1962 s 27—32 samt Wolff Hans J. och Bachof Otto, Verwaltungsrecht I, München 1974 s 174—202.

ofta för Ermessensmissbrauch eller Ermessenswillkür. Det ligger synnerligen nära det franska institutet détournement de pouvoir, vilket har sin förklaring i att läran om Ermessensmissbrauch hämtat sin inspiration just i den franska läran om détournement de pouvoir.[14] Myndigheten har, när fråga är om Ermessensmissbrauch, låtit sig påverka av sådana bevekelsegrunder eller för sådana syften som ter sig klart orespektabla, t.ex. egennytta, hämndgirighet eller chikan. Det andra typfallet hänförs vanligen till Ermesssensüberschreitung. Ovidkommande hänsyn anses föreligga, när myndigheten visserligen inte har handlat osakligt i den mening som nyss angavs men ändå har låtit sig leda av ett motiv eller ett syfte, som ligger utanför ramen för den uppgift som har anförtrotts myndigheten. Detta typfall ter sig ju inte alls lika stötande som det första men anses objektivt utgöra en lika allvarlig rättskränkning.[15]

Fiskaliska och liknande syften anses "sachfremd", när det gäller tillstånd som fordras av hänsyn till säkerhet eller ordning i vid bemärkelse, t.ex. näringstillstånd, byggnadstillstånd m.m.[16]

Olika grenar av förvaltningen anses inte få gripa in på varandras områden, vilket implicerar, att en myndighet inte får beakta sådana omständigheter som hänför sig till en helt annan myndighets uppgifter. Denna princip hänförs till rättsstatsbegreppet. Principen gäller även utanför myndighetsutövning. Som exempel på detta nämner Forsthoff ett fall, när en stad ansågs ha handlat rättstridigt, när den bemyndigade de kommunala gas- och elverken att inställa leverans till den som inte rättade sig efter bostadsmyndighetens föreskrifter.[17]

Huber framhåller, att ovidkommande hänsyn är speciellt farligt på den ekonomiska förvaltningens område, dels därför att de offentliga organen har utomordentligt stor makt och kan finna det näraliggande att använda den för annat än legitima ändamål, dels därför att de enskilda här står i starkt beroende ställning till det allmänna och ofta föredrar ett felaktigt beslut framför att ge sig in i en långdragen och osäker process.[18]

Tillämpningen av grundsatsen att varje myndighet endast får beakta de intressen, som faller inom ramen för denna myndighets uppgifter, underlättas av att art. 80 i grundlagarna förpliktar lagstiftaren att

[14] Huber a.a. s 658.
[15] Huber a.a. s 660.
[16] Jellinek a.a. s 38, jfr Forsthoff a.a. s 98 och 100.
[17] Forsthoff a.a. s 99, jfr Huber a.a. s 660.
[18] Huber a.a. s 661.

ange innehåll, ändamål och omfattning när normgivningsmakt delegeras. Detta stadgande har tolkats som ett förbud mot bl.a. alltför vida generalklausuler, dvs. sådana som utesluter en rimligt effektiv domstolskontroll.[19]

Wolff-Bachof nämner som en särskild typ av Ermessensmissbrauch det fall, att en myndighet har kränkt en i grundlagarna förankrad eller en eljest fundamental rättsgrundsats.[20]

Forsthoff framhåller, att förvaltningen inte kan undandra sig de offentligrättsliga gränserna för skönet genom att i privaträttsliga former ställa krav på den enskilde, som inte skulle ha varit tillåtna i myndighetsutövning, t.ex. om en kommun såsom ägare till gator och torg uppställer sådana villkor för nyttjandet av dessa som inte skulle ha kunnat genomdrivas genom myndighetsutövning.[21]

3.3. England

England har inte någon konstitution, brukar det sägas, men det är en sanning med modifikation. Något lagverk som kallas konstitution finns visserligen inte och inga lagar som anses ha högre valör än andra. Men vissa konstitutionella principer har utvecklats i praxis under seklens gång, och de betraktas med minst lika stor respekt som andra staters skrivna konstitutioner. Vissa av dessa principer härleds till Magna Charta, som också ibland åberopas även i moderna domar.

De två grundläggande principerna är den om parlamentets suveränitet och den om the rule of law. Dessa båda principer i samverkan ligger till grund för att allmänna domstolar kan undanröja ett administrativt beslut på den grund, att det fullföljer ett otillåtet syfte eller stödjer sig på något ogiltigt skäl.[22]

Parlamentets suveränitet betyder att parlamentet (the Queen in Parliament) har kompetens att anta eller upphäva vilka rättsnormer

[19] Jesch Dietrich, Gesetz und Verwaltung, Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmässigkeitsprinzipes, Tübingen 1961 s 213—228.
[20] Wolff—Bachof a.a. s 201.
[21] Forsthoff a.a. s 100.
[22] de Smith S. A., Judicial Review of Administrative Action, London 1973 s 81—88, 246—313, jfr Griffith J. A. G. och Street H., Principles of Administrative Law, London 1973 s 210—212 och 218—224, Phillips Owen Hood, Constitutional and Administrative Law, London 1973 s 514—530, de Smith S. A., Constitutional and Administrative Law, Bungay Suffolk 1977 s 548—561 och 574—582, Wade E. C. S. och Phillips G. Godfrey, Constitutional Law, London 1970 s 639—646 samt Wilson Geoffrey, Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law, Cambridge 1976 s 557—603.

som helst. Av detta följer att inget parlament kan rättsligt binda ett senare parlament; varje parlament är suveränt att bestämma vad som helst. (De facto kan denna dogm naturligtvis inte alltid upprätthållas. När ett brittiskt parlament har avstått från en koloni, har detta självfallet de facto bundit kommande parlament. Dogmen kan inte heller hindra att Storbritannien har skyldigheter enligt internationell rätt. Storbritanniens anslutning till EG har betydelsefulla återverkningar på dogmen om parlamentets suveränitet.)

The rule of law är det engelska uttrycket för idén om rättssamhället. Genom principen om parlamentets suveränitet kan denna idé dock inte här betyda någon garanti för medborgarna gentemot parlamentet. Men the rule of law innebär ändå, att parlamentet förväntas normalt inte inkräkta på vissa principer. Till dessa hör de som i andra västerländska stater brukar anges som medborgerliga rättigheter i konstitutionen, rätt till liv och fysisk frihet, yttrandefrihet, skydd för egendom och privatliv m.m. En annan princip som parlamentet förväntas normalt respektera är den att medborgarna har rätt till skydd mot godtycklig maktutövning från förvaltningens sida.[23]

En regel som följer både av parlamentets suveränitet och av the rule of law är, att all makt, som utövas gentemot medborgarna, måste stödjas på en parlamentsakt. Emellertid utfärdas en mycket stor del av lagstiftningen i England av andra organ än parlamentet, detta med stöd av bemyndigande från parlamentet. Endast en bråkdel av de rättsregler som gäller för medborgarna har antagits av parlamentet.[24] När det gäller all normgivning, som på detta sätt har antagits av något annat organ än parlamentet, prövar domstolarna på förekommen anledning om normerna ligger inom ramen för den kompetens parlamentet har givit. Befinns så inte vara fallet, behandlar domstolen normen som ogiltig i motsvarande mån. Och det är här som principen om parlamentets suveränitet samspelar med principen om the rule of law och andra konstitutionella principer: domstolen presumerar, att parlamentet inte utan att ge klart uttryck för det inskränker vissa fundamentala rättsprinciper.[25]

[23] Hood Phillips a.a. s 36—37 och 415—452, de Smith, Constitutional and Administrative Law (fotnot 22) s 439—498, Wade—Phillips a.a. s 479—582. Det klassiska verket är Dicey A. V., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, London 1915.

[24] de Smith, Constitutional and Administrative Law (fotnot 22) s 321.

[25] de Smith, Constitutional and Administrative Law (fotnot 22) s 337—341, Wilson a.a. s 386—401 och 408—434.

Har parlamentet emellertid gett klart uttryck — explicit eller implicit — för att det avsåg att inskränka någon sådan princip, respekterar domstolarna denna avsikt. Såtillvida står principen om parlamentets suveränitet över de rättsstatliga idéer som sammanfattas i uttrycket the rule of law.

Detta samspel mellan principen om parlamentets suveränitet och the rule of law medför inte bara, att normgivning, som anses falla utom ramen för parlamentets bemyndigande lag, betraktas som ett kompetensöverskridande som kan göra en norm ogiltig. Samma betraktelsesätt kan föranleda, att ett konkret administrativt beslut blir ogiltigt.

Även när det står klart att parlamentet har avsett att ge ett organ diskretionär makt, gäller vissa gränser för *hur* denna makt får utövas. De Smith sammanfattar dem på följande sätt:

> In general, a discretion must be exercised only by the authority to which it is committed. That authority must genuinely address itself to the matter before it: it must not act under the dictation of another body or disable itself from exercising a discretion in each individual case. In the purported exercise of its discretion it must not do what it has been forbidden to do, nor must it do what it has not been authorised to do. It must act in good faith, must have regard to all relevant considerations and must not be swayed by irrelevant considerations, must not seek to promote purposes alien to the letter or to the spirit of the legislation that gives it power to act, and must not act arbitrarily or capriciously.[26]

Ett fall från 1968 har ansetts visa, att engelsk rätt i själva verket tillämpar principer som ligger mycket nära den franska läran om détournement de pouvoir:[27]

(1968) 1 All ER s 694 *Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food*

> Parlamentet hade beslutit om ett system för mjölkproducenter. Producenterna ålades skyldighet att sälja till ett bestämt organ, Milk Marketing Board (MBB) till priser enligt ett särskilt system, som MBB fick kompetens att fastställa. Den lag parlamentet hade antagit förutsåg det fall, att producenter skulle vara miss-

[26] de Smith, Judicial Review of Administrative Action (fotnot 22) s 252 f.
[27] de Smith, Constitutional and Administrative Law (fotnot 22) s 579.

nöjda med MBB:s prissystem och vilja ändra på det. Sådana klagomål skulle enligt lagen riktas till jordbruksministern. Lagen stadgade, att han då skulle kunna låta klagomålen utredas av en särskild undersökningskommitté. (A committee of investigation shall — — — be charged with the duty, if the Minister in any case so directs, of considering and reporting to the Minister — — — on any complaint made to the Minister as to the operation of any scheme — — —). Om kommitténs rapport gick ut på att någon del av prissystemet stod i strid mot någon berörd producents intressen och inte påkallades av allmänt intresse, kunde ministern, om han så fann lämpligt efter att ha övervägt rapporten (if he thinks fit so to do after considering the report) ändra systemet för att rätta till saken.

Det prissystem, som MBB införde, var differentierat efter olika regioner; producenterna i en region fick mer betalt för mjölken än producenterna i en annan, beroende på avståndet till konsumenterna. I sydöstra regionen ansåg producenterna, att systemet medförde att de fick för litet betalt. De klagade till MBB men hade ingen framgång. De vände sig då till ministern och anhöll, att han måtte hänskjuta deras klagomål till undersökningskommittén. Det hade de emellertid inte någon framgång med.

Ministerns undersekreterare meddelade, att ett hänskjutande till kommittén inte ansågs lämpligt, bl.a. därför att om klagomålen hänsköts och kommittén sedan stödde dem, skulle ministern förväntas meddela ett beslut i enlighet med kommitténs rekommendation.

House of Lords fann, att ministern hade handlat "ultra vires". Hans skäl för att inte hänskjuta klagomålen till kommittén ansågs ligga utom ramen för vad parlamentet kunde ha avsett.

Ett par fall från 1976 får illustrera, att domstolarna numera energiskt hävdar the rule of law i den mening som här angivits:

(1976) 3 All ER s 665 *Secretary of State for Education and Science v Metropolitan Borough of Tameside*

Fallet rörde en politiskt kontroversiell skolreform i Tameside. I maj 1976 hölls kommunalval. De gav de konservativa majoritet. Valperioden dessförinnan hade labour haft majoritet. Kommunen hade under den tiden beslutit om en skolreform och bestämt att den skulle genomföras från höstterminen 1976. När de konservativa fick majoriteten i kommunen, beslöt de att uppskjuta en del av reformen för vidare utredning och för att denna del ansågs olämplig att genomföra så fort.

När vederbörande minister fick höra detta, gav han den nya kommunstyrelsen order att fullfölja den gamla styrelsens beslut. Han utverkade också en domstolsorder av denna innebörd. Kommunstyrelsen överklagade till Court of Appeal.

Ministern åberopade detta lagstadgande:

"If the Secretary of State is satisfied, either on complaint by any person or otherwise, that any local education authority — — — have acted or are proposing to act unreasonably with respect to the exercise of any power conferred or the performance of any duty imposed by or under this Act, he may — — — give such directions as to the exercise of the power or the performance of the duty as appear to him to be expedient."

Kommunstyrelsens klagomål hade — enhälligt — framgång både i Court of Appeal och i House of Lords, dit målet gick efter besvär från ministerns sida. Ministern ansågs ha överskridit sin kompetens. Lagstadgandet tolkades så att det gav ministern rätt att ingripa på sätt skett endast under förutsättning att styrelsen hade handlat "unreasonable", en förutsättning som domstolarna inte fann föreligga. Lord Denning ger i sin dom en intressant utveckling av begreppet "unreasonable".

(1976) 1 All ER s 697 *Congreve v Home Office*

TV-licensavgiften i England höjdes den 1 april 1975 från 12 till 18 pund om året. Höjningen offentliggjordes på förhand, och någon fick idén att om man inte väntade till den gamla licensen gick ut utan löste en ny före 1 april, kunde man tjäna 6 pund. Denna idé publicerades i pressen, och många gjorde på detta sätt. Home Office ogillade förfaringssättet och skrev till dem som hade använt det, att de måste betala 6 pund till, vid äventyr att licensen återkallades.

En av dem som hade fått en sådan skrivelse från Home Office gick till domstol och yrkade en faställelsedom att återkallelse av licensen skulle vara olaglig, ogiltig och utan verkan. Han förlorade i Queens Bench och klagade då till Court of Appeal. Medan målet var anhängigt där, återkallade Home Office licensen.

I Wireless Telegraphy Act 1949 fanns detta stadgande:

"A — — — license may be revoked, or the terms, provisions or limitations thereof varied, by a notice in writing of the (Minister)."

Court of Appeal gav — enhälligt — käranden rätt. Lord Denning yttrade bl.a.:

"If (the Minister) should revoke (the license) without giving reasons, or for no good reason, the courts can set aside this revocation and restore the license. It would be a misuse of the power conferred on him by Parliament.

— — —

(The Minister's) policy would be thwarted, he said, and the revenue rendered insufficient, if large numbers of people were allowed to take out overlapping licenses. He said, too, that other license holders (being the vast majority) would have a legitimate

> grievance. So he considered it proper to revoke the overlapping licenses of those who had acted contrary to his policy.
>
> Are those good reasons? I cannot accept those reasons for one moment. The Minister relies on the intention of Parliament. But it was not the policy of Parliament that he was seeking to enforce. It was his own policy.
>
> — — —
>
> Want of money is no reason for revoking a license. The real reason, of course, in this case was that the department did not like people taking out overlapping licenses so as to save money. But there was nothing in the regulations to stop it. It was perfectly lawful; and the department's dislike of it cannot afford a good reason for revoking them. So far as other people are concerned (who did not have the foresight to take out overlapping licenses) I doubt whether they would feel aggrieved if these licenses remained valid. They might only say: 'Good luck to them. We wish we had done the same.'
>
> There is yet another reason for holding that the demands for £6 to be unlawful. They were made contrary to the Bill of Rights. They were an attempt to levy money for the use of the Crown without the authority of Parliament; and this is quite enough to damn them — — —

De engelska domstolarnas hävdande av medborgarintressen gentemot ministerpolitik är föremål för debatt i England. Bland de betänkligheter som framförs går vissa ut på att domstolarna i strid mot demokratiska principer tar på sig en politisk roll. En del befarar, att domstolarnas "kreativa" verksamhet till skydd för meborgarna kan leda till att parlamentet i högre grad än hittills undandrar förvaltningsbeslut domstolsprövning och därmed gör den enskilde rättslös. Å andra sidan finns det de som menar, att medborgarna behöver ett skydd även gentemot parlamentet.[28]

3.4. Europarådets rekommendation

Europarådets ministerkommitté har den 11 mars 1980 antagit en rekommendation till medlemsstaterna rörande förvaltningsmyndigheters utövande av diskretionär makt. Dokumentet upptar följande "Basic Principles".

> An administrative authority, when exercising a discretionary power:

[28] Se t.ex. Hailsham (Lord) Quintin Mc Garel Hogg, The Dilemma of Democracy, Diagnosis and Prescription, London 1978 särskilt s 170—174.

1. does not pursue a purpose other than that for which the power has been conferred;
2. observes objectivity and impartiality, taking into account only the factors relevant to the particular case;
3. observes the principle of equality before the law by avoiding unfair discrimination;
4. maintains a proper balance between any adverse effects which its decision may have on the rights, liberties or interests of persons and the purpose which it pursues;
5. takes its decisions within a time which is reasonable having regard to the matter at stake;
6. applies any general administrative guidelines in a consistent manner while at the same time taking account of the particular circumstances of each case.

I dokument uttalas också:

> It is advisable, when creating a discretionary power, that the purpose to be pursued should, depending upon the practice in the legal system concerned, be indicated as clearly as possible in the body of the text of the law conferring that power or, alternatively, in its title or preamble, or in the accompanying explanatory memorandum.

3.5. Madridkongressen

Sommaren 1980 anordnade Institut International des Sciences Administratives en kongress i Madrid, som bl.a. rörde the rule of law i modern förvaltning. Bland de ämnen som utvaldes för debatt var legalitetsprincipens betydelse i skilda länder med olika politisk struktur, medborgerliga rättigheter och likformig behandling av medborgarna, nya uppgifter för förvaltningen samt förhållandet mellan legalitetsprincipen och olika medel att säkra respekt för den. Handlingarna från kongressen väntas bli publicerade våren 1981.

Kap 4 Utgångspunkter för den fortsatta undersökningen

4.1. Saklighetskravet som ordinär lagtolkning

Saklighetskravet kan bestämmas med utgångspunkt i lydelsen av det lagstadgande som tillämpas i det enskilda fallet och med utgångspunkt i syftet med bestämmelsen. Om myndighetens beslut föranleds av ett intresse, som ligger utanför ramen för den tillämpade bestämmelsens syfte, är det godtyckligt. Till den del saklighetskravet definieras på detta sätt, är det en fråga om tolkning av den bestämmelse som det i det enskilda fallet är fråga om.

Min undersökning är inriktad främst på tillämpningen av bestämmelser som är så allmänt hållna att saklighetskravet i nu angiven mening inte kan hjälpa mot godtycke.

4.2. Saklighetskravet som samlingsbegrepp för vissa fundamentala principer

Om saklighetskravet alls skall ha någon mening, när det gäller den typ av lagstiftning som här främst avses, måste det tydligen fyllas ut med vad Frihagen kallat "generelle og abstrakte rettferds- og likhetssynspunkter". Därvid är vissa principer väl givna, såsom att myndighetsutövning inte får påverkas av en önskan att gynna vänner, att sätta åt fiender eller av lättja eller räddhåga. Det är uppenbart, att saklighetskravet i denna mening inte kan kontrolleras. Det finns dock knappast något skäl att stanna vid dessa principer, som ju uteslutande tar sikte på tjänstemannens subjektiva förhållanden.

Medborgerliga rättigheter

I 2 kap. regeringsformen anges vissa medborgerliga fri- och rättigheter. 1 § stadgar, att varje medborgare gentemot det allmänna är tillförsäkrad yttrandefrihet, informationsfrihet, mötesfrihet, demonstrationsfrihet, föreningsfrihet och religionsfrihet.

Dessa rättigheter, som också återfinns i folkrätten såsom mänsk-

liga rättigheter, tillhör vårt kulturarv, och de fundamentala principer, som de är uttryck för, måste respekteras i rättskipning och förvaltning.

I Sverige har, såsom framgår av 2.1, Strömberg och Ragnemalm som exempel på illojal maktanvändning nämnt det fall, att en myndighet fattar ett beslut i syfte att förfölja personer av viss religion. Det är ovisst, om Strömberg och Ragnemalm verkligen menar, att ett sådant beslut är felaktigt endast under förutsättning, att myndigheten har *avsett* att missgynna personer av en viss religion, eller om de har haft en objektiv tillämpning av läran om illojal maktanvändning i tankarna. Enligt min mening måste de medborgerliga rättigheterna antas ge innehåll åt saklighetskravet så, att de — oavsett vad den enskilde beslutfattaren har för syfte med sitt beslut — inte använder sina formella maktbefogenheter på ett sätt som urholkar dessa rättigheter, t.ex. genom att omhänderta ett barn för samhällsvård därför att föräldrarna omfattar en revolutionär åskådning eller tillhör en religiös sekt.

Medborgerliga rättigheter har betydelse för saklighetskravet i bl.a. fransk, västtysk och engelsk rätt; se kap. 3.

De medborgerliga rättigheternas betydelse för saklighetskravet i svensk rätt utreds närmare i kap. 5.

Likhet inför lagen

En grundläggande princip i regeringsformen är den om allas likhet inför lagen. I 1 kap. 9 § åläggs domstolar och förvaltningsmyndigheter och andra, som fullgör uppgifter i förvaltningen, uttryckligen att beakta denna princip.

Grundsatsen om allas likhet inför lagen hör nära samman med saklighetskravet. Som redan nämnts (1.1) saknar denna grundsats i och för sig allt materiellt innehåll. Lagstiftaren kan emellertid ge den ett bestämt innehåll genom att förklara, att rättskipning och förvaltning skall blunda för vissa skillnader mellan medborgarna. En sådan förklaring har givits i regeringsformen; se 1.2. De offentliga organen i rättskipning och förvaltning får inte utan rättsligt stöd särbehandla någon på grund av hans personliga förhållanden, såsom tro, åskådning, ras, hudfärg, ursprung, kön, ålder, nationalitet, språk, samhällsställning eller förmögenhet.

I detta diskrimineringsförbud har domstolar och myndigheter fått en tumregel att hålla sig till för att beakta allas likhet inför lagen. Särbehandling som beror på tro eller åskådning hänför sig till religionsfriheten och åsiktsfriheten. Till den delen kan diskriminerings-

förbudet hänföras till de offentliga organens skyldighet att respektera dessa rättigheter. De övriga personliga förhållanden, som avses med förbudet, ger saklighetskravet ett innehåll utöver det som avser respekten för de i 2 kap. 1 § proklamerade rättigheterna.

Principen om allas likhet inför lagen behandlas i kap. 6.

Den organisatoriska specialitetsprincipen

Polisstaten beskrivs så, att den är en centralt sammanfogad, obestämd tvångsmakt, som sätts in för samtliga samhällsmål.[1] En centralt sammanfogad makt som utövar tvång i organiserade former för vissa speciella ändamål är inte en polisstat. Den organisatoriska specialitetsprincipen har Poul Andersen i dansk doktrin utvecklat så, att en förvaltningsmyndighet inte får använda en diskretionär befogenhet för ändamål, som det kommer an på andra myndigheter eller på domstolar att tillgodose; se 2.2. Exempel, som vissa andra nordiska författare har gett, tyder på att de också utgår från att en sådan princip gäller, men kanske bara som en del av grundsatsen att myndigheter får använda en maktbefogenhet bara i det syfte den är avsedd för. Den organisatoriska specialitetsprincipen, såsom Poul Andersen utvecklat den, skiljer sig emellertid från tolkning "i lagens anda" såtillvida att den kan tillämpas även om det inte finns några motivuttalanden, som ger ledning för att bestämma "lagens anda". Den organisatoriska specialitetsprincipen är erkänd åtminstone i Frankrike, Italien, Västtyskland, Belgien och Nederländerna.[2] Den har kritiserats såsom opraktisk främst av norrmännen Bernt och Boe; se 2.3.

Den organisatoriska specialitetsprincipen i svensk rätt utvecklas i kap. 7.

Främmande intressen

Myndighetsutövning innebär i regel, att den enskilde är i underläge i förhållande till ett offentligt organ. Han är t.ex. beroende av ett tillstånd av något slag. En myndighet kan i det läget tänkas avpressa honom någon motprestation, som han egentligen inte är skyldig att tillhandahålla. Om en enskild i affärslivet utnyttjar sitt övertag över en annan enskild på ett otillbörligt sätt, skyddas den svagare parten

[1] Wolff Hans och Bachof Otto, Verwaltungsrecht I, München 1974, s 39. Jfr fotnot 2 i 7.1 nedan.

[2] Det framgår av generaladvokaten Lagranges exposé i Court of Justice of the European Coal and Steel Community, Reports of Cases before the Court, 1954 to 1956, s 73 ff.

genom olika lagregler. Det måste antas, att motsvarande gäller i förhållandet mellan det allmänna och den enskilde. En prestation, som en myndighet under press avkräver någon utan stöd av lag eller författning, är otillbörligt fordrad. Man skulle kunna beskriva ett sådant förfarande så, att myndigheten drar in ovidkommande och främmande intressen i sin myndighetsutövning.

Det kan vara fråga om en prestation till samhället. Men en myndighet kan också på annat sätt tänkas dra in främmande intressen i ett ärende, t.ex. genom att falla undan för krav från en facklig organisation att en näringsidkare, som sökt ett tillstånd, inte skall få tillståndet eller inte skall få det förrän han åtagit sig någon viss förpliktelse gentemot organisationen.

Saklighetskravet såsom ett förbud att ta hänsyn till främmande intressen behandlas i kap. 8.

Bestraffning utanför straffrätten

En konstitutionell regel av största betydelse är den som säger, att ingen får straffas för en gärning, som inte var straffbar när den förövades. Regeln kommer till uttryck i 2 kap. 10 § regeringsformen. Straffrätten och straffprocessen har regler som är avsedda att på olika sätt skydda den som samhället ställer till svars för något brottsligt förfarande. Utanför straffrättens ram får den enskilde inte bestraffas för någonting han har gjort eller är misstänkt för att ha gjort.

Saklighetskravet i denna betydelse framställs i kap. 9.

4.3 Undersökningens bedrivande

Den undersökning, som redovisas i kap. 5—9, hänför sig till praxisfall, som jag samlat för att få exempel på saklighetskravets materiella betydelse. Jag gick till väga så, att jag sökte och under olika rubriker systematiserade de fall, som kunde tänkas ha någon relevans för problemet saklighet i rättskipning och förvaltning. De aspekter som jag tar upp i denna bok är de som synts mig ha det största praktiska intresset, när det gäller saklighetskravets tillämpning i fall, där "lagens anda" inte ger tillräcklig ledning. Självfallet är det inte fråga om en uttömmande bestämning av saklighetskravet.

Flertalet av de fall, jag har funnit, hänför sig till JO:s praxis och till fall, som inte har lett till åtal. JO:s uttalanden är inte någon egentlig rättskälla. Å andra sidan är JO-uttalanden ofta mera tydliga än vad domstolarnas motiveringar för skilda utslag brukar vara. Framför

allt är saklighetskravet mycket mera ingående belyst i uttalanden av JO än i domar av högsta domstolen och regeringsrätten. Detta är också naturligt med hänsyn till att JO:s granskning främst är inriktad just på bristfälligheter i rättstillämpningen, medan domstolarnas verksamhet i allmänhet går ut på att de själva, var och en för sig, skall ge en riktig rättstillämpning. Överrätternas prövning går sålunda ut på om en dom eller ett beslut skall ändras eller ej, på grund av att bevisningen eller någon rättsfråga bedöms annorlunda; frågan om saklighetskravet har åsidosatts av en lägre instans är det sällan anledning för överrätterna att särskilt behandla. JO-fallen har också intresse för denna undersökning, oavsett om man finner JO:s bedömning av det enskilda fallet riktigt eller oriktigt, ty fallen visar olika sammanhang, där saklighetskravet har aktualiserats, och där det därför finns anledning tro, att det har praktiskt intresse.

Min diskussion utgår i de flesta fall från något problem, som har aktualiserats i praktiken. I mycket liten utsträckning har jag själv konstruerat problem.

Jag behandlar i princip inte frågan om rättsliga gränser för normgivning utan utgår ifrån att de rättsnormer som finns skall iakttas i rättskipning och förvaltning. Detta innebär, att jag bortser från 11 kap. 14 § regeringsformen om den s.k. lagprövningsrätten, dvs. att domstolar och andra offentliga organ under vissa förutsättningar inte får tillämpa felaktiga normer.

Kap 5 De medborgerliga rättigheterna i 2 kap. 1 § regeringsformen

5.1. Inledning

Definitionen av rättigheterna

2 kap. 1 § regeringsformen tillförsäkrar varje medborgare gentemot det allmänna yttrandefrihet, informationsfrihet, mötesfrihet, demonstrationsfrihet, föreningsfrihet och religionsfrihet.

Religionsfriheten är absolut. Däremot får övriga i 2 kap. 1 § tillförsäkrade rättigheter begränsas, men bara under bestämda förutsättningar. 2 kap. 12 § första stycket stadgar till en början, att dessa rättigheter får begränsas endast genom *lag*. (I några fall, som det inte är anledning att här gå in på, får begränsning ske genom annan författning efter bemyndigande i lag). Det stadgas vidare, att begränsning får göras endast för att tillgodose *ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle*. Vidare att en begränsning aldrig får gå utöver vad som är *nödvändigt* med hänsyn till det ändamål som har föranlett den och inte heller sträcka sig så långt att den utgör ett *hot mot den fria åsiktsbildningen* såsom en av folkstyrelsens grundvalar. Och slutligen att en begränsning inte får göras *enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning*.

Ytterligare förutsättningar för begränsningar i dessa rättigheter anges i 13—14 §§:

> 13 §. Yttrandefriheten och informationsfriheten får begränsas med hänsyn till rikets säkerhet, folkförsörjningen, allmän ordning och säkerhet, enskilds anseende, privatlivets helgd eller förebyggandet och beivrandet av brott. Vidare får friheten att yttra sig i näringsverksamhet begränsas. I övrigt får begränsningar av yttrandefriheten och informationsfriheten ske endast om särskilt viktiga skäl föranleder det.
>
> Vid bedömandet av vilka begränsningar som får ske med stöd av första stycket skall särskilt beaktas vikten av vidaste möjliga yttrandefrihet och informationsfrihet i politiska, religiösa, fackliga, vetenskapliga och kulturella angelägenheter.

> Som begränsning av yttrandefriheten och informationsfriheten anses icke meddelande av föreskrifter som utan avseende på yttrandes innehåll närmare reglerar visst sätt att sprida eller mottaga yttranden.
>
> 14 §. Mötesfriheten och demonstrationsfriheten får begränsas endast av hänsyn till rikets säkerhet, till ordning och säkerhet vid sammankomsten eller demonstrationen eller till trafiken eller för att motverka farsot.
>
> Föreningsfriheten får begränsas endast såvitt gäller sammanslutningar vilkas verksamhet är av militär eller liknande natur eller innebär förföljelse av folkgrupp av viss ras, med viss hudfärg eller av visst etniskt ursprung.

Eftersom de grundlagsfästa rättigheterna inte kan begränsas annat än genom lag och endast under bestämda förutsättningar, är det naturligtvis uteslutet, att en domstol eller en myndighet utan särskilt stöd av lag (som meddelats i ett tillåtet syfte) tillämpar en maktbefogenhet på ett sätt, som begränsar någon av dessa rättigheter. Man skulle kanske tycka, att det sålunda är uteslutet, att någon utan stöd av lag förvägras en statlig tjänst på grund av sina yttranden i politiska frågor eller på grund av vad som av någon annan anledning är känt om hans politiska åsikter. På samma sätt skulle man kanske vänta sig, att en barnavårdsnämnd till följd av regleringen i 2 kap. regeringsformen inte kan med stöd av sin befogenhet att för samhällsvård omhänderta barn, vars utveckling äventyras på grund av föräldrarnas olämplighet som fostrare, ta ifrån ett par föräldrar deras barn på den grund att de tillhör en religion, som nämnden finner skadlig för barns utveckling.

Emellertid framgår det av förarbetena till regeringsformen, att ordet "begränsning" har en mycket snäv innebörd, och att förfaranden av denna typ inte är att anse som begränsning av en frihet i regeringsformens mening.

Sålunda uttalade fri- och rättighetsutredningen om ordet begränsning.

> Förbuden mot rättighetsbegränsningar omfattar inte varje negativ åtgärd från det allmännas sida, som är föranledd av att någon har utnyttjat en rättighet på ett visst sätt, eller som har till syfte att förmå någon att medge ett visst integritetstvång. Att en person till följd av sina yttranden i politiska frågor förvägras en statlig tjänst av betydelse för rikets säkerhet kan exempelvis inte anses vara en begränsning av hans yttrandefrihet i grundlagens mening. Grundlagsskyddet är i första hand riktat mot sådana åtgärder från det allmännas sida som innebär faktiskt fysiskt tvång eller

kriminalisering av vissa handlingar. Också vitesföreläggan kan nämnas i sammanhanget.[1]

Av detta uttalande, som man torde få utgå från när man tolkar 2 kap. regeringsformen,[2] skulle det alltså inte enligt reglerna i det kapitlet vara generellt förbjudet för de rättstillämpande organen att utan stöd av lag tillämpa sina maktbefogenheter på ett sätt, som faktiskt verkar så, att det inskränker utrymmet för de medborgerliga rättigheterna eller motverkar syftet med dessa rättigheter. De enda fall, då det skulle stå i strid mot 2 kap. regeringsformen att lägga någon till last t.ex. hans åskådning i politiskt eller religiöst hänseende, skulle vara när myndighetsutövningen går ut på fysiskt tvång, bestraffning eller vitesföreläggande som riktar sig mot själva utövandet av en medborgerlig rättighet.

Förbudet att särbehandla på grund av tro eller åskådning

Emellertid innehöll, såsom framgår av 1.2, saklighetskravet i 1 kap. 9 § regeringsformen tidigare en mening av innebörd att domstolar och förvaltningsmyndigheter inte utan rättsligt stöd får särbehandla någon på grund av hans tro eller åskådning. Denna mening togs — såsom också framgår av 1.2 — bort uteslutande av det skälet, att den föranlett ett pinsamt missförstånd, och skall alltjämt anses gälla såsom "inbakad" i saklighetskravet. Detta innebär, att de medborgerliga rättigheterna via saklighetskravet åtnjuter ett mera omfattande skydd än vad som framgår av 2 kap. regeringsformen. Att särbehandla någon på grund av hans tro eller åskådning är förbjudet för domstolar och myndigheter, såvida de inte har rättsligt stöd för sådan särbehandling.

Detta förbud betyder, att den som träffas av det skall handla som om han vore blind för dessa förhållanden, och om något av dem finns med som grund för ett avgörande, har förbudet överträtts. Det spelar enligt min mening därvid inte någon roll om förhållandet åberopas som enda grund för t.ex. ett beslut att avslå en ansökan eller om det nämns som en av flera grunder. Det nu sagda är möjligen kontroversiellt och skall därför något utvecklas.

Domar och beslut grundar sig ofta på flera kumulerade förhållanden. En villkorlig dom kan t.ex. motiveras med att den dömde 1) aldrig har begått brott förut 2) är skötsam i sitt arbete och 3) har en

1 SOU 1975:75 s 104.
2 Jfr prop. 1975/76:209 s 154 och prop. 1973:90 s 210.

trygg förankring i sin familj. Om man utgår ifrån att domsmotiveringen är helt logisk och stringent, borde man kunna dra slutsatsen att, om en av dessa tre faktorer hade saknats, skulle vederbörande inte ha fått villkorlig dom. Så logiskt och stringent skrivs dock inte doms- och beslutsmotiveringar.

I exemplet gällde det emellertid omständigheter, som alla är relevanta för prövningen om en person skall få villkorlig dom. Ett förbud att särbehandla någon på grund av vissa personliga förhållanden betyder, att dessa förhållanden inte får vara avgörande för utgången. De skall, med andra ord, vara irrelevanta. Om man skall kunna hantera ett sådant förbud, måste man utgå från att doms- och beslutsmotiveringar är stringenta såtillvida att de endast anger förhållanden som har tillmätts betydelse för utgången. Om därför ett beslut att inte ge någon villkorlig dom motiveras med att den dömde 1) har gjort sig skyldig till ett liknande brott förut 2) nyligen har brutit med sin familj och har en instabil livsföring och 3) är aktiv kommunist, måste man utgå från att — om bara de två första faktorerna hade förelegat men den dömde i stället hade varit aktiv i ett annat parti — skulle domstolen åtminstone ha varit öppen för tanken att meddela villkorlig dom. Hur domstolen skulle ha dömt i detta fall kan man aldrig få veta. Men redan detta att domstolen får förutsättas då ha varit öppen för tanken på villkorlig dom innebär, att den dömde har särbehandlats på den grund att han var kommunist.

Undersökningen har först och främst inriktats på fall av särbehandling av någon på grund av hans tro eller åskådning. Mot särbehandlingen gäller ett klart uttalat förbud. Även andra fall har tagits med som belyser de medborgerliga rättigheternas betydelse för saklighetskravet.

Det principiella förbudet mot särbehandling på grund av tro eller åskådning viker vid "rättsligt stöd". Det är då av vikt att veta vad uttrycket "rättsligt stöd" betyder. Dels är det en formell fråga: vilka slags regler räknas hit? Är t.ex. sedvanerätt "rättsligt stöd" i detta sammanhang? Dels är det en materiell fråga. Ingen myndighetsutövning får ske utan rättsligt stöd, alldeles oavsett om den innebär att någon diskrimineras för sin åskådning. "Den offentliga makten utövas under lagarna." Men ofta består det rättsliga stöd, som alltid är nödvändigt för myndighetsutövning, i en ren kompetensbestämmelse eller i ett stadgande, som mycket vagt beskriver de förutsättningar, som gäller

för ett ingripande. En barnavårdsnämnd får omhänderta ett barn för samhällsvård, om barnets utveckling äventyras på grund av föräldrarnas olämplighet som fostrare. Har en barnavårdsnämnd därvid "rättsligt stöd" för att anse föräldrar olämpliga på den grund att de vill omstörta samhället med våld eller för att de tillhör en viss religiös sekt?[3]

En annan fråga är, om förbudet endast gäller domstolar och förvaltningsmyndigheter eller om det också avser andra offentliga organ och annan myndighetsutövning än den som handhas av offentliga organ. Medan den mening som tidigare var fogad till saklighetskravet ännu fanns kvar i grundlagstexten, avsåg saklighetskravet enligt sin ordalydelse bara domstolar och förvaltningsmyndigheter. Samtidigt som den andra meningen togs bort utan att detta ansågs innebära någon saklig ändring, gjordes ett tillägg till saklighetskravet för att klargöra, att det också gäller regeringen och privaträttsliga subjekt när de fullgör förvaltningsuppgifter. I detta sammanhang kan man också ställa frågan om saklighetskravet gäller för annat än myndighetsutövning.

Ytterligare en fråga gäller betydelsen i detta sammanhang av 2 kap. 13 och 14 §§ regeringsformen. I den mån det finns rättsligt stöd för att beakta någons åskådning, får de offentliga organen ändå ta sådana hänsyn bara under de förutsättningar som gäller för riksdagens befogenhet att begränsa medborgerliga rättigheter? Det förefaller klart, att hänsyn till åskådning i vart fall inte får tas i större omfattning än vad som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle och inte annat än i den mån det är nödvändigt med hänsyn till ändamålet. Sådana hänsyn får heller aldrig utgöra ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar. Men skall dessutom anses gälla, att sådana hänsyn aldrig får tas annat än för något av de syften, som är särskilt tillåtna för "begränsning" av respektive yttrandefriheten, informationsfriheten, mötesfriheten och demonstrationsfriheten? Får t.ex. någons inlägg i den offentliga debatten inte vara grund för missgynnande behandling av honom annat än om detta är nödvändigt med hänsyn till rikets säkerhet, folkförsörjningen, allmän ordning och säkerhet, enskilds anseende, privatlivets helgd eller förebyggandet och beivrandet av brott?

[3] Se 25 § a barnavårdslagen. Från 1982 kommer i stället lagen 1980:621 med särskilda bestämmelser om vård av unga och socialtjänstlagen 1980:620 att gälla. Den nya lagstiftningen kan göra denna och liknande frågor särskilt viktiga att besvara.

För tryckfriheten och mötesfriheten gäller speciella stadganden, som för vissa situationer kan anses innebära förbud att ta hänsyn till åskådning. De behandlas i det följande var för sig. Yttrandefriheten i övrigt, informationsfriheten, åsiktsfriheten och demonstrationsfriheten behandlas gemensamt i ett avsnitt. Föreningsfriheten har, liksom religionsfriheten, speciella aspekter som gör det motiverat att behandla dem var för sig.

Innan frågorna behandlas, bör det erinras om att medborgerliga rättigheter inte föddes i Sverige i och med att 1974 års regeringsform trädde i kraft. Särskilt yttrandefriheten, informationsfriheten och åsiktsfriheten äger hävd och är förutsatta i tryckfrihetsrätten. Tryckfriheten har i Sverige gamla anor. Den första tryckfrihetsförordningen stadfästes som grundlag 1766, f.ö. den första i sitt slag i världen. Religionsfriheten gällde enligt 16 § i 1809 års regeringsform, ehuru den länge endast avsåg främmande trosbekännares rätt till fri religionsutövning och en principdeklaration om frihet i religionsutövningen för kyrkans medlemmar i fråga om deltagande i gudstjänst och nattvard. Först 1951 fick de, som inte ville tillhöra något trossamfund alls, en rätt att utträda ur svenska kyrkan. Om föreningsrätten har det sagts, att den "ehuru ej direkt lagfäst ,är inbegripen under svenska folkets urgamla frihet".[4]

5.2. Tryckfriheten

5.2.1. Inledning

Tryckfrihetsförordningen har ett komplicerat regelsystem. Det är inte nödvändigt för syftet med denna undersökning att redogöra för hela innehållet i tryckfriheten. Regelsystemet går i huvudsak ut på att rigoröst skydda varje medborgares frihet att, inom vida ramar, i tryckt skrift yttra sina tankar och åsikter och att sprida information. Tryckfrihetens viktigaste funktion är att vara motorn i det demokratiska systemet. "Det demokratiska samhället kan i en mening sägas fungera genom det fria ordet."[1] Genom den allmänna rösträtten har en majoritet av medborgarna möjlighet att göra sig av med en misshaglig folkrepresentation; denna möjlighet skulle kunna starkt reduceras utan tryckfriheten. Detta är som sagt tryckfrihetens viktigaste funktion.

[4] Prop. 1951:100 s 177 f.

[1] SOU 1947:60 s 46. Jfr 2 kap. 12 § andra stycket regeringsformen: "den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar".

En annan är funktionen att kontrollera att den allmänna verksamheten sker lagligt och på ett i övrigt godtagbart sätt.[2] Ytterligare funktioner för tryckfriheten synes numera framgå av 2 kap. 12 § regeringsformen. Detta stadgande — som bl.a. avser yttrandefriheten, varav tryckfriheten är en del — gör att man måste utgå från att tryckfriheten också har funktionen att säkerställa möjligheter till religiös förkunnelse och spridning av olika kulturyttringar.

Otillåtna yttranden i tryckt skrift[3] får åtalas bara om de kan hänföras till tryckfrihetsförordningens lista över tryckfrihetsbrott. Hit hör t.ex. uppror, missaktning för folkgrupp av viss ras, förtal och förolämpning. Det är bara justitiekanslern som får väcka åtal för tryckfrihetsbrott.

Enligt 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen är det inte tillåtet för en myndighet eller för ett annat allmänt organ "att på grund av skrifts innehåll, genom åtgärd som icke äger stöd i denna förordning, hindra tryckning eller utgivning av skriften eller dess spridning bland allmänheten".

Stadgandet är i och för sig klart och pregnant. Det utgår från att det finns bestämmelser, som ger offentliga organ formell befogenhet att vidta åtgärder, som hindrar tryckning, utgivning eller spridning av skrifter. Stadgandet slår fast, att sådana åtgärder inte får ske på grund av skriftens innehåll, såvida det inte är tillåtet med stöd av tryckfrihetsförordningen själv.

Det framgår emellertid av förarbetena, att stadgandet inte är fullt så kategoriskt menat som det låter. Om man genom en tryckt skrift gör sig skyldig till t.ex. bedrägeri eller utpressning, är stadgandet i 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen inte något skydd mot åtal i vanlig ordning.[4] Avgränsningen mellan de fall som skyddas av stadgandet och de fall, som sålunda inte är skyddade mot åtal och t.ex. beslag i vanlig ordning, kan ibland vara svår. Utgångspunkten bör vara tryckfrihetens funktioner, som kan sammanfattas så att tryckfriheten skall säkerställa "ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning".[5] Gränsdragningen aktualiserades bl.a. i rättsfallet NJA 1977 s 751 (Konsum/Domus mot Vivo/Favör), som gällde frågan om

[2] SOU 1947:60 s 46.

[3] Härmed jämställs numera i princip skrift som mångfaldigats genom stencilering, fotokopiering eller liknande tekniskt förfarande under förutsättningar som anges i 1 kap. 5 § tryckfrihetsförordningen.

[4] SOU 1947:60 s 108 f.

[5] 1 kap. 1 § andra stycket tryckfrihetsförordningen.

marknadsdomstolen hade kränkt tryckfrihetsförordningen genom att pröva innehållet i en annons och med anledning därav förbjuda Konsum/Domus att påstå, att Vivo/Favör behärskades av redarkapitalet. Högsta domstolen uttalade, att ingripande med stöd av marknadsföringslagen mot meddelande i tryckt skrift kan ske utan hinder av tryckfrihetsförordningen, när fråga är om meddelande av rent kommersiell natur. (I detta fall var det tveksamt om det verkligen gällde uttalande av rent kommersiell natur. Högsta domstolen förklarade, att frågan kunde vara föremål för delade meningar; förutsättningar för resning — "uppenbart stridande mot lag" — ansågs därför inte föreligga.)[6]

5.2.2. Saklighetskravet i praxis

Frågan om det är tillåtet att ta hänsyn till idéinnehållet i en tryckt skrift har aktualiserats både inom och utom tillämpningsområdet för 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen.

I ärendet *JO 1957 s 194 (Kontakt med sovjetidrotten)* var det fråga om direkt tillämpning av förbudet att hindra spridning på grund av innehållet i tryckt skrift. Enligt en lokal ordningsföreskrift krävdes särskilt tillstånd av municipalnämnden för försäljning genom kringförning på allmän plats i Råsunda. Sällskapet Sverige-Sovjetunionen anhöll att en viss söndag få sälja broschyren "Kontakt med sovjetidrotten" utanför fotbollsstadion i Råsunda. Föreningen anmälde, att den tänkte göra reklam för broschyren genom affischer, som skulle bäras fram och tillbaka utanför stadion. Kommunalborgmästaren avslog framställningen. JO (Rudewall) uppmärksammade detta vid en inspektion och utredde ärendet. Utredningen berodde bl.a. på att JO misstänkte att tillstånd hade vägrats på grund av innehållet i broschyren, något som dock bestreds av kommunalborgmästaren. Enligt honom hade bara trafiksynpunkter beaktats. Ärendet företogs till slutlig handläggning av JO Bexelius. Han ansåg sig inte mot vederbörandes bestridande kunna göra gällande "att hänsyn till skriftens innehåll — och således ovidkommande hänsyn — inverkat vid prövningen av ifrågavarande ärende". JO uttalade emellertid särskilt:

> Med hänsyn till spridningsrättens betydelse för tryckfrihetens utövande är det av vikt att generella politirättsliga inskränkningar,

[6] Se vidare Strömberg Håkan, Tryckfrihet och marknadsföring. I SvJT 1980 s 25—39 med där givna hänvisningar.

> som tillika innefatta begränsning av möjligheten att sprida tryckt skrift, icke föreskrivas utan att verkligt påtagliga skäl därför kunna åberopas. Att man vid övervägandena härutinnan, liksom vid tillämpningen av sådana föreskrifter, iakttager stor varsamhet är så mycket mera angeläget som begreppet allmän ordning i sig är av tämligen vidsträckt innebörd och därför lätt kan, formellt oantastligt, åberopas för att genomföra inskränkningar i spridningsrätten, som icke kunna grundas på någon objektivt föreliggande politifara.

Den kommunala vetorätten var det fråga om i *JO 1975/76 s 397 (FNL:s affischryttare).* Enligt 2 § allmänna ordningsstadgan (1956: 617) behöver man polismyndighets tillstånd för att använda allmän plats i stadsplanelagt område för försäljningsstånd, ställningar och dylikt. Kommunen har vetorätt. En kommunal gatunämnd avstyrkte en ansökan från en FNL-grupp om att få sätta upp affischryttare. Gruppen kände sig diskriminerad och vände sig till JO. Nämnden bestred diskriminering och anförde, att dess motiv för att avstyrka var hänsyn till synskadade gångtrafikanter. JO (Lundvik) fann inte belägg "för att FNL-gruppen blivit föremål för otillbörlig behandling" och lämnade därför klagomålen utan åtgärd. Det är särskilt följande passus i JO:s bedömning, som här är av intresse:

> Nämnden har redovisat ett motiv för sitt ställningstagande (bl.a. hänsyn till synskadade gångtrafikanter) som, oavsett vilken uppfattning man kan ha om dess bärighet, i och för sig måste kunna respekteras såsom utgörande grund för dess ställningstagande.

1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen omfattar inte alla tänkbara åtgärder som på ett för tryckfriheten skadligt sätt beaktar innehållet i en skrift; stadgandet omfattar bara åtgärder, som innebär, att tryckning, utgivning eller spridning *hindras.* Yttrandefrihetsutredningen har i sitt debattbetänkande 1979 framfört tanken på en grundlagsbestämmelse av innebörd att ett allmänt organ, som stöder verksamhet för offentligt framförande av yttranden, inte får utforma eller fördela stödet på sådant sätt att någon gynnas eller missgynnas på grund av sin åskådning i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat sådant hänseende.[7] Det finns också andra sammanhang, i vilka ett offentligt organ kan tänkas missgynna någon på sådan grund, så att tryckfriheten indirekt blir inskränkt. Det visar ett fall i regeringsrätten och ett JO-fall.

[7] SOU 1979:49 s 59.

Det första fallet är *RÅ 1975 ref. 92 (Misshagliga åsikter i annonsbladet).* Torsby kommun hade den 24 jaunari 1974 beslutat, att dess annonsering av kommunfullmäktiges sammanträden i annonsbladet Torsby-Klarälvsposten skulle avbrytas, om politisk propaganda förekom där.

Enligt en vid denna tid gällande föreskrift skulle sammanträden med kommunalfullmäktige kungöras "i en eller flera ortstidningar". "Därvid böra väljas sådana tidningar, som genom spridning inom olika grupper av kommunens medlemmar bringa tillkännagivandet till de flestas kännedom." (Numera 2 kap. 10 § kommunallagen 1977: 179.)

Besvär anfördes. Länsstyrelsen lämnade dem utan bifall. Motiveringen var, att Torsby-Klarälvsposten var ett annonsblad och inte en ortstidning.

Däremot upphävde regeringsrätten beslutet med följande motivering:

> Det vid fullmäktiges beslut 24.1.74 fogade villkoret att annonseringen i Torsby-Klarälvsposten skulle avbrytas om politisk propaganda förekom i publikationen, har uppenbarligen till enda syfte att lägga band på de åsikter, som kommer till uttryck i denna. Det är icke någon kommunens angelägenhet att befatta sig med frågor av denna natur. Fullmäktige har följaktligen genom beslutet överskridit sin befogenhet.[8]

JO-fallet är *JO 1964 s 387 (Sänkt sedebetyg).* Tre skolpojkar utgjorde tillsammans redaktionen för en skoltidning. I tidningen införde en av dem, Lars-Åke, en artikel som syntes anspela på en av lärarna. Artikeln väckte uppseende. De två andra pojkarna i redaktionen samt även elevrådet tog avstånd från artikeln. Lars-Åke fick sänkt sedebetyg, enligt uppgift inte för artikelns innehåll i och för sig, utan för att han ansågs ha handlat oärligt mot bl.a. sina redaktionskamrater genom att — i strid mot en överenskommelse mellan rektorn och de tre redaktionsmedlemmarna — ha infört artikeln utan kamraternas vetskap. JO (Bexelius) fann det stötande, att kollegiet hade fattat beslutet om sänkt sedebetyg utan att först utreda Lars-Åkes förfarande. Enligt JO gav denna underlåtenhet "intryck av att kollegiet fäst obehörig vikt vid själva innehållet i den artikel, om vilken saken i reali-

[8] Anläggande av obehöriga synpunkter rubriceras i regeringsrättens praxis i regel som "befogenhet överskriden". Jfr Sterzel Fredrik, Studier rörande den kommunala besvärsrätten, Stockholm 1963, s 131 f.

teten handlat". Det i detta sammanhang intressantaste i ärendet är de slutsatser JO drog av grunderna för tryckfrihetsförordningen. JO konstaterade, att disciplinär bestraffningsåtgärd inte kan komma i fråga för förment missbruk av tryckfriheten och fortsatte:

> När det gäller bestämmande av vitsord för uppförande är att märka, att graderingen härvidlag, i den mån den innebär en sänkning av högsta vitsord, visserligen icke i och för sig innefattar ett disciplinärt straff, även om den ofta uppfattas såsom ett sådant. Uppförandevitsordet skall nämligen vara uttryck för ett allmänt sammanfattande omdöme om elevens uppförande under hela terminen, därvid hänsyn skall tagas icke blott till de svårare brister i uppförandet, som till äventyrs föranlett disciplinär åtgärd, utan även till anmärkningar av lindrigare art. Då emellertid — — — frågan huruvida någon genom innehållet i tryckt skrift överskridit det tillbörligas gränser förbehållits prövning av domstol i särskilt angiven ordning och därför icke får upptagas för disciplinär bestraffning, lärer därav följa att en självständig prövning av denna fråga — som ofta kan vara vansklig att bedöma — överhuvudtaget icke kan ske i samband med det sammanfattande omdöme om vederbörandes uppförande, som skall uttryckas i uppförandevitsordet.

I de fall, som hittills redovisats, har det ansetts felaktigt av ett allmänt organ att ta hänsyn till idéinnehållet i en tryckt skrift. Det finns emellertid också fall, där det har ansetts tillåtet att ta sådana hänsyn.

I två utslag av högsta domstolen har ansvar för förargelseväckande beteende ådömts någon för innehållet i tryckt skrift.

Det ena är refererat i *NJA 1935 s 113 (Köp ej tyska varor).* Några personer åtalades hos överståthållarämbetet för polisärenden för att de på Götgatan i Stockholm hade åstadkommit allmän förargelse genom att gå i rad efter varandra med ett par meters mellanrum, bärande var sin tavla med en tryckt affisch. På affischen var tecknat ett hakkors och fyra händer, varav en höll en revolver, en annan en brinnande fackla, en tredje en kniv och den fjärde en nyckelknippa. På affischen stod det: "Köp ej tyska varor. Se ej tysk film. Bojkotta." Affischen var undertecknad "Sveriges arbetares centralorganisation". Överståthållarämbetet ogillade åtalet på den grund att det var fråga om skrift, på vilken tryckfrihetsförordningens bestämmelser var tillämpliga; frågan om den väckt förargelse kunde därför enligt överståthållarämbetet inte prövas i denna ordning. — Åklagaren anförde besvär. Svea hovrätt fann inte skäl att göra någon ändring.

Högsta domstolen däremot, dit justitiekanslern fullföljde talan,

undanröjde de tidigare utslagen och återförvisade målet till överståthållarämbetet. Motiveringen är knappast upplysande:

> enär den av överståthållarämbetet åberopade omständigheten att ifrågavarande affisch vore att anse såsom skrift, därå tryckfrihetsförordningens bestämmelser vore tillämpliga, icke utgjort hinder för överståthållarämbetet att pröva den av åklagaren där förda talan — — —

Det andra fallet är *NJA 1944 s 702 (Antisemitiska flygblad).* En person åtalades vid polisdomstolen i Stockholm för förargelseväckande beteende på Kungsgatan i Stockholm. Han hade delat ut fyra olika slags skrifter av antisemitiskt innehåll. Polisdomstolen fann "uppenbart, att (den åtalade) — — — kommit förargelse åstad genom att till mötande obekanta personer dela ut skrifter med i målet närmare omförmält innehåll" och dömde den åtalade för förargelseväckande beteende. — Svea hovrätt ogillade däremot åtalet:

> Enär i målet ej ens påståtts att (den åtalade) vid ifrågavarande tillfälle under utdelningen av omförmälda tryckta skrifter uppträtt förargelseväckande,
>
> samt, även om innehållet i nämnda skrifter åstadkommit förargelse hos de personer till vilka (den åtalade) utdelat desamma, utdelningen av dem icke kan medföra ansvar för förargelseväckande beteende,
>
> prövar hovrätten lagligt att med ändring av polisdomstolens utslag ogilla den mot (den åtalade) förda ansvarstalan.

Högsta domstolen upphävde emellertid hovrättens utslag och fastställde polisdomstolens utslag. Någon motivering lämnade högsta domstolen inte. Två justitieråd var skiljaktiga och fann inte skäl att ändra hovrättens utslag.

I fallet *MO 1950 s 276 (Bort med Dagsposten)* var det fråga om en av överbefälhavaren utfärdad högkvartersorder, som gick ut på att hindra, att Dagsposten och vissa andra tidningar låg framme på militära expeditioner, mässar och liknande lokaler. Bakgrunden var enligt ordern att det bland allmänheten fanns en misstro mot officerskåren, som berodde bl.a. på att många i befälsställning läste Dagsposten.

MO (Wilhelmsson) fann, att den som på grund av sin tjänst har tillträde till militärt förläggningsområde har rätt enligt tryckfrihetsförordningen att på sin fritid vara verksam för spridning av skrifter. Han konstaterade, att tryckfrihetsförordningen inte tillåter ett sådant hinder för spridning som det här var fråga om, såvida inte skriftens

framläggande inverkar störande på ordningen. Han framhöll att speciella krav på ordning gällde inom krigsmakten, detta främst med hänsyn till krigsmaktens effektivitet och nödvändigheten att upprätthålla den militära disciplinen. MO uttalade vidare bl.a.:

> (D)en särskilda lagstiftning som berör förhållandena inom krigsmakten (har) sin grund i behovet av skydd för krigsmaktens effektivitet. För tillgodoseende av effektivitetskravet får emellertid — — — militär chef icke utan stöd av lag påbjuda inskränkningar i utövandet av vad som allmänt kan betecknas som de medborgerliga friheterna annat än i den mån tjänstens fordringar oundgängligen kräva det. Det är en ofrånkomlig nödvändighet att, om krigsmaktens funktionsduglighet sättes i fara, alla till buds stående åtgärder vidtagas för avvärjandet av en sådan fara. Från denna utgångspunkt är det givet att då det gäller ordningens upprätthållande inom krigsmakten uppmärksamhet måste ägnas även åt förhållanden, som där få en i den civila samvaron icke jämförbar betydelse. Detta nödvändiggör att begreppet ordningen inom krigsmakten icke alltid helt kan täckas av vad för den civila samvarons del närmast är att inlägga i begreppet allmän ordning. Upprätthållandet av disciplinen och befälets auktoritet bör sålunda i vissa fall kunna motivera ett ingripande även där olägenheterna för ordningen icke erhållit någon omedelbar yttre manifestation. Därvid kunna icke undantagas förhållanden som äro att hänföra till sättet för spridandet av tryckt skrift.
>
> — — — (T)ill stöd för ett förbud mot framläggande inom krigsmaktens lokaler av en tidning, vars förhandenvaro därstädes bedömes vara ordningsstörande i nu angiven mening, (måste) dock kunna åberopas någon påtaglig omständighet, som är ägnad att framkalla särskild fara för krigsmaktens funktionsduglighet. Ett ingripande allenast på grund av tidningens allmänna politiska inställning bör i princip anses uteslutet.

MO fann sedan, att överbefälhavaren hade haft giltigt skäl att förbjuda framläggandet av Dagsposten och andra nationalsocialistiska tidningar på regementena. Det giltiga skälet var, menade MO, att inflytelserika gruppers misstro mot officerskåren hade kommit till uttryck "på ett sätt, som kunde riskera det förtroendefulla förhållandet mellan befäl och trupp och som kunde bliva till framtida men för försvaret", samt att det "med fog kunde befaras, att tilltron till krigsmaktens befäl skulle betänkligt ha rubbats och därigenom krigsmaktens effektivitet äventyrats, därest det bland manskapet och allmänheten utan möjlighet till gensägelse kunnat spridas att Dagsposten vore allmänt tillgänglig inom befälsmässarna".

I ärendet *JO 1970 s 294 (Affischer i skolan)* förklarade JO (Bexe-

lius), att spridning av tryckt skrift i en skola är att anse som spridning bland allmänheten. Han anslöt sig därvid till vad justitiekanslern (Lännergren) hade uttalat på denna punkt. I JO-ärendet uppkom frågan, om skolans speciella ordningsbegrepp gör det tillåtet för skolledningen att ingripa mot affischer på skolans anslagstavla bl.a. på den grund att innehållet kan äventyra elevernas fostran och sätta upp dem mot lärarna. Bakgrunden var likartade händelser i tre skilda fall. Rektorn hade i ett av ärendena först rivit ned affischer med sex-bilder — som skulle illustrera ämnet för en debatt — och sedan en annan affisch, på vilken skolledningen klandrades för att den "på ett odemokratiskt sätt konfiskerat våra tidigare affischer". I det andra ärendet hade rektorn vägrat en elev att på skolans anslagstavla sätta upp ett flygblad om ett möte, som Hässleholms FNL-grupp skulle hålla. I det tredje ärendet hade rektorn avslagit ett par elevers begäran att på skolans anslagstavla sätta upp en affisch om ett möte under temat "Med FNL för Vietnams folk".

Endast en av affischerna var tryckt. De andra föll utanför tryckfrihetsförordningens direkta tillämpningsområde. JO uttalade emellertid, att i allt väsentligt samma betraktelsesätt borde tillämpas på alla affischer.

Det bör — med tanke på sexaffischerna — här inskjutas, att 6 kap. 2 § tryckfrihetsförordningen gör ett undantag för spridande bland barn och ungdom av tryckt skrift "som genom sitt innehåll kan verka förråande eller eljest medföra allvarlig fara för de ungas sedliga fostran"; i det fallet gäller kriminaliseringen av sådant förfarande i 16 kap. 12 § brottsbalken och därmed allmänna processregler.

JO framhöll, att spridningsförbud regelmässigt får meddelas endast på grund av hänsyn till ordningen. Med hänsyftning på de affischer som gällde möten utanför skolan uttalade JO bl.a.:

> Till ordningsskäl kan till en början hänföras sådant som rör ordningen på själva tavlan och den ransonering av platserna för anslag som är en naturlig följd av utrymmets begränsning. Reklam och meddelanden angående sådant som rör verksamhet eller tilldragelser utanför skolan kan i enlighet härmed avvisas av ordningsskäl. Av samma skäl bör varje form av reklam eller propaganda kunna avböjas. Villkor bör vidare av enahanda skäl kunna uppställas, t.ex. i fråga om format och innehållsomfång, för tillstånd till anslag. Den som vill utannonsera ett sammanträde bör alltså som villkor för anslag kunna åläggas att begränsa meddelandet till uppgifter om tid, rum och ämne för sammanträdet. Om det fordras av utrymmesskäl eller eljest bedöms nödvändigt,

bör anslagstavlan vidare kunna förbehållas för — förutom skolans egna organ — de etablerade skolföreningarna.

I övrigt är följande uttalanden av JO av särskilt intresse för denna undersökning.

Mera vanskligt är att bedöma i vad mån — — — till ordningsskäl skall kunna räknas också sådant som har med elevernas reaktioner vid betraktandet av det anslagna att göra. — — — (Det kan) med hänsyn till skolans arbetsformer och till bl.a. dess fostrande uppgift göras gällande att begreppet ordning har ett något vidare innehåll där än eljest. Jag är benägen att ansluta mig till en sådan uppfattning. Hänsyn bör enligt min mening tas till att deltagandet i skolundervisningen är obligatoriskt och att eleverna kommer från samhällsgrupper med skilda värderingar. Det bör tas med i beräkningen att bland eleverna kan finnas sådana, i vilkas hem råder mycket stränga seder. Från hemmens sida bör kunna ställas de anspråken på skolan att skolan upprätthåller en god ordning i så måtto att barnen inte under skolgången utsätts för upplevelser som kan verka upprivande. Med utgångspunkt i ett sådant resonemang bör det enligt min mening finnas utrymme för vägran till anslag på skolans anslagstavla av ordningsskäl som bottnar i skolans uppgift att främja elevernas utveckling till harmoniska människor. Härvid fäster jag särskild vikt vid den omständigheten att spridandet bland barn och ungdom av skrift eller bild, som genom sitt innehåll kan verka förråande eller eljest medföra allvarlig fara för de ungas sedliga fostran, kriminaliserats såsom ett brott mot allmän ordning. Lagstiftaren får härigenom anses ha gett till känna att det är tillåtet att av ordningsskäl meddela allmänna föreskrifter om och vidtaga åtgärder mot skrifter och bilder som kan vara till men för känsliga unga sinnen eller äventyra de ungas fostran till goda seder och en sund livsstil.

— — —

Den omständigheten att en affisch kan befaras föranleda opinionsstörningar inom skolan kan emellertid — — — inte anses utgöra ett skäl vilket kan åberopas mot det förbud att ingripa mot en tryckt skrift på grund av dess innehåll som stadgas i (1 kap. 2 § tryckfrihetsförordningen).

— — —

En allmän fråga som reser sig i förevarande sammanhang är om intresset av disciplin i skolan kan beaktas i så måtto att en affisch, som kan befaras äventyra ordningen i skolan, på denna grund kan tas ned av skolledningen. Det grundläggande stadgandet om disciplinen finns i 26 § skollagen som anger att elev skall visa aktning och lydnad för lärare och annan skolans personal. Det kan göras gällande att affischer som uppmanar till eller kan ge upphov till olydnad mot lärare eller som kan skapa allmän missaktning för dessa bör kunna tas ned av ordningsskäl. Det är

> emellertid tydligt att det mot bakgrunden av (tryckfrihetsförordningens) förbud mot spridningshinder finns mycket litet utrymme för ett sådant betraktelsesätt. ——— Ett ingripande av sådana ordningsskäl som nu sagts får inte ske med utgångspunkt i själva innehållet i affischen utan endast i de för ordningen och disciplinen menliga följder som affischen fått eller kan befaras få. Det torde vidare fordras att följderna är klart påvisbara eller anledningen att befara dem är väl grundad och att det är fråga om för ordningen och disciplinen allvarliga följder.

JO fann inte skäl att kritisera nedtagandet av sex-affischen. Han bedömde det så att det "mot bakgrunden av stadgandet i 16:12 brottsbalken om förledande av ungdom inte saknades fog för den meningen att deras uppsättande innefattade ordningsbrott". Beträffande den affisch, i vilken skolledningen klandrades för odemokratisk konfiskering av sexaffischen, fann JO däremot skäl att kritisera nedtagandet. Han menade, att det var uppenbart att uttalandet på affischen inte var av den karaktär att ett nedtagande kunde motiveras med att affischen kunde ge upphov till olydnad mot lärare eller skapa allmän missaktning för dem. Stoppandet av de affischer, som upplyste om opinionsmöten utanför skolan, ansåg JO befogat, under förutsättning att det inte var innehållet utan utrymmesskäl som föranlett stoppandet. Nu hade det emellertid påståtts av klagandena, att skolledningen inte behandlade skilda skolföreningar på samma sätt. JO utredde inte detta utan nöjde sig med att framhålla att "(o)partiskhet, objektivitet och konsekvens utgör oeftergivliga krav också i ett så förhållandevis trivialt sammanhang som en tillståndsprövning rörande annonsering på skolas anslagstavla utgör".

I ett senare ärende, *JO 1972 s 437 (Ingen politisk propaganda i skolan)*, hade en skolstyrelse beslutat, att politisk propaganda inte borde förekomma i skolan, ett beslut som föranledde Dalarnas Socialdemokratiska Ungdomsdistrikt att klaga till JO. I sitt yttrande till JO förklarade skolstyrelsen, att ordningen i skolan kort före beslutet hade störts i samband med politiska aktiviteter så att lektionerna inte hade kunnat genomföras JO (Lundvik) konstaterade, att detta påstående inte hade vederlagts och fann därför, att skolstyrelsen hade haft skäl för sitt ingripande i avsikt att förhindra att störningar av denna art upprepades. Han tillade:

> En annan sak är att ett sådant förbud ——— inte får tolkas extensivt och ej heller upprätthållas längre tid än vad som är nödvändigt med hänsyn till disciplinsituationen i skolan. Risk

finns nämligen att ett förbud mot "politisk propaganda" kan tas till intäkt för ingripanden även i sådana fall där upplysning och information avsetts och icke propaganda.

En i viss mån likartad situation förelåg i fallet *JO 1961 s 200 (Veckotidningar på fångvårdsanstalt).* På fångvårdsanstalten i Malmö var tidningarna Se och Året Runt förbjudna. En av de intagna klagade till JO. Beträffande de intagnas rätt att få läsa tidningar hänvisade då gällande 31 § lagen om verkställighet av frihetsstraff — liksom f.ö. den nu gällande 14 § lagen (1974:203) om kriminalvård i anstalt — allmänt till lämpligheten. Som skäl för förbuden åberopade fångvårdsdirektören ett bestämt reportage i Se och ett i Året Runt "i förening med de sensationella artiklar om brott, prostitution och anstaltsförhållanden som tidskrifterna brukade innehålla". JO (Bexelius) bedömde — på grundval av lagtexten och förarbetena till den — rättsläget så att det inte gick att, såsom skäl för att vägra en intagen att läsa vissa veckotidningar, åberopa någonting annat än ordnings- och säkerhetssynpunkter och anstaltsorganisatoriska förhållanden. JO fann med denna utgångspunkt, att det inte fanns tillräcklig anledning upprehålla generellt förbud mot Se och Året Runt. "Däremot är jag ense med fångvårdsstyrelsen att vissa av de artiklar i Se, som av styrelsen omnämnts — — — voro av den beskaffenheten, att de nummer av tidningen i vilka artiklarna funnos icke bort vara tillgängliga för de intagna."

5.2.3. Diskussion

Allmänt om fallen

I samtliga fall utom de, som gällde förargelseväckande beteende, tycks det ha ansetts åtminstone i princip otillåtet att ta hänsyn till idéinnehållet i tryckta skrifter. I flertalet fall kan denna bedömning förklaras enbart med hänvisning till 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen. Men detta gäller inte samtliga fall. Att en kommun beslutar sig för att inte vidare annonsera i en viss periodisk skrift innebär ju inte, att vare sig tryckning, utgivning eller spridning av tidningen hindras. Inte heller uppkommer något sådant hinder av att en skolelev får sänkt sedebetyg med hänsyn till en artikel, som han har skrivit. I den mån dessa båda fall anses gälla 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen, är det fråga om analog rättstillämpning.

Möjligen kan man se dessa fall som exempel på särbehandling på

grund av åskådning. Sådan särbehandling är ju i princip förbjuden enligt klara motivuttalanden i anslutning till 1 kap. 9 § regeringsformen i nu gällande lydelse. Men "särbehandling på grund av åskådning" är inte någon riktigt exakt beskrivning av "Misshagliga åsikter i annonsbladet" och "Sänkt sedebetyg". Vad dessa fall gäller är hänsyn, inte så mycket till någons åskådning som till innehållet i en tryckt skrift.

Om regeringsrättens respektive JO:s bedömning i dessa båda fall anses riktig, kan tryckfrihetens betydelse för saklighetskravet tydligen inte definieras bara med 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen jämte förbudet mot särbehandling på grund av åskådning.

Kommuner och verksamhet utanför myndighetsutövning

"Misshagliga åsikter i annonsbladet" och "FNL:s affischryttare" gällde båda kommunala beslut. Det är intressant, att regeringsrätten i det första fallet fäste avgörande vikt vid kommunfullmäktiges *syfte* med beslutet. Denna bedömning står i motsättning till Victorins tes, att syftet med en myndighets åtgärd inte bör ha någon självständig betydelse (2.1; jfr Krarup i 2.2). Det bör i fråga om detta fall också noteras, att det inte avsåg myndighetsutövning.

I "FNL:s affichryttare" upprätthöll JO saklighetskravet med avseende på en kommuns användning av sin vetorätt.

Förargelseväckande beteende

De båda fall, där någon dömdes till ansvar för förargelseväckande beteende med hänsyn till innehållet i tryckt skrift, är förbryllande. Vid den tid, dessa båda utslag hänförde sig till, fanns det visserligen inte något stadgande med uttryckligt förbud mot sådana hinder för spridning, som grundar sig på skriftens innehåll. Men en principiell spridningsrätt fanns, och 1944 års tryckfrihetssakkunniga, som föreslog stadgandet i 1 kap. 2 § andra stycket i nu gällande tryckfrihetsförordning, tycks inte själva ha ansett, att det innebar någon nyhet. De tog inte, i varje fall inte klart, avstånd från utgången i de båda rättsfallen. De hänvisade till dem, som om de bara hade gällt sättet för spridningen och tillade:

> att enbart på grund av skriftens innehåll anse dess spridande vara straffbart såsom förargelseväckande står däremot icke i överensstämmelse med tryckfrihetsförordningens grundsatser.[9]

[9] SOU 1947:60 s 108.

Chefen för justitiedepartementet ansåg, att det nya stadgandet innebar "en värdefull förstärkning av tryckfrihetsskyddet", men ingenting tyder på att det yttrandet hade någonting att göra med de båda rättsfallen.[10]

Tryckfrihetssakkunnigas omnämnande av rättsfallen tycks ha påverkat senare författare. Hilding Eek har kort och gott förklarat utslagen så att det var *sättet* för spridningen, inte skrifternas innehåll, som gjorde det möjligt att ingripa mot spridningen.[11] I Beckmans m.fl. kommentar till brottsbalken sägs:

> Innehållet av ett uttalande är som sådant icke tillräckligt för att uppfylla förutsättningarna för (förargelseväckande beteende). Vad som är straffbelagt är sättet att uppträda offentligen genom att offentligen göra ett sådant uttalande, varvid visserligen är att märka att innehållet i ett uttalande kan vara så beskaffat att uttalandet, emedan det sker offentligen, fyller kravet på att vara ett förargelseväckande beteendesätt.[12]

Även Erik Sjöholm tycks se ett ingripande mot en skrift på grund av sättet för dess spridande i förening med innehållet som någonting annat än ett ingripande på grund av innehållet.[13] Vad Gustaf Petrén anser på denna punkt är inte alldeles tydligt. I Malmgrens grundlagskommentar har han omnämnt det första av rättsfallen med kommentaren: "Enligt praxis är däremot sådana ingripanden tillåtna, vilka dikterats av ordningshänsyn."[14] I en senare bok konstaterar han, att ingripanden kan ske av ordningshänsyn, och framhåller vikten av att inte sådana hänsyn tillåts bli åberopade för inskränkning av spridningsfriheten, när det verkliga skälet är skriftens innehåll.[15]

Enligt min mening kan det inte råda något som helst tvivel om att det var just innehållet i skrifterna som ansågs förargelseväckande. Jag menar, att det inte är logiskt att säga att det var sättet i förening med innehållet och därför inte innehållet. Om $A+S \neq B+S$, så måste det bero på att $A \neq B$.

Det är för övrigt inte bara fråga om logik. Lättast inser man kan-

10 Se prop. 1948:230 s 86.
11 Eek Hilding, Nya tryckfrihetsförordningen, Stockholm 1948, s 48 f.
12 Beckman Nils m.fl., Brottsbalken II, Stockholm 1978, s 255.
13 Sjöholm Erik, Om politimakten och dess begränsningar, Stockholm 1964 s 272 med not 27.
14 Malmgren—Sundberg—Petrén, Sveriges Grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, Stockholm 1971, s 216.
15 Petrén Gustaf, Tryckfrihetslagstiftningen, Stockholm 1978, s 13.

ske, hur betydelsefullt detta spörsmål är, om man tar ett drastiskt exempel.

Antag, att ett antal personer bär omkring olika tryckta plakat med politiskt innehåll på samma torg och vid samma tid. Antag också, att polisen formellt har befogenhet att ingripa mot alla men nöjer sig med att ingripa mot de plakat, som ger uttryck för vänsterbetonade idéer. Med den här kritiserade tankegången skulle detta kunna försvaras med att polisen inte grundar sitt ingripande *enbart* på plakatens idéinnehåll.

Ett förbud att hindra skrifters spridning *på grund av* deras idéinnehåll skulle till stor del vara ett slag i luften, om det inte innebär ett ett förbud att *ta hänsyn till* idéinnehållet i skrifter. (Jfr 5.1.)

Kanske hade det för högsta domstolen i de här fallen en viss betydelse, att demonstrationer och flygblad vid denna tid ännu inte var ett normalt sätt att ge spridning åt åsikter. I vart fall kan enligt min mening 1935 och 1944 års rättsfall inte anses motsvara nu gällande rätt. Om en person i dag döms för förargelseväckande beteende för att han offentligen har burit omkring ett tryckt plakat ägnat att väcka förargelse hos allmänheten, eller för att han har delat ut förargelseväckande flygblad, går detta enligt min mening omöjligt att förena med förbudet mot spridningshinder på grund av innehållet i en skrift och överhuvudtaget inte med grunderna för tryckfrihetsförordningen, såvida det inte verkligen är *sättet* som är ägnat att väcka förargelse, sättet *utan avseende på innehållet.*

Polisingripande mot plakat

En fråga, som hänger nära samman med den om man kan dömas för förargelseväckande beteende för innehållet i en tryckt skrift, är den om polisens allmänna befogenhet att upprätthålla allmän ordning (2 § polisinstruktionen 1972:511) inrymmer en befogenhet att omhänderta tryckta plakat med lagstridigt innehåll. I propositionen 1970 med förslag till ändring i tryckfrihetsförordningen m.m. uttalade chefen för justitiedepartementet utan något förbehåll för tryckta skrifter: "Om yttrandefrihetsbrott förekommer i samband med en demonstration, är polisen — liksom i andra fall — skyldig att ingripa mot gärningsmannen."[16] Även Sjöholm uttalar utan förbehåll, att i polisens allmänna befogenheter för att avstyra brottslig handling "ingår även att ingripa mot den som i demonstrationståg medför plakat med otve-

[16] Prop. 1970:125 s 54.

tydigt lagstridig text och som vägrar åtlyda polismans tillsägelse att avlägsna plakatet".[17]

Enligt min mening är det inte förenligt med 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen, att polisen omhändertar tryckta plakat utan att ha stöd för detta i tryckfrihetsförordningen själv.

Ett klargörande av rättsläget på denna punkt förefaller angeläget. Göran Bodin och Staffan Rylander har påpekat, att det är polisens tolkning i konkreta situationer, som är av störst praktisk betydelse, och att den tolkningen sällan blir föremål för en efterföljande domstolsprövning.[18]

På grund av — som en följd av; en skillnad

Stadgandet i 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen gäller hinder *på grund av* innehållet i tryckt skrift. Enligt min mening finns det skäl att göra en åtskillnad mellan sådana hinder och sådana, som sker blott *som en följd av* innehållet i en skrift. Antag t.ex., att någon delar ut antisemistiska flygblad och att detta väcker så stor harm bland allmänheten att utdelaren blir misshandlad. Självfallet kan och skall polisen då ingripa. Ingripandet står då inte i strid mot 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen, eftersom det inte sker på grund av innehållet i skriften utan på grund av att en person är utsatt för misshandel, låt vara att orsaken till misshandeln är innehållet i en tryckt skrift.

Att innehållet i skriften inte i detta tänkta fall är grunden för ingripandet är tydligt därigenom, att polisen inte behöver veta någonting om innehållet i flygbladen. Den här distinktionen mellan ingripande på grund av och ingripande blott som en följd av innehållet i en skrift kan naturligtvis aktualiseras också i mindre drastiska fall än misshandel. Enligt den nyss nämnda 2 § polisinstruktionen (1972: 511) skall polisen "upprätthålla allmän ordning och säkerhet". Det är fråga om en mycket allmän bestämmelse, en s.k. generalklausul. Särskilt åligger det enligt denna bestämmelse polisen att "förebygga brott samt hindra att den allmänna ordningen och säkerheten störes genom brott eller på annat sätt, uppdaga brott, som hör under allmänt åtal, samt vidtaga de åtgärder som behövs, när den allmänna ordningen och säkerheten kränkts på annat sätt än genom brott". 2 § bör samman-

[17] Sjöholm Erik, När och hur får polisen ingripa? Stockholm 1978, s 330, jfr s 340.

[18] Bodin Göran och Rylander Staffan, Yttrandefrihetens gränser, Om rätten till folklig opinionsbildning. En praktisk handledning, Lund 1975, s 63.

ställas med 16 §, som bl.a. stadgar, att polisman ej får använda strängare medel än förhållandena kräver och i första hand bör söka vinna rättelse genom upplysningar och anmaningar.

Antecipering av ordningsstörningar

En kärnfråga för den praktiska tillämpningen av distinktionen mellan ingripanden på grund av och ingripanden som en följd av innehållet i en tryckt skrift kan uttryckas så här: kan någon grad av förutseende anses tillåtet? Om t.ex. en polisman ser, att någon går med en tryckt text, som sannolikt kommer att ge upphov till ordningsstörningar eller rent av brott, är då stadgandet i 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen ett hinder att ingripa, innan bråket eller brottet är ett faktum? I de fall som här behandlats aktualiserades denna fråga endast med avseende på ordningsstörningar i militära kaserner och i skolor; motsvarande fråga uppkom utanför stadgandets tillämpningsområde i kriminalvårdsfallet.

MO tillät ju överbefälhavaren att vara rätt förutseende i fråga om ordningsstörningar. Någon "omedelbar yttre manifestation" av ordningsstörningar behövdes inte för att ingripa mot spridning av en tidning. Såvitt man kan utläsa av MO:s referat, hade det inte heller påvisats några inträffade eller överhängande störningar inom krigsmakten. Vad som föranlett förbudet var i stället att "inflytelserika grupper av vårt folk" var misstrogna mot officerskåren och förmenade, att den präglades av nazistiska åsikter. Med en sådan argumentreing har stadgandet i 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen knappast någon kärna.

Något egendomligt förefaller MO:s argument, att krigsmaktens effektivitet med fog kunde befaras äventyrad "därest det bland manskapet och allmänheten utan möjlighet till gensägelse kunde spridas att Dagsposten vore allmänt tillgänglig inom befälsmässarna". Sådana rykten skulle ju ha kunnat bemötas med ett påpekande, att det skulle vara grundlagsstridigt att förbjuda den soldat som så vill att lägga fram en tidning. Kunde det för övrigt vara bättre för officerskårens anseende att, som nu, i stället öppna väg för ett rykte att officerskåren var så nazistiskt infiltrerad att överbefälhavaren måste ingripa mot deras läsning av Dagsposten?

Inte minst rimmar MO:s godkännande av ordern illa med tryckfrihetsförordningens anda. Visserligen gällde vid den aktuella tiden ännu 1812 års tryckfrihetsförordning. Den var inte lika restriktiv som 1949 års förordning i fråga om ingripande mot tryckt skrift utan

samband med åtal. Men den hade ett särskilt stadgande om indragning av antimilitaristiska skrifter vid trupp eller ombord på flottans fartyg och ett annat stadgande om indragning av skrifter som vållat missförstånd med främmande makt. Eftersom dessa stadganden var undantag från en fundamental princip, är det svårt att förstå hur MO ansåg sig kunna komplettera dem via ett synnerligen uttänjt ordningsbegrepp.[19]

Överhuvudtaget är det, när man betraktar MO-fallet och skolfallen, slående hur mycket utrymme det enligt MO:s och JO:s bedömningar finns för att förena spridningshinder på grund av innehållet i en tryckt skrift med stadgandet i 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen. Dels kan enligt dessa uttalanden spridningen av en skrift i en skola eller på ett regemente hindras på den grund att innehållet i skriften kan äventyra de värnpliktigas respekt för befälet, elevernas respekt för lärarna; i skolan kan en skrift dessutom stoppas på den grund, att innehållet befaras äventyra elevernas fostran till goda seder och en sund livsstil. Dels tycks i tillämpningen stora krav inte alltid ställas på den som stoppat en skrift när det gäller att påvisa någon händelse, som gör det möjligt för en utomstående att ta ställning till de farhågor, som föranlett stoppandet.

Å andra sidan kan man lägga märke till att både MO och JO i sina rent principiella uttalanden dock ställer krav på att anticiperade ordningsstörningar skall kunna grundas på "någon påtaglig omständighet, som är ägnad att framkalla särskild fara" (MO) eller "att följderna är klart påvisbara eller anledningen att befara dem är väl grundad och att det är fråga om för ordningen och disciplinen allvarliga följder" (JO Bexelius).

Spridningsrätten i försvar och skola

I själva verket är det nog så, att tillämpningen av 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen på militärförläggningar och i skolor har ett inbyggt dilemma, som måste leda till ett halvhjärtat och suddigt resultat. Detta är ur tryckfrihetens synpunkt illa, om det leder till att stadgandet överhuvudtaget förtunnas och mister sin kärna. Det inbyggda dilemmat sammanhänger med försvarets och skolans funktioner. Det framgår att det var dessa funktioner som diskuterades i MO-fallet och i de båda JO-fallen, och man måste nog hålla med

[19] Petrén anser, att ett lagstadgande av det innehåll överbefälhavarens order hade i dag inte skulle vara möjligt. Petrén Gustaf, Tryckfrihetslagstiftningen, Stockholm 1978, s 13.

om att funktionerna sätter sådana gränser i försvar och skola som gör, att man här inte kan tala om någon kärna i förbudet mot spridningshinder på grund av skrifts innehåll. Skall dessa funktioner inte äventyras, går det inte att tillämpa förbudet på det strikta sätt, som tryckfriheten kräver som motor i det demokratiska systemet. Det finns flera aspekter på detta; jag skall här inskränka mig till en, som är gemensam för försvar och skola. Båda kräver ett inte obetydligt mått av disciplin. Det är utgångspunkten för den av JO citerade 26 § skollagen (1962:319), som förpliktar elev att visa aktning och lydnad för lärare och annan skolans personal, och det är utgångspunkten för att militära förmän har en generell befälsrätt över dem underordnade krigsmän och har anspråk på hälsning och annan hedersbevisning (6 kap. 18—25 och 9 kap. 4 d tjänstereglementet för krigsmakten). En allmän lydnads- och aktningsplikt är i grunden främmande för medborgarens förhållande till regering, folkförsamling och myndigheter, i vårt statsskick liksom i andra moderna stater av västerländsk typ. "Den offentliga makten utövas under lagarna." Och tryckfrihetsförordningen ger medborgarna rätt att vara uppstudsiga i sina tryckta yttranden, ja, den uppmuntrar dem att genom det fria ordet "avkläda misstagen och orättvisan sanningens mantel".[20] Tryckfrihetsförordningen garanterar medborgaren att i tryckt skrift fredat få säga vad som helst och att få sprida detta, så länge han inte överträder de gränser grundlagen själv har lagt fast. Han får inte uppvigla, han får inte hetsa mot folkgrupp, han får inte förtala en medmänniska osv. Nej. Men "(g)enom stadgandena om dessa tryckfrihetsbrott äro ock gränserna för den lagliga tryckfriheten angivna. Allt som ej strider däremot får enligt tryckfrihetsförordningen fritt framläggas i tryckt skrift".[21] Till och med lögnaktig ryktesspridning om myndigheter är numera tillåten. Därvid har man inte förbisett, att rykten kan utgöra en samhällsfara, men man har inte ansett, att denna risk motiverar inskränkning i yttrandefriheten. Information och upplysning har ansetts vara de adekvata åtgärderna för att motverka skadeverkningar.[22]

Så kan det inte helt fungera i försvar och skola. Man kan här jämföra med 9 kap. 5 § rättegångsbalken, som stadgar, att den som vid sammanträde inför domstol uttalar sig otillbörligt skall dömas

[20] Konstitutionsutskottets memorial vid 1809—10 års riksdag, återgivet i 1944 års tryckfrihetssakkunnigas betänkande, SOU 1947:60 s 45, med kommentaren att uttalandet alltjämt har samma giltighet.
[21] SOU 1947:60 s 47.
[22] Se prop. 1975/76:174 s 27 f.

till böter. Motsvarande stadgande finns i 38 § förvaltningsprocesslagen (1971:291). Stadgandena har ansetts nödvändiga för att inte förhandlingens funktion skall störas. På motsvarande sätt kan inskränkningar i yttrandefriheten te sig nödvändiga i försvar och skola i den mån dessa institutioner eljest inte kan fylla sina funktioner. Det sagda hindrar naturligtvis inte, att man tillämpar demokratiska principer i skola och i försvaret, så långt de inte kommer i konflikt just med skolans och försvarets möjligheter att effektivt fylla sina uppgifter. Tvärtom finns det alla skäl att göra det. Men det är en annan sak.

Enligt min mening skulle det, av de skäl som nu utvecklats, vara klarast, om tryckfrihetsförordningens förbud mot spridningshinder på grund av skrifts innehåll inte ansågs direkt tillämpligt i skolor och på regementen. Emellertid finns när det gäller försvaret i 10 kap. 11 § tryckfrihetsförordningen ett stadgande, som ger vissa militära befattningshavare befogenhet att i undantagsfall besluta om beslag av skrift vid avdelning inom försvarsmakten. Detta undantagsstadgande skulle vara onödigt, om spridning av en skrift på ett regemente av ordningsskäl inte berördes av det allmänna förbudet mot spridningshinder på grund av innehållet i tryckt skrift. Och beträffande tillämpning av detta förbud i skolor finns i propositionen med förslag till nu gällande tryckfrihetsförordning ett uttalande av chefen för justitiedepartementet, som möjligen förutsatte förbudets tillämpning i skolorna.[23]

De skäl jag nu utvecklat leder till, att man inte kan dra några allmänna slutsatser av MO-fallet och de båda skolfallen med avseende på frågan, i vad mån det är tillåtet för offentliga organ att på grund av idéinnehållet i tryckta skrifter förutse ordningsstörningar. Den i viss mån överslätande attityd mot ingripandena, som MO och JO visade i dessa fall, måste sättas i samband med vikten av att försvar och skola kan fylla sina fundamentala samhällsfunktioner. Kriminalvårdsfallet är i detta hänseende jämförligt med MO-fallet och de båda skolfallen. I sin bedömning av kriminalvårdsfallet nämnde JO visserligen inte tryckfrihetsförordningen. 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen var inte tillämpligt, eftersom det inte gäller annan spridning än spridning "bland allmänheten". Det är emellertid påfallande hur JO:s bedömning av detta fall erinrar om den i 1970 års skolfall. Även i kriminalvårdsfallet fann han, att idéinnehållet i en tryckt skrift fick beaktas bara i den mån det är nödvändigt ur vissa bestämda synpunkter som sammanhängde med upprätthållandet av verksamheten i en samhällsinstitution.

[23] Prop. 1948:230 s 111.

Motsvarande synpunkter kan naturligtvis anläggas på andra samhällsinstitutioner; beträffande sjukhus, se "S:t Lars sjukhus" i 5.5.2 och diskussionen i 5.5.3.

Om MO-fallet och skolärendena inte anses ge någon vägledning för tillämpningen av 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen utanför militärförläggningar och skolor, har undersökningen i detta avsnitt inte gett något svar på frågan, i vad mån spridning av t.ex. flygblad kan hindras på gator och torg på den grund att innehållet befaras leda till t.ex. våldsbrott eller andra ordningsstörningar. Frågan återkommer i avnsitt 5.3.3 och 5.4.3. Så mycket torde dock kunna fasthållas från MO-fallet och 1970 års skolfall, att en antecipering, om den skulle vara tillåten, åtminstone måste grundas på någon påtaglig omständighet och avse allvarliga följder.

Detta är också i harmoni med den förutsättning för att riksdagen skall få "begränsa" yttrandefriheten, enligt vilken begränsningen måste vara nödvändig med hänsyn till ändamålet med den.

5.3. Mötesfriheten

5.3.1. Inledning

Mötesfriheten kallades tidigare församlingsrätt eller församlingsfrihet. Den har inte blivit grundlagsfäst förrän i 1974 års regeringsform men har sedan länge betraktats som en självklar medborgerlig rättighet.[1]

Mötesfriheten regleras främst genom lagen (1956:618) om allmänna sammankomster. Den kom till därför att det ansågs vara "en brist, att en så väsentlig sak som församlingsrätten icke närmare reglerats".[2]

Utgångspunkten för lagen är att största möjliga frihet bör råda, och att inga andra inskränkningar får göras än sådana, som framstår som nödvändiga för att ordning och säkerhet i samhället skall kunna upprättphållas, eller för att enskild medborgares fri- och rättigheter ej skall kränkas.[3]

Påfallande litet har sagts om mötesfrihetens syfte och funktioner, särskilt om man jämför med tryckfriheten. Det förefaller emellertid uppenbart, att mötesfriheten liksom tryckfriheten är avsedd att säker-

1 Prop. 1956:143 s 138 och 142. Se dock även SOU 1963:17 s 175.
2 Prop. 1956:143 s 142.
3 Prop. 1956:143 s 143.

ställa ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning, samt att man här, liksom när det gäller tryckfriheten, kan urskilja speciellt två för samhället viktiga funktioner: dels den att fungera som motor i den demokratiska processen, dels den att kontrollera, att den allmänna verksamheten sker lagligt och på ett i övrigt godtagbart sätt. Enligt Gustaf Petrén förutsätts en sammankomst i allmänhet ha till syfte att utgöra ram för ett meningsutbyte mellan de i sammankomsten deltagande eller att påverka de i sammankomsten deltagande i viss riktning.[4] Åtminstone numera förutsätts syftet med en allmän sammankomst ofta vara att demonstrera, dvs. att påverka människor som inte själva tar del i sammankomsten. Detta framgår av att demonstrationsfriheten anses reglerad av lagen om allmänna sammankomster i de fall när det är en grupp som demonstrerar. Vidare har mötesfriheten liksom tryckfriheten funktionen att säkerställa möjligheter till spridning av religiös förkunnelse och kulturyttringar. Utöver dessa funktioner bör nämnas den att tillförsäkra medborgarna en möjlighet att söka moraliskt stöd och trygghet i gemenskapen med åsikts- och trosfränder.[5]

Lagen om allmänna sammankomster gäller bl.a. möten för överläggning, opinionsyttring och upplysning. Den gäller också föreläsningar, föredrag, gudstjänster, teaterföreställningar, konserter, bioföreställningar m.m. Som allmän anses en sammankomst, om den är anordnad för allmänheten eller allmänheten har tillträde till den. (För en exakt beskrivning av lagens tillämpningsområde hänvisas till lagtexten; 1 §.)

Att lagen är tillämplig på möte för religionsutövning gör, att den delvis innebär reglering av religionsfriheten.

Med hänsyn till att syftet och funktionerna väsentligen är desamma för mötesfriheten som för tryckfriheten torde möten "av rent kommersiell natur" falla utanför tillämpningsområdet. JO (Thyresson) har uttalat, att den inte gäller för sammankomst, vars syfte är endast att störa ordningen, även om detta syfte kamouflerats t.ex. genom plakat innehållande opinionsyttringar.[6] Utgångspunkten har, som nämnt, varit att mötesfriheten skall underkastas så litet restriktioner som möjligt. Om sammankomsten skall äga rum på allmän plats, är det dock nödvändigt med tillstånd av polismyndigheten (3 §). I annat fall

[4] Petrén Gustaf i SvJT 1969 s 3.
[5] Denna funktion kan väl även tryckfriheten anses ha, även om den inte kommer till uttryck i tryckfrihetsförordningen.
[6] JO 1972 s 42.

räcker det med en anmälan till polismyndigheten (4 §). I samband med tillståndsansökan och anmälan kan polismyndigheten ge föreskrifter med avseende på ordning och säkerhet (7 §).

Tre stadganden i lagen är speciellt intressanta. Ett är bestämmelserna i 3 § om det tillstånd av polismyndigheten, som är nödvändigt för en sammankomst på allmän plats. Det heter där i andra stycket: "Tillstånd får vägras endast om det är nödvändigt med hänsyn till trafik eller allmän ordning." Det andra är 5 § andra stycket. Enligt detta stadgande får polisen inte begära att på förhand ta del av innehållet i muntlig framställning, som skall förekomma vid sammankomsten. Och det tredje är 10 §. Den handlar om polismyndighetens befogenhet att inställa eller upplösa en allmän sammankomst. Det får — frånsett ett specialfall, som det inte finns anledning att gå in på här — ske på den grund att polismyndigheten har meddelat beslut, att sammankomsten inte får äga rum. Det får vidare ske, "om sammankomsten föranleder svårare oordning eller avsevärd fara för de tillstädesvarande samt andra åtgärder visat sig otillräckliga för att återställa ordningen eller bereda skydd för de tillstädesvarande". Däremot får sammankomsten inte stoppas på den grund att den hålls utan tillstånd eller utan anmälan. I det fallet kan den som har ordnat sammankomsten dömas att böta (15 §), men hans försummelse är alltså inte skäl att upplösa sammankomsten.

3 § andra stycket om giltiga skäl att vägra tillstånd infördes 1974 (1974:580). Tidigare löd detta stycke i stället så: "Vid prövning huruvida tillstånd bör meddelas, skall beaktas vikten ur allmän synpunkt av att församlingsfriheten upprätthålles." Ändringen motiverades så här: "Om demonstrationsfriheten — — — införes i grundlag på det sättet att begränsningar skall förutsätta lagbeslut, kan det knappast anses tillfredsställande att lagen på detta sätt ställer upp ett krav på tillstånd utan att avgörandet av tillståndsfrågorna binds närmare."[7]

10 § om befogenhet för polisen att upplösa en sammankomst hade också den en mindre stram reglering tidigare än nu. Före en lagändring 1970 (1970:226) kunde upplösning ske inte bara på de grunder som nu är tillåtna utan också på den grunden att det vid sammankomsten förekom "något som strider mot lag". Denna möjlighet togs bort därför att det från ordnings- och säkerhetssynpunkt ansågs tillräckligt, att upplösning kunde ske vid svårare oordning eller avsevärd fara för de närvarande.[8]

[7] SOU 1972:15 s 157. Jfr prop. 1974:35 s 114.
[8] Prop. 1970:125 s 33.

Förbudet för polisen att på förhand begära att ta del av det som skall sägas vid sammankomsten har däremot gällt under hela den tid lagen har varit i kraft.

5.3.2. Saklighetskravet i praxis

I fallet *JO 1922 s 36 (Leve rådsrepubliken Sverige)* hävdade JO energiskt församlingsrätten men utan stöd av domstol. En person, J, ville på allmän plats i Norrtälje hålla ett föredrag över ämnet "Leve rådsrepubliken Sverige". Magistraten vägrade honom tillstånd och grundade beslutet bl.a. på att ämnet var uppenbart förargelseväckande. JO (Lilienberg) betraktade detta som en kränkning av församlingsfriheten och beslöt om åtal vid Svea hovrätt av den borgmästare och de rådmän, som var ansvariga för beslutet. I skrivelse till advokatfiskalen vid hovrätten uttalade JO bl.a. följande:

> Enligt 13 § ordningsstadgan för rikets städer skall, om tillställning skall äga rum på gata, torg eller annan allmän plats — — — polismyndighetens tillstånd avvaktas — — —.
>
> Genom bestämmelserna i 13 § ordningsstadgan har en vidsträckt befogenhet lagts i polismyndighetens hand och möjlighet öppnats till ett subjektivt eller godtyckligt behandlingssätt av ärenden rörande församlingsrätten. Med hänsyn till stadgandenas knapphändighet och särskilt i betraktande av den maktfullkomlighet, som blivit myndigheterna anförtrodd, måste såsom en nödvändig fordran uppställas, att vid behandlingen av sådana ärenden den största varsamhet iakttages. Polismyndigheten bör alltid vid bedömande av frågan, huruvida ett tillstånd skall meddelas eller ej, utgå från den principen, att församlingsfriheten är grundad i det svenska rättsmedvetandet och att den inskränkning i församlingsrätten, som polismyndigheten genom att vägra meddela ett begärt tillstånd äger befogenhet att vidtaga, allenast får äga rum, när lagbestämmelserna därtill givit tydlig anledning. — — —
>
> Det i magistratens resolution åberopade — — — skälet, att ämnet för det tillämnade föredraget vore av uppenbart förargelseväckande beskaffenhet, finner jag vara så felaktigt, att — — — beslutet måste av mig lagligen beivras. — — — (E)tt undertryckande ur politiska synpunkter av det talade ordet är för den svenska rättsuppfattningen lika främmande, som begreppet om tryckfrihet är däri djupt rotfäst.

Hovrätten lämnade emellertid åtalet utan bifall. Visserligen fann hovrätten, att magistraten inte hade haft "fullgiltig anledning till anta-

gande, att ifrågavarande föredrag skulle bliva av sådan förargelseväckande beskaffenhet, att magistraten — — — bort vägra (tillståndet)". Men magistraten ansågs inte ha saknat allt skäl för sin uppfattning. Domen vann laga kraft.

I rättsfallet *RÅ 1963 ref. 43 (Sydafrika 1963-Slaveri)* hade Göteborgs arbetarekommun sökt tillstånd hos poliskammaren att anordna ett demonstrationståg. Poliskammaren gav tillståndet på villkor bl.a. att inga andra standar eller banderoller medfördes än sådana, som poliskammaren särskilt godkänt. Sedermera beslöt poliskammaren att inte godkänna tre banderoller med texterna "Sydafrika 1963-Slaveri", "Sydafrika 1963-Människoslakt" och "Sydafrika 1963-Nazism". Ärendet kom genom remiss under regeringsrättens prövning. Regeringsrätten fann, att poliskammarens beslut inte var lagligen grundat. Detta motiverades med att enligt 3 § lagen om allmänna sammankomster vikten av församlingsfrihet måste beaktas, samt med 5 § och "de grunder på vilka lagen bygger". Regeringsrätten synes överhuvudtaget ha funnit det oförenligt med dessa grunder med förhandsgranskning av texten på plakat, banderoller och dylikt. — Kungl. Maj:t följde regeringsrätten.

I ärendet *JO 1966 s 491 (Franco-Mördaren)* hade Göteborgs Socialdemokratiska Spanienkommitté anhållit hos poliskammaren att få anordna en demonstration för ett fritt och demokratiskt Spanien. Poliskammaren biföll ansökningen på villkor bl.a. att deltagarna i tåget rättade sig efter polisens tillsägelser med avseende på ordning och trafik samt de vidare föreskrifter som eventuellt skulle komma att meddelas. När demonstrationen skulle gå av stapeln, omhändertog en polisman en banderoll med texten "Franco-Mördaren". JO (Bexelius) markerade en klar skillnad mellan polisens kompetens att pröva frågan om tillstånd till en sammankomst, å ena sidan, och frågan om det under sammankomsten förekommer något som påkallar polisens ingripande, å andra sidan. Han utvecklade denna distinktion sålunda:

> I förstnämnda fall grundar sig prövningen på föreskrifterna i lagen om allmänna sammankomster, därvid prövningen syftar till att utröna huruvida hinder mot demonstrationens anordnande föreligger ur allmänna ordnings- och trafiksynpunkter. Denna prövning skall alltså ej taga sikte på huru demonstrationen i sina enskildheter kan komma att gestaltas, t.ex. vilken utformning som kan komma att givas medförda banderoller. I det senare fallet åter grundar sig prövningen — — — på de i polisinstruktionen givna föreskrifterna om skyldighet för polisen att förebygga brott och hindra ordningsstörande företeelser.

I ärendet *JO 1968 s 337 (Statlig bojkott mot Sydafrika)* uppkom frågan om ordningsstörningar får anteciperas på grund av plakat som avses komma till användning. Skinnskattebergs Sydafrika-kommitté hade ansökt om tillstånd till en allmän sammankomst på allmän plats. I ansökningen angavs ungefärliga texter på plakat som skulle användas (Köp ej sydafrikansk frukt. Stöd ej regimen i Sydafrika. Statlig bojkott mot Sydafrika). Ansökningen avslogs av polisintendenten T med motiveringen, att antalet demonstranter beräknades bli så stort, att trafiksäkerheten skulle äventyras. Till JO anmäldes, att T hade förhandscensurerat plakat, som skulle användas vid demonstrationen. T bestred dock, att avslagsbeslutet hade påverkats av plakattexterna. Han uttalade vidare, att den demonstration det gällde enligt polisens uppfattning inte var av provokatorisk natur. Vid provokatoriska demonstrationer hade polisen enligt T en skyldighet att på ett så tidigt stadium som möjligt stoppa en dylik missnöjesyttring och i sådana fall var polisen enligt T oförhindrad att i förväg begära upplysning om plakattextens innehåll.

JO (Bexelius) underkände den distinktion T hade gjort mellan provokatoriska och icke provokatoriska demonstrationer. Han erinrade om att polismyndigheten enligt 5 § lagen om allmänna sammankomster inte hade rätt att i ett ansökningsärende av denna natur begära att på förhand ta del av innehållet i muntlig framställning som är avsedd att förekomma. "Med de grunder varpå lagen bygger" kunde polisen inte heller kräva att på förhand få se texter på plakat som skall användas. JO tillade, att detta också gällde vid sådana demonstrationer som T kallat provokatoriska.

I ärendet medgav T, att plakattexterna indirekt hade viss betydelse för avslagsbeslutet, emedan dessa texter hade bedömts leda till att demonstrationen, genom spontana anslutningar, skulle omfatta ett så stort antal personer att trafikstockningar och risk för trafikolyckor skulle uppstå. JO klargjorde, att en förhandsgranskning av plakattexter enligt hans mening var oförenlig med lagen, oavsett om den sker endast i syfte att bedöma anslutningen till demonstrationen. (Något åtal skedde dock ej. Enligt JO kunde frågan om tillstånd fick vägras med hänsyn till trafikförhållanden ge utrymme för olika meningar.)

Om man i likhet med JO i ärendet JO 1966 s 491 (Franco-Mördaren) utgår från att polisen genom generalklausulen i polisinstruktionen är befogad att ingripa mot ordningsstörande företeelser i en allmän sammankomst, uppkommer frågan om denna befogenhet finns

också där ingripandet måste leda till att sammankomsten blir inställd. Denna fråga synes ha bedömts på olika sätt av skilda justitieombudsmän.

JO (Thyresson) har, att döma av ärendet *JO 1975 s 82 (VPK i Orminge)*, inte varit beredd att tillämpa 10 § lagen om allmänna sammankomster på en åtgärd, som kunde förutsättas de facto utesluta att sammankomsten fortsatte. Vänsterpartiet Kommunisterna i Nacka hade den 4 januari 1974 ansökt om tillstånd att hålla opinionsmöten från och med samma dag. På grund av polismyndighetens interna postgång kom ansökningen inte till polismästarens kansli förrän den 7 januari. Ett möte i Orminge centrum ägde rum den 5 januari. Högtalare användes under mötet. Polisen kom till platsen och uppmanade deltagarna att sluta med högtalarutsändningen, emedan tillstånd till högtalare saknades. Med anledning av förbudet att använda högtalare upplöstes mötet.

I sin bedömning av fallet tog JO (Thyresson) fasta på att högtalarutsändning utan tillstånd möjligen kunde ses som en ordningsförselese enligt en lokal föreskrift. Han konstaterade, att utredningen inte gav vid handen annat än att de polismän som kommit till platsen hade uppmanat mötesdeltagarna att upphöra med högtalarutsändningen, eftersom tillstånd till denna inte fanns, och fortsatte:

> Med stöd av polisens befogenheter för upprätthållande av allmän ordning och säkerhet har polisen inte bara rätt utan också skyldighet att ingripa mot den som begår brott. Detta gäller också under en pågående sammankomst. I detta fall har det visserligen varit fråga om endast en ordningsförseelse, men polisen har dock varit i sin fulla rätt att ingripa på sätt som förekommit.

JO:s bedömning att polismännen varit "i sin fulla rätt" måste antas bero på att JO inte betraktade det som ett inställande eller en upplösning av sammankomsten att polismännen förbjöd användandet av högtalare. JO får alltså antas ha sett saken så, att polismännen visserligen inte hade någon befogenhet att inställa eller upplösa sammankomsten men däremot att säga till om att högtalare inte fick användas. Om emellertid högtalare inte får användas vid en offentlig sammankomst, torde man få räkna med att mötet blir meningslöst, därför att mötesdeltagarna berövas möjligheten att uppfatta vad en talare har att säga. Denna aspekt hade i ärendet framhållits av polismästaren Gösta Rohlin i hans yttrande till JO.

Däremot har i ett senare ärende, *JO 1977/78 s 93 (Tito-Mördare)*,

JO Wigelius betraktat omhändertagande av plakat som ett ingripande mot sammankomsten som sådan. Kroatiska föreningen i Stockholm hade fått tillstånd av polisen att hålla en demonstration mot Jugoslaviens president Tito, som var på besök i Stockholm. När demonstrationen ägde rum, omhändertog polisen tio plakat med texten "Tito-Mördare" o.dyl. I JO-ärendet förklarade polismästaren ingripandet så att polisen — med anledning av tidigare våldshandlingar i Stockholm mellan olika jugoslaviska folkgrupper — räknade med våldsamheter, ifall plakaten tilläts förekomma. Med detta kom frågan om antecipering av svårare oordning på grund av idéinnehållet vid en allmän sammankomst att sättas på sin spets.

JO fann, att omhändertagandet av plakaten "otvivelaktigt utgjort ett ingripande mot själva demonstrationen". Därmed aktualiserades frågan om sammankomsten föranledde svårare oordning eller avsevärd fara för de tillstädesvarande. På denna punkt fick JO anledning att ta ställning till principfrågan om polisen är förhindrad att stoppa sammankomsten, innan svårare oordning eller avsevärd fara har materialiserats på något sätt. JO fann, att någon svårare oordning inte hade uppstått, och att det inte heller hade förelegat någon avsevärd fara för de närvarande. Han fann däremot, "att man vid omhändertagandet av plakaten inte kunde bortse från att det under demonstrationen kunde uppkomma en avsevärd fara för de tillstädesvarande, bl.a. på grund av texten på de plakat som nu omhändertogs". Situationen kunde därför, menade JO, "uppfattas så att den låg ganska nära en situation i vilken 10 § (lagen om allmänna sammankomster) kunde tillämpas". Hans konklusion blev att han inte ansåg sig böra rikta någon "allvarligare kritik" mot polisen för att plakaten omhändertagits; han ville likväl framhålla, att det inte hade förelegat laglig grund för ingripandet.

5.3.3. Diskussion

Budskapet irrelevant vid tillståndsprövningen

Tre av fallen (Sydafrika-Slaveri, Franco-Mördaren och Statlig bojkott mot Sydafrika) gällde frågan om polisen på förhand kan ta del av sådant material som kan ge upplysning om de budskap som mötesarrangörerna tänker sprida vid mötet. I intetdera av fallen godkändes förhandsgranskning, trots att det material det var fråga om inte var sådant, att 5 § lagen om allmänna sammankomster var tillämplig

enligt sin ordalydelse. Denna bedömning synes implicera, att polisens prövning av tillståndsfrågan aldrig får influeras av de idéer, som är sammankomstens föremål. Ett sådant förbud svarar väl mot grunderna för 5 § lagen om allmänna sammankomster och, framför allt, mot grunderna för regeringsformens proklamation av mötesfrihet.

Antecipering av ordningsstörningar

I två av fallen (Sydafrika-Slaveri och Statlig bojkott mot Sydafrika) tog regeringsrätten respektive JO ställning till frågan, om vid tillståndsprövningen ordningsstörningar kan få anteciperas på grund av de idéer som avses bli spridda genom sammankomsten. I JO-fallet tog JO direkt ställning till denna fråga; regeringsrättsfallet är inte lika entydigt. I båda fallen ansågs dock förhandsgranskning utesluten, oavsett om den bara går ut på att ta ställning till frågor som är klart relevanta för polisens prövning (ordnings- och trafiksynpunkter).

Även "Tito-Mördare" gällde frågan om antecipering av ordningsstörningar på grund av idéer, som är föremål för sammankomsten, och även i detta fall ansågs antecipering utesluten. Ändå var det här fråga om antecipering av svårare oordning. Man kan jämföra med de i 5.2.2 behandlade fallen "Bort med Dagsposten" och "Affischer i skolan". I de fallen godtog MO och JO antecipering av ordningsstörningar på grund av innehållet i tryckta skrifter, under förutsättning att sådan antecipering grundas på någon påtaglig omständighet och avser allvarliga följder. I "Tito-Mördare" ansågs emellertid antecipering utesluten även under dessa förutsättningar. Enligt min mening var JO:s bedömning i "Tito-Mördare" riktig. 10 § lagen om allmänna sammankomster utesluter både enligt sin ordalydelse och enligt sina grunder all antecipering av förhållanden, som berättigar polisen att stoppa sammankomsten.Och grunderna för regeringsformens proklamation av mötesfrihet utesluter framför allt sådan antecipering, som grundar sig på de idéer, som skall spridas vid sammankomsten. Att däremot tryckfrihetens tillämpning på samhällsinstitutioner som försvaret, skolan och krimialvården har speciella aspekter, som någon gång kan motivera en mindre strikt tolkning av tryckfriheten, har jag utvecklat i 5.2.3. Synpunkterna har relevans även för mötesfriheten.

Självfallet kan det innebära utomordentligt stora krav på polisen att inte få ingripa mot en sammankomst, förrän svårare oordning uppstått eller avsevärd fara för de närvarande är ett faktum, och att *då* vara skyldig att klara av den elakartade situation som uppkommit. Emellertid utgör otvivelaktigt denna tolkning ett starkt rättsligt värn

för mötesfriheten, medan motsatt tolkning lätt skulle kunna göra den illusorisk.[9]

Ingripande som måste leda till inställande

Både "VPK i Orminge" och "Tito-Mördare" gällde åtgärder som måste leda till inställandet av en påbörjad sammankomst. En sådan åtgärd torde vara att anse som "begränsning" av en medborgerlig rättighet i regeringsformens mening.[10] Den kan alltså inte vidtas utan stöd av lag, och även med sådant stöd får den vidtas bara när det är nödvändigt för något av de ändamål som anges i 2 kap. 14 § regeringsformen. "VPK i Orminge" hänför sig till tiden innan detta stadgande hade trätt i kraft. JO:s bedömning, att sammankomsten kunde stoppas på den grund, att det inte fanns tillstånd att använda högtalare, kunde därför inte strida mot detta stadgande. Däremot stred det väl klart mot grunderna för 10 § lagen om allmänna sammankomster. Grunderna för 10 § talar starkt för att en åtgärd, som måste leda till sammankomstens inställande, bedöms på samma sätt som upplösning av sammankomsten. Hade händelsen ägt rum efter det att 2 kap. 14 § regeringsformen trädde i kraft, skulle polisens ingripande dessutom vara grundlagsstridigt.

Polisingripande mot banderoller

JO:s bedömning i "Franco-Mördaren" innebär, att polisen visserligen inte får vägra tillstånd till en sammankomst på grund av de idéer, som skall spridas vid sammankomsten, men däremot med stöd av generalklausulen i polisinstruktionen får ta hand om ordningsstörande banderoller o.dyl., när sammankomsten skall äga rum. Praktiskt har denna åtskillnad den betydelsen, att sammankomsten inte kan hindras med anledning av banderoller o.dyl. som avses komma till användning; det enda polisen kan göra är att, när sammankomsten skall äga rum, ingripa mot ordningsstörande banderoller o.dyl. Tankegången får antas vara, att det är ett mera drastiskt ingripande att hindra sammankomsten än att ta hand om banderoller. Ingenting i JO:s uttalande tyder på att omhändertagande av banderoller skulle förutsätta mera kvalificerade ordningsstörningar. För min del anser jag inte, att polisen kan omhänderta tryckta plakat utan stöd i tryckfrihetsförordningen och otryckta plakat, banderoller o.dyl. annat än om de föranleder svårare oordning eller avsevärd fara för de tillstädesvarande.

[9] Jfr SOU 1979:49 s 60 f. Vad som uttalas där tyder möjligen på att yttrandefrihetsutredningen har en annan uppfattning om gällande rätt än JO Wigelius.
[10] Jfr avsnitt 5.1.

Jämför "Tito-Mördare" och diskussionen om tryckta plakat i 5.2.3 samt om otryckta i 5.4.3.

5.4. Yttrandefriheten utanför tryckfrihetsförordningen, informationsfriheten, demonstrationsfriheten utanför lagen om allmänna sammankomster samt åsiktsfriheten

5.4.1. Inledning

Den yttrandefrihet, som inte omfattas av tryckfriheten, är i regeringsformen definierad som "frihet att i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor". Informationsfriheten anges vara "frihet att inhämta och mottaga upplysningar samt att i övrigt taga del av andras yttranden". Demonstrationsfriheten är "frihet att anordna och deltaga i demonstration på allmän plats".

Åsiktsfriheten nämns inte särskilt i 2 kap. 1 § regeringsformen. Den är emellertid en självklar förutsättning för de medborgerliga rättigheter, som där uppräknas. Dessutom har åsiktsfriheten kommit till uttryck i 2 kap. 2 och 3 §§ regeringsformen. Åsiktsfriheten innebär för det första skydd mot tvång i tre situationer. Medborgaren kan inte tvingas att ge sin åskådning till känna. Han kan inte tvingas att ta del i en meningsyttring. Han kan inte heller tvingas att tillhöra en sammanslutning för åskådning. Skyddet mot tvång i dessa situationer uttrycks i 2 §. I 3 § stadgas, att anteckning om medborgare i allmänt register inte får utan hans samtycke grundas enbart på hans politiska åskådning.

För yttrandefriheten, informationsfriheten och demonstrationsfriheten gäller samma syften och funktioner som i fråga om tryckfriheten. De kan sammanfattas i tryckfrihetsförordningens ord "säkerställande av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning".

Åsiktsfriheten kan uppenbarligen aktualiseras utan samband med yttrandefrihet, informationsfrihet eller demonstrationsfrihet. Dess funktion får då antas vara just att skydda medborgaren mot diskriminering på grund av hans åsikter.

8 § första stycket radiolagen (1966:755) stadgar, att myndighet eller annat allmänt organ inte får i förväg granska ett radioprogram och inte heller förbjuda radiosändning eller trådsändning på grund av dess innehåll. I massmedieutredningens förslag till massmediegrundlag

förekommer ett liknande stadgande, avsett att skydda yttranden i tryckt skrift, radio, television och film: "Ej heller får myndighet eller annat allmänt organ, i vidare mån än som sägs i denna grundlag, på grund av framställningens innehåll förbjuda eller på annat sätt hindra att framställningen offentliggöres."[1] Och i yttrandefrihetsutredningens debattbetänkande "Grundlagsskyddad yttrandefrihet" lämnas två skisser till yttrandefrihetsgrundlag, som båda upptar ett motsvarande stadgande: "Myndigheter och andra allmänna organ — — — får inte — — — utan stöd i denna grundlag, på grund av innehållet i en känd eller väntad framställning förbjuda eller hindra 1. offentliggörande (i tryckta skrifter eller på annat sätt) av yttranden eller andra framställningar, 2. sammankomster, demonstrationer eller utställningar."[2] Vidare innehåller skisserna ett förbud för allmänt organ att utforma eller fördela stöd för offentligt framförande av yttranden på sådant sätt att någon gynnas eller missgynnas på grund av sin åskådning i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat sådant hänseende eller på grund av sina ställningstaganden i särskilda frågor.[3] Ytterligare upptas i dessa skisser ett stadgande av innebörd, att myndigheter och andra allmänna organ inte utan stöd i yttrandefrihetsgrundlagen får "ingripa mot någon på grund av att han har gjort bruk av yttrandefriheten i en offentlig framställning eller medverkat till sådant bruk".[4]

Men hur skall yttrandefriheten och demonstrationsfriheten definieras? Skall till yttrandefriheten räknas varje yttrande, som någon fäller, i vilket syfte och i vilket sammanhang som helst? Och skall till demonstrationsfriheten räknas allt uppträdande, varje åtbörd m.m. som den agerande själv påstår ha ett opinionsbildande syfte?

Massmediautredningen definierade yttrandefriheten i nära anslutning till tryckfrihetsförordningens definition av tryckfriheten. Den praktiskt mest betydelsefulla avgränsningen var att förslaget till massmediegrundlag endast omfattade offentligt framförda uppgifter och åsikter eller uppgifter och åsikter för offentliggörande.[5] Samma begränsning är innefattad i yttrandefrihetsutredningens debattbetänkande, som även omfattar demonstrationer.[6] Denna avgränsning förefaller adekvat i förhållande till yttrandefrihetens och demonstrationsfrihe-

1 SOU 1975:49 s 11 (3 § andra stycket).
2 SOU 1979:49 s 138 (7 §), jfr s 162 (7 §).
3 SOU 1979:49 s 138 (8 §), jfr s 162 (8 §).
4 SOU 1979:49 s 138 (10 §), jfr s 162 (10 §).
5 SOU 1975:49 s 11 (2 §).
6 SOU 1979:49 s 137 (2 §), 138 (6 §), jfr s 161 f. (2 och 6 §§).

tens syfte och funktioner och torde kunna anses gällande redan nu. Utan en någorlunda fast definition kan inte yttrandefriheten — och överhuvudtaget ingen medborgerlig rättighet — väntas tjäna som någonting annat än ett slagord.

Överhuvudtaget synes det naturligt att göra avgränsningen av både yttrandefrihetens och demonstrationsfrihetens tillämpningsområde i nära anslutning till tryckfrihetens. Det innebär bl.a. att yttranden och demonstrationer av rent kommersiell natur inte omfattas.[7]

I detta sammanhang bör inskjutas, att de offentliga tjänstemännens yttrandefrihet var inskränkt i någon mån, så länge det tidigare stadgandet om ansvar för tjänstefel gällde. Det avskaffades genom lag 1975:667, som trädde i kraft den 1 januari 1976. Straffstadgandet för tjänstefel tog sikte på det fall, att en ämbetsman "av försummelse, oförstånd eller oskicklighet (åsidosatte) vad honom åligger enligt lag, instruktion eller annan författning, särskild föreskrift eller tjänstens beskaffenhet". I den sålunda underförstådda skyldigheten att förhålla sig som det anstod "tjänstens beskaffenhet" intolkades en viss lojalitetsplikt, som gällde även utanför myndighetsutövning. Genom att ansvaret för tjänstefel bortföll i och med ingången av 1976, kvarstår inte längre denna rättsliga bas för att kräva lojalitet av de offentligt anställda.

Den nya regleringen, som endast straffbelägger myndighetsmissbruk, vårdslös myndighetsutövning, mutbrott och brott mot tystnadsplikt, är föremål för översyn av tjänsteansvarskommittén enligt direktiv i kommittéberättelsen 1980 Del II Ju:13.

5.4.2. Saklighetskravet i praxis

Att döma av de fall jag funnit har saklighetskravet såsom skydd för yttrande- och åsiktsfriheterna numera sin största praktiska betydelse när det gäller yttrandefriheten och åsiktsfriheten för offentliga tjänstemän. Just på detta område har frågan inte sällan aktualiserats i JO:s praxis.

Yttrandefriheten för offentliga tjänstemän

I äldre JO-praxis uppkom då och då frågan, om en offentlig tjänsteman hade gjort sig skyldig till tjänstefel genom alltför stor frispråkighet *i tjänsten.*

[7] Jfr 5.2.1. ovan.

Flera av dem gällde präster. I *JO 1924 s 109 (Valupprop från predikstolen)* fann sig JO (Lilienberg) föranlåten att uttala:

> (D)et måste anses ligga i sakens natur, att striden mellan de politiska partierna icke får dragas in i kyrkorna. Det bör icke vara tillåtet för statskyrkans prästerskap att under ämbetets utövning taga ståndpunkt i dagspolitiken och på ena eller andra sättet uppträda för eller mot ett visst politiskt parti. Statens tjänstemän måste i tjänsten intaga en i politiskt avseende opartisk ställning, vilka åsikter de än må hylla såsom enskilda personer.

Prästen i fråga blev åtalad inför domkapitlet och tilldelades en varning för oförstånd i ämbetets utövande.

I *JO 1931 s 31 och JO 1932 s 12 (Bekämpa det kristendomsfientliga bondeförbundet)* hade en präst i samband med en högmässa, som ägde rum kort före val, propagerat mot vissa politiska partier. JO (Geijer) beslöt efter utredning om åtal. Han uttalade bl.a.:

> Det måste enligt JO:s förmenande anses otillbörligt av en statskyrkopräst att i sammanhang med gudstjänst i valagitatoriskt syfte göra de särskilda politiska partierna till föremål för bedömande, vare sig bedömandet innebure klander eller pris. Den präst, som läte något dylikt komma sig till last, måste anses göra sig skyldig till ett missbruk av sin ämbetsställning. Det torde vara uppenbart, att statens tjänstemän måste i tjänsten intaga en fullt opartisk ställning i dagens politiska strider, med full frihet för dem att såsom enskilda personer välja sin politiska ståndpunkt och uppfattning. Tydligt syntes också vara, att det innefattade ett missbruk, om menighetens samling till gudstjänst på ifrågavarande sätt av den tjänsteförrättande prästen utnyttjades för drivande av partipolitisk verksamhet.

Domkapitlet ogillade åtalet, "(e)huru domkapitlet visserligen ansåge, att (prästens) tillvägagående varit från pastoral synpunkt olämpligt". JO överklagade. Svea hovrätt delade JO:s ståndpunkt och ådömde prästen en varning för att han "omedelbart efter avslutandet av — — — gudstjänster till kvardröjande menighet riktat anförande i syfte att påverka åhörarna att vid nära förestående riksdagsmannaval avgiva sina röster till förmån för visst politiskt parti" och därigenom visat oförstånd i sitt ämbete som präst. Hovrättens utslag överklagades också, men Kungl. Maj:t fann inte skäl att ändra det.

Även i fråga om ämnen, som obestridligen angår kristliga värderingar, ålåg det prästerna att vara opartiska i politiskt aktuella frågor, detta enligt JO:s (Ljunggren) bedömning i *JO 1936 s 200 (Regeringen*

föreslår barnamord). En präst hade i en predikan uttalat, att regeringen hade lagt fram ett lagförslag som främjade barnamord. Därmed åsyftades ett vid denna tid aviserat men ännu inte framlagt förslag om lagstiftning rörande abort. JO uttalade, att statens tjänstemän var skyldiga att i tjänsten inta en i politiskt avseende opartisk ställning, vilka åsikter de än månde hylla som enskilda personer, och att det inte heller för statskyrkans prästerskap borde vara tillåtet att under ämbetets utövning ta ståndpunkt i dagspolitiken. Prästens sätt att i sin predikan beröra spörsmålet om lagstiftning rörande abort "överensstämde (icke) — — — med den aktning man vore skyldig den högsta förvaltningsmyndigheten i det lagbundna samhället". Åtal väcktes dock inte i detta fall, emedan prästen ansågs ha handlat "mera av ovarsamhet än av vrång avsikt".

I ärendet *JO 1938 s 54 (Spanska inbördeskriget)* hade en präst citerat en tidningsartikel om spanska inbördeskriget och sammanställt citatet med ett Bibel-ord. I hans predikan förekom sålunda följande passus.

> Ännu närmare oss i tiden ligger vad som i samma anda skett i Spanien och vållat dess olycka och nöd, inbördeskriget, varunder det nu lider, och vars utgång ingen vet! Även där är den regering, som på grund av val blivit den lagliga, måhända av svaghet, såsom en ny Pilatus, orsak till en förföljelse mot den kristna kyrkan, som pågick, tills måttet rågades och patriotiska generaler rustade sig och gåvo signal till uppror.
>
> En tidning återgiver så "grundläggande fakta" för bedömande av läget i Spanien efter den engelska tidningen Daily Mail: "Den lagliga regeringen var för svag gentemot bolsjevikerna och kunde ej hindra, att nationalister dagligen mördades runtom i Spanien, och ej mindre än 60 kyrkor blevo nedbrända. Efter det brutala mordet på nationalistledaren Sotelo utsände generalerna appellen att gripa till vapen. I och med krigsutbrottet trädde Moskva öppet fram. Ett fegt krig mot religionen började nu från de rödas sida. De skändligaste våldsdåd, historien känner, förövades. Minst 16.000 präster, munkar och nunnor dödades. Nunnor våldtogos, och somliga brändes levande. 20.000 kyrkor och kloster hava förstörts."
>
> Skall Jesu ord om domen bli sanning också för det landet liksom för Jerusalem, att dess tempel skola stå övergivna och öde?

Prästen tycks själv ha bett om JO:s bedömning, sedan predikningen hade kritiserats i pressen. JO (Ljunggren) uttalade:

> En statskyrkans präst är lika väl som varje annan statens tjänsteman skyldig att, vilka åsikter han än såsom enskild person må omfatta, i sin tjänsteutövning intaga en i politiskt hänseende opartisk ställning. Det riktiga synes vara, att ämnen av politisk innebörd icke alls behandlas från predikstolarna. Under alla förhållanden måste en präst, om han i sin predikan berör sådana ämnen, i alldeles särskild grad iakttaga varsamhet och grannlagenhet samt undvika allt, som kan giva en åhörare med anslutning till visst politiskt parti den uppfattningen, att hans uttalanden äro riktade mot detta. Personligt färgade uttalanden av politisk innebörd i en predikan äro ägnade att motverka förkunnelsens egentliga syfte.
>
> Däremot måste det anses vara en präst obetaget att i predikan taga ställning till och eventuellt kritisera strömningar och idériktningar i tiden, i den mån de hänföra sig till religionens och sedlighetens områden, liksom ock att beröra aktuella händelser, som i nu nämnda avseenden äro ägnade att tilldraga sig uppmärksamhet. På grund härav synes mig icke något klander kunna riktas mot att (prästen) i sin predikan berört de förföljelser, som under senaste tiden i anslutning till vissa antireligiösa åskådningar och stämningar övergått kyrkan i olika länder.

JO kritiserade emellertid prästen för "överdrivna för att icke säga orimliga" uppgifter om våld och förföljelser mot präster med flera i Spanien. Prästen hade, menade JO, på ett mycket olyckligt sätt förenklat det spanska inbördeskrigets problem. JO föranstaltade om åtal mot honom.

Domkapitlet fann också, att prästen "på ett obetänksamt och i en predikan olämpligt sätt" tagit ställning i en aktuell politisk fråga, men eftersom predikningen som helhet betraktad inte befanns ha karaktären av ett sådant ställningstagande, ogillades JO:s talan. JO överklagade inte och motiverade detta med att domkapitlet dock hade förklarat, att prästen handlat obetänksamt och olämpligt.

I en rad andra fall, som också avser tiden innan ansvar för tjänstefel avskaffades, har JO tagit ställning till vad en offentlig tjänsteman får säga *utanför tjänsten.*

I *JO 1964 s 184 (Vattenrättsdomare)* hade en vattenrättsdomare skrivit till Svenska teknologföreningens hedersdomstol och kritiserat en viss ingenjörsfirmas åtgöranden såsom teknisk expertis i ett vattenmål. Han begärde hedersdomstolens prövning av de påtalade frågorna. På detta svarade ingenjörsfirmans advokat genom att i en JO-anmälan ifrågasätta, om domaren hade förfarit otillbörligt.

JO (ställföreträdande JO Nordqvist) fann det inte befogat att in-

gripa mot domaren. Men han uteslöt inte, att en domare i en sådan situation kan ställas till ansvar för yttranden, som inte i och för sig är straffbara:

> När en domare i sammanhang av förevarande art handlade som privatman, funnes — — — fog att i viss utsträckning ställa större krav på honom än på privatpersoner i allmänhet, främst i så måtto att han ej fick låta komma sig till last förfaranden, varigenom han skadade det anseende innehavaren av en domarebefattning bör äga. Härav följde dock icke att varje förseelse eller olämplig åtgärd, vartill en domare kunde göra sig skyldig i dylika sammanhang, borde föranleda beivran eller annat ingripande mot honom i hans egenskap av tjänsteman.

Fallet *JO 1971 s 491 (Zigenarbrevet)* gällde uttalanden i ett privatbrev, som kom att bli en offentlig handling. Hösten 1969 befann sig en grupp franska och polska zigenare i Stockholms-trakten. En del av de familjer, som ingick i gruppen, ville stanna kvar i Sverige, men tillståndsfrågan var ännu inte avgjord. Stadskollegiet i Stockholm hade ett sammanträde, där man diskuterade åtgärder bl.a. för att lösa familjernas bostadsfråga.

L var förste byråinspektör vid arbetsmarknadsstyrelsen. Hans tjänsteuppgifter gällde främst frågor rörande svenska och andra skandinaviska zigenare. Han kom att få del av en promemoria om de franska och polska zigenarna, som stadskollegiet hade överlagt om. Han blev av allt att döma upprörd och skrev ett temperamentsfullt brev till borgarrådet Hjalmar Mehr, som han kände personligen. Brevet gick ut på att denna zigenargrupp ägnade sig åt att lura folk att köpa värdelösa mattor m.m. för höga priser. I själva verket levde denna grupp enligt brevet luxuöst men låtsades vara fattiga för att få förtur till bostäder och rikliga socialunderstöd. Brevet slutade:

> Rörde det sig om fattiga och förtryckta människor ute i Europa skulle jag kunna förstå och medverka i den pressure-group som nu verkat för de utländska zigenarna. Men nu är det fråga om en självmedveten, internationell zigensk överklass som med alla medel kämpar för att få behålla sina privilegier att föra en behaglig och parasitär tillvaro. En modern fortsättning på vår gamla 12-skillingsopera och Mackie Messer är förvisso inte hängd, han lever och verkar framgångsrikt. Tiggararmén är fortfarande mycket romantisk men betydligt moderniserad. Och myndigheterna sammanträder och utreder och bockar och bugar och visar sig vänliga och får nya tjänster, och betalar. Storleksordning 500 millioner under de kommande 10 åren, har en insiktsfull person

räknat ut, om vi går på i nuvarande takt. Jag tror att beloppet är i underkant. Jag skulle inte tycka att det vore dyrt, om det kom någonting ut av detta. Men det gör det inte, utom ett behagligt liv för dom som kapar åt sig och lyckas hävda sina privilegier.

Dixi et salvavi...

Tuus

Mehr hade inte att fatta något beslut rörande familjerna i fråga, men han lämnade en kopia av brevet till socialborgarrådet, som i sin tur lämnade kopian vidare till socialdirektören. Så kom brevet att bli offentlig handling. Frågan om L genom sina uttalanden i brevet gjort sig skyldig till tjänstefel kom under JO:s prövning.

JO (Bexelius) uttalade till en början, att ett klandervärt uppträdande av en tjänsteman utom tjänsten "otvivelaktigt (kan) vara oförenligt med beskaffenheten av den tjänst han innehar och alltså innebära ett åsidosättande av skyldighet att avhålla sig från sådant som är oförenligt med tjänsten". En tjänsteman hade visserligen, framhöll JO, i princip yttrandefrihet som varje annan medborgare men måste "avhålla sig från sådant som är oförenligt med beskaffenheten av hans tjänst och som är ägnat att rubba allmänhetens förtroende för hans tjänsteutövning". Av JO:s yttrande i övrigt bör följande återges.

(Arbetsmarknadsstyrelsen) kunde — — — komma att få befattning med dessa zigenare, om de beviljades tillstånd att kvarstanna i riket. I så fall kunde (L:s) uttalanden, sedan de offentliggjorts, tänkas rubba förtroendet för verkets vilja att förutsättningslöst behandla ärenden rörande dessa zigenare. Emellertid avsåg (L:s) egna tjänsteuppgifter främst frågor rörande svenska och andra skandinaviska zigenare, och han hade inte sådan ställning i arbetsmarknadsstyrelsen, att hans uttalanden rimligen kunde antagas ge uttryck åt verkets inställning. Vidare är att beakta att uttalandena gjordes i ett privatbrev till Mehr, till vilken (L) av brevet att döma står i ett nära vänskapsförhållande, och att uttalandena gjordes för Mehrs personliga information i anledning av en redan vidtagen åtgärd. Man kan inte heller bortse från att den inverkan uttalandena må ha haft på allmänhetens förtroende för (L:s) tjänsteutövning och för det verk han tillhörde skedde genom en publicering som (L) helt visst inte räknat med, låt vara att (L) borde ha förstått att privatbrev till tjänstemän ofta måste av dem behandlas såsom allmänna handlingar, i den mån de berör angelägenheter, med vilka de har att ta befattning i tjänsten.

Vilken mening man än må ha beträffande uttalandena i brevet kan dessa — i betraktande av det sagda — inte anses innefatta straffbart åsidosättande av vad som ålegat (L) på grund av beskaffenheten av hans tjänst.

I det tidigare återgivna ärendet "Regeringen föreslår barnamord" från 1936 förutsatte ju JO, att statens tjänstemän var skyldiga att visa aktning gentemot "den högsta förvaltningsmyndigheten i det lagbundna samhället". Det är ovisst om detta yttrande avsåg uttalanden både i och utanför tjänsten; ärendet gällde en präst uttalanden i en predikan, dvs. yttranden i tjänsten. I ett par senare ärenden har JO tagit ställning till frågan om offentliga tjänstemäns rätt att offentligt kritisera riksdagens eller regeringens politik eller en myndighets praxis på det sakområde, där tjänstemannen själv är verksam i sin tjänst. I ett ärende, *JO 1969 s 401 (Tjänstemän i debatten),* intog både kriminalvårdsstyrelsen och JO (ställföreträdande JO Petrén) den ståndpunkten, att statstjänstemän har fri kritikrätt, och att det är ett samhällsintresse, att denna kritikrätt också kommer till användning. Bakgrunden var ett tjänstetillsättningsärende inom kriminalvården, där den frågan aktualiserades, om en tjänstemans offentliga kritik av dåvarande kriminalvårdspolitik hade legat honom i fatet. Kriminalvårdsstyrelsen bestred, att någon hänsyn hade tagits till tjänstemannens kritik och framhöll, att styrelsen tvärtom var angelägen om att kritik skulle fritt kunna framföras av både tjänstemän och intagna. Styrelsen tillade, att detta var "en förutsättning för erhållande av självständiga tjänstemän och för en rätt utveckling på ett område som kriminalvården". JO uttalade i anslutning härtill:

> Jag kan för egen del helt instämma i detta kriminalvårdsstyrelsens uttalande och vill understryka vikten för en sund utveckling av vårt samhälle av att tjänstemännen kan fritt deltaga i den offentliga debatten, även inom områden där de är yrkesverksamma, utan att behöva befara att härigenom bli försatta i sämre ställning än den de skulle ta intagit, om de avhållit sig från att framföra sina synpunkter.

I referatet av detta ärende i JO:s ämbetsberättelse anges det gälla tjänstemans utnyttjande "av varje medborgare tillkommande fria kritikrätt". Såväl kriminalvårdsstyrelsen som JO själv synes ha betraktat det som en självfallen begränsning av denna rätt, om användandet av den skulle ha legat vederbörande tjänsteman i fatet i ett befordringsärende.

I det nu återgivna ärendet förelåg ju enighet om att tjänstemän har fri kritikrätt. Däremot bröt sig meningarna väsentligt i ärendet *JO 1970 s 367 (Munkavle på SÖ).* Vid en inspektion, som JO (Lundvik) gjorde hos skolöverstyrelsen (SÖ), aktualiserades frågan om de till SÖ

knutna tjänstemännen hade rätt att ge offentligt uttryck för sina egna meningar, när de var kritiska till SÖ:s politik. Generaldirektören Hans Löwbeer ansåg, att varje tjänsteman utåt företrädde SÖ och inte bara sig själv och därför inte kunde tillåtas att utåt framföra särmeningar, som stred mot SÖ:s policy. JO anmälde till en början följande uppfattning i saken:

> När tjänstemanen uppträder *i tjänsten* och företräder SÖ, skall han givetvis lojalt följa de direktiv som getts från SÖ i fråga om vilka meningar som bör framföras såsom SÖ:s i givna avseenden. Hinder kan inte anses möta att för sådana tjänstesammanhang förbjuda tjänstemannen att framföra egna privata åsikter. Viss reservation torde dock böra göras när det gäller kontakter med nyhetsmedia med hänsyn till den grundlagsskyddade informationsfrihet som gäller enligt tryckfrihetsförordningen. Framträder en tjänsteman vid en offentlig diskussion, i en tidningsartikel o.d., *som privatperson* torde det stå honom fritt att framföra vilka åsikter han vill även rörande sådant som rör det egna verkets policy. Det bör dock tilläggas att full klarhet inte råder om förhållandet mellan svensk tjänstemans tjänsteplikt och hans åsikts- och yttrandefrihet. I princip har tjänstemannen väl åsikts- och kritikfrihet men det kan inte uteslutas att tjänsteplikten undantagsvis måste anses innebära skyldighet för honom att iaktta en viss återhållsamhet, t.ex. för att skydda tjänstens anseende.

Vid ärendets avgörande hänvisade JO till vad han sålunda uttalat och anförde vidare bl.a.:

> Vad först angår tjänstemans uppträdande, när han i sin tjänst mera direkt framträder som talesman för det egna verket, så bör han härvid givetvis lojalt följa den linje som han vet vara verkets. Det bör icke få komma i fråga, att han i dessa sammanhang agiterar mot verkets intagna ståndpunkt. Lojalitetskravet får dock icke drivas in absurdum och får enligt min mening icke taga sig uttryck som ter sig stötande för tjänstemännen i gemen. Det förefaller mig som om en tjänsteman — även när han uppträder i tjänsten — skall ha rätt att, åtminstone i korthet, redovisa sin rent personliga mening, om han direkt tillfrågas därom, och det oavsett att hans mening måhända starkt avviker från verkets ståndpunkt. — — — Jag vill vidare säga, att det icke bör vara en tjänsteman förmenat att helt allmänt framhålla att de åsikter han utvecklar är verkets och icke hans egna. — — —
>
> När tjänstemannen uppträder utom tjänsten och som privatperson och detta också måste stå fullt klart för dem som han vänder sig till — för att välja ett extremt exempel: om han talar i egenskap av riksdagsman eller ledamot av kommunal försam-

> ling — föreligger en stark presumtion för att han bör kunna tala helt fritt som honom lyster. Såsom jag framhöll vid inspektionen är det dock tänkbart, att han det oaktat åtminstone i vissa sammanhang — andra än de nyss åsyftade — har att iakttaga viss återhållsamhet i sina uttalanden. Härtill kommer att tjänstemannens ställning icke alltid är så entydig. Han kan t.ex. ha inbjudits till en förening eller liknande för en diskussion, vid vilken han mer eller mindre direkt kommer att framstå som en representant för verket, åtminstone enligt åhörarnas uppfattning. Det borde te sig som naturligt för tjänstemannen att då också, och helst i främsta rummet, redovisa verkets uppfattning i frågan.

I ärendet *JO 1977/78 s 317 (Kritisk domare)* uppkom också frågan om fri kritikrätt för offentliga tjänstemän, men den besvarades inte av JO. En domare, L, hade sökt en befattning som lagman. Tjänsteförslagsnämnden för domstolsväsendet uppsatte honom inte på förslag. Enligt en aktanteckning gjord av nämndens ordförande, tillika generaldirektör i domstolsverket, hade nämnden ansett, att L ej borde komma ifråga för tjänsten, detta efter diskussion av L:s "framträdanden vid häradshövdingeföreningens årsmöte i Södra Roslags domsaga för ett antal år sedan och vid Nordiska Juristmötet i Helsingfors 1972". Vid dessa tillfällen hade L gjort debattinlägg, som kritiserade justitiedepartementets politik på ett par sakområden. L gjorde JO-anmälan och åberopade yttrandefriheten. I sitt remissvar till JO insinuerade tjänsteförslagsnämnden, att L hade varit onykter, när han gjorde sina debattinlägg. Nämnden förnekade, att hänsyn hade tagits till själva innehållet i inläggen. Med nämndens insinuation lät JO (Lundvik) sig nöja, och han uttalade sig i ärendet endast om vikten av att domare iakttar måtta vid alkoholbruk. Det bör tillfogas, att insinuationen var grundlös, något som kunde ha kontrollerats genom dem som var närvarande vid häradshövdingeföreningens årsmöte och vid Nordiska Juristmötet.

Sedan straffstadgandet för tjänstefel avskaffats, torde frågan om offentliga tjänstemäns yttrandefrihet ha praktisk betydelse främst i fråga om rekrytering m.m. till offentliga tjänster.

Saklighetskravet i 1 kap. 9 § regeringsformen har i fråga om statliga tjänster uttryckts särskilt: enligt 11 kap. 9 § andra stycket regeringsformen skall vid tillsättning av statlig tjänst "avseende fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet".

Motsvarande regel gäller enligt 4 kap. 3 § andra stycket jämfört med 1 kap. 5 § lagen (1976:600) om offentlig anställning även icke statliga tjänster, om de är statligt reglerade. Emellertid har regeln inte

någon självständig betydelse i förhållande till det allmänna kravet på saklighet i 1 kap. 9 §.[8] Den får därför anses gälla alla offentliga tjänster. Någon motsättning mellan den och sådana särskilda tillsättningsregler som hänvisar till "lämplighet" o.dyl. föreligger inte rättsligt.[9]

Med "förtjänst" avses närmast tjänstetid och därmed den vana som någon förvärvat genom föregående tjänstgöring. Med "skicklighet" brukar menas lämpligheten för befattningen, ådagalagd genom teoretisk och praktisk utbildning samt den dittillsvarande verksamheten.[10]

Enligt 1809 års regeringsform fick avseende inte fästas vid någonting annat än förtjänst och skicklighet. Redan detta stadgande anknöt till tidigare föreskrifter. Ett av syftena med det var att omöjliggöra befordran av politiska skäl.[11] I grundlagberedningens förslag till ny regeringsform hade denna regel bibehållits. Emellertid hade i ett remissyttrande satts i fråga om inte bl.a. arbetsmarknadspolitiska och lokaliseringspolitiska skäl skulle komma att göra det erforderligt med undantag från principen om förtjänst och skicklighet som enda tillsättningsgrunder. Chefen för justitiedepartementet tog fasta på detta förslag, och härigenom kom regeln att avfattas så, att avseende får fästas endast vid "sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet".

Frågan om offentliga tjänstemäns kritikrätt kan, som framgått, ha stor praktisk betydelse i befordringsärenden. En liknande fråga är den om tjänstemännens åsiktsfrihet och saklighetskravets tillämpning i tillsättningsärenden.

Åsiktsfriheten för offentliga tjänstemän

Frågan om en persons politiska åskådning får eller inte får tillmätas relevans i ett ärende om tjänstetillsättning penetrerades ingående i ärendet *JO 1968 s 347 (Den nysvenske läraren).* Adjunkten O sökte en tjänst som grundskolerektor i Göteborg. Skolstyrelsen uppförde honom inte på förslag med motivering, att en person som innehar ledande ställning i en nynazistisk rörelse därigenom har deklarerat sin solidaritet med idéer och principer, som står i direkt motsats till de värden, som den svenska skolan skall stå för. Skolöverstyrelsen (SÖ) beslöt emellertid sedermera att förordna O till rektor vid grund-

[8] Jfr prop. 1973:90 s 406.
[9] Jfr Jägerskiöld Stig, Svensk tjänstemannarätt I, Uppsala 1956, s 533 f.
[10] Prop. 1973:90 s 405 f.
[11] Jägerskiöld a.a. s 521.

skolan. I sin motivering till utnämningsbeslutet anförde skolöverstyrelsen bl.a.:

> Även om det utifrån allmänt demokratiska värderingar inte är önskvärt, att extrema, mot demokratins principer fientligt inställda åsiktsriktningar blir företrädda inom skolan, måste det ligga i demokratins väsen att den själv tillämpar och förverkligar sina bärande grundsatser. Det vore alltså enligt SÖ:s mening en självmotsägelse, om den svenska demokratin och den svenska skolan bland sina befattningshavare av det slag det här gäller inte kunde tolerera människor, som i sin tjänsteutövning uppträder och fungerar utan anmärkning, utan i stället skulle utestänga dem från tjänst enbart på den grunden att de omfattade synpunkter, som är främmande för det stora flertalet människor. Den formen av försvar skulle innebära ringa tilltro till de principer som skall vara vägledande för skolans undervisning och på vilka vårt samhällsskick vilar.

Ärendet anmäldes till JO. Med utgångspunkt i författningsutredningens betänkande[12] konstaterade JO (Bexelius) först, att gällande rätts huvudregel är att den politiska åsikten inte får vägas in vid bedömningen av lämpligheten för tjänsten. Huvudregeln vidkändes endast vissa snävt avgränsade undantag. Ett avsåg statssekreterartjänsterna och andra tjänster, vilkas uppgift är av politisk karaktär. "Den politiska åsikten erkänns här av rättsordningen som tjänstetillsättningsgrund." Ett annat undantag gällde enligt grunderna för den vid denna tid gällande 33 § statstjänstemannalagen beträffande tjänster vid utrikesförvaltningen, krigsmakten och polisväsendet. Paragrafen medgav, att innehavaren av sådan tjänst kunde skiljas från tjänsteutövningen "om det är påkallat med hänsyn till rikets bästa", och JO menade, att det därmed också var legalt att sovra vid tillsättning av sådana tjänster för att "förebygga att någon, till vilkens medborgerliga pålitlighet man på saklig grund inte kan hysa förtroende, blir innehavare av en sådan tjänst".

Frånsett dessa två typer av undantag har myndigheterna, framhöll JO, — vare sig högre eller lägre — inte tillerkänts någon befogenhet att ta hänsyn till en tjänstesökandes politiska uppfattning. "Samhällets lojalitetsintresse är för den skull inte lämnat utan skydd. Det tillvaratas genom det av ämbetsansvaret garanterade lojalitetskravet."

Hade JO då ingen förståelse för skolstyrelsens ståndpunkt? Jo, visst.

[12] SOU 1963:17 s 168.

"Med all sympati för nu nämnda bevekelsegrunder anser jag emellertid, att skolstyrelsen utan stöd i författning eller annat auktoritativt uttalande och i strid mot vedertagna grundsatser inte ägde lansera en sådan tankegång som blev fallet och låta den styra sitt tjänstetillsättningsförslag."

JO:s utgångspunkt var åsiktsfriheten såsom en vid denna tidpunkt visserligen inte uttryckligen grundlagsfäst frihet men som en "i ett nutida demokratiskt samhälle — — — självklar rättighet av central betydelse såväl för medborgarna själva som för samhällets bestånd och utveckling".

Ramen för skolstyrelsens materiella bedömning var i och för sig vagt angiven. 25 kap. 11 § skolstadgan angav vilka befordringsgrunder som särskilt gällde vid tillsättning av ordinarie tjänst som skolledare: "insikter, erfarenhet och övriga egenskaper som företrädesvis fordras för att utöva tjänsten." Men i prop. 1957:61 hade chefen för justitiedepartementet diskuterat särskilt kravet på objektivitet vid tillsättning av detta slag. Enligt hans mening måste med objektiv tillsättning avses, att prövningen av de sökandes meriter skall vara "*saklig* och *oväldig* och inte kunna ge rum för hänsynstagande till ovidkommande omständigheter, dvs. omständigheter utan betydelse för sökandes möjligheter att fullgöra de uppgifter, som är förenade med tjänsten. Hit hör givetvis i princip politisk och religiös åskådning och andra mera privatbetonade omständigheter".[13]

För frågan, om JO:s argumentering är relevant i dag, kan följande noteras. Den bestämmelse i statstjännstemannalagen, som JO fann ge utrymme för att beakta medborgerlig pålitlighet vid utrikesförvaltningen, krigsmakten och polisväsendet, återfinns numera i 7 kap. 7 § lagen (1976:600) om offentlig anställning. Stadgandet lyder: "Arbetstagare vid polisväsendet, utrikesförvaltningen eller försvarsmakten får försättas i disponibilitet, om det är nödvändigt av hänsyn till rikets bästa." Bestämmelsen anses innebära, att dessa tjänstemän kan skiljas från tjänsten redan när misstanken finns om att de är opålitliga från säkerhetssynpunkt.[14] För polisen gäller enligt polisinstruktionen (1972: 511) kompetenskrav, som rikspolisstyrelsen fastställer. Ett sådant krav är "sådan medborgerlig inställning att han kan antas komma att alltid fullgöra sin tjänsteplikt". Detta krav gäller sedan gammalt men har senast fastställts genom beslut av rikspolisstyrelsen den 12 maj 1976.

[13] Prop. 1957:61 s 54.

[14] Lidbeck—Norman—Ryman, Statens tjänstemän, Stockholm 1970, s 168. Jfr Aspegren Lennart, Lagen om offentlig anställning, Uddevalla 1976, s 50.

Enligt personalkontrollkungörelsen (1969:446) får vissa upplysningar, som kan ha samband med en persons politiska åskådning, inhämtas från säkerhetspolisens register beträffande den som innehar eller avses tillträda en tjänst, som är av betydelse för rikets säkerhet. I registret får anteckning emellertid inte göras enbart av det skälet att någon genom tillhörighet till organisation eller på annat sätt givit uttryck för politisk uppfattning (2 §).

Tillämpning av sådana regler var det fråga om i *JO 1959 s 292 (Polis med kommunistvänner).* En extra poliskonstapel i Stockholm klagade över att han under en lång följd av år hade blivit förbigången vid förordnande i tjänsten och i tillsättningsärenden. Han uppgav sig antydningsvis ha hört, att det skulle bero på att han tio år tidigare hade semestrat tillsammans med en kollega, som sedermera avskedadats på grund av kommunistiska sympatier.

I ärendet framgick, att den behandling klaganden påtalade berodde på att polismästaren hade fått den bestämda uppfattningen, att klagandens inställning till den svenska samhällsordningen inte var lämplig för en polisman. Denna misstanke hade dock aldrig delgivits klaganden, och han hade aldrig fått tillfälle att yttra sig över den. JO (Bexelius) kritiserade behandlingen av klaganden, på den grund att utredningen om polismannens medborgerliga inställning hade fått dra ut så långt på tiden utan definitivt ställningstagande. JO fann det vidare vara en brist i utredningen att polismannen inte hade hörts.

Ärendet *JO 1979/80 s 459 (Politiserad bibliotekarietjänst)* gällde tillsättning av en kommunal tjänst som vikarierande bibliotekarie. Kulturnämndens ordförande frågade sökandena om deras politiska uppfattning: "Var står du politiskt?". JO (Nilsson) såg fallet just som en kränkning av myndigheternas skyldighet att iaktta saklighet i förvaltningen. Han uttalade:

> Det finns onekligen tjänster inom den statliga förvaltningen där det finns ett berättigat intresse att fästa avseende vid innehavarens politiska uppfattning. Men dessa tjänster är utomordentligt få och tjänsten som kommunal bibliotekarie hör definitivt inte till dem. Det fanns följaktligen ingen som helst anledning — — — att i dessa fall söka få reda på "var på den politiska skalan" de sökande till vikariatet som bibliotekarie i kommunen hörde hemma. Genom att ställa sådana frågor vid anställningsintervjuerna har (kulturnämndens ordförande) — — — inte levt upp till det krav på saklighet som myndigheterna enligt regeringsformen (1 kap. 9 §) skall iaktta i sin verksamhet.

Åsiktsfriheten behandlade JO som en särskild fråga:

> Det kan diskuteras om inte (kulturnämndens ordförande) genom sin utfrågning har brutit mot (2 kap. 2 § regeringsformen om skydd mot tvång att ge till känna sin åskådning i bl.a. politiskt hänseende). Jag har för min del kommit till slutsatsen att det inte har förelegat det tvång som är en förutsättning för att ansvar skall kunna inträda. Det finns alltså enligt min mening inte grund för åtal mot (kulturnämndens ordförande) för brott mot 2 kap. 2 § regeringsformen. Men han kan inte undgå allvarlig kritik. Hans handlande står grundlagskränkningen nära och vittnar under alla förhållanden om en bristande respekt för de värden som bär upp regeringsformens bestämmelser om åsiktsfriheten. Det är allvarligt när det omdömet träffar en funktionär i det allmännas tjänst.

Åsiktsfriheten för misstänkta och åtalade

Det tycks, som nämnts, mest vara i ärenden om tjänstetillsättning som det förekommer, att hänsyn tas till någons politiska åskådning eller till att någon har använt sin yttrandefrihet. I ett JO-ärende uppkom emellertid frågan om någons politiska uppfattning kan ha betydelse för skuld- eller påföljdsfrågan i ett brottmål. Det gäller ärendet *JO 1979/80 s 62 (Terroristaffären).* I den s.k. terroristaffären 1977 blev en kvinna vid polisförhör tillfrågad om sin politiska uppfattning: "Din egen politiska uppfattning, vad är den?" Detta blev anmält till JO. I ärendet yttrade rikspolisstyrelsen bl.a. att frågan var naturlig att ställa i samband med utredning av brott, som ifrågasatts vara av "politisk" natur. Den första som gripits, en västtysk medborgare, hade gjort gällande, att han var i krig med den västtyska regeringen och han hade därför krävt att behandlas enligt krigslagar. Rikspolisstyrelsen menade också, att det för en misstänkt kan ha betydelse vid bedömande av skuldfrågan och i påföljdshänseende om han på grund av villfarelser i "politiskt" hänseende gjort sig skyldig till gärningar, som han i övrigt inte skulle ha hemfallit åt.

JO (Wigelius) fann, att frågans ställande inte i och för sig innebar överträdelse av 2 kap. 2 § regeringsformen om skydd mot "tvång" att ge till känna sin åskådning i politiskt hänseende. Även om det enligt JO:s mening alltså inte fanns något uttryckligt förbud i grundlagen eller eljest mot sådana frågor från myndigheternas sida, ansåg JO likväl "att myndigheterna bör avhålla sig från att ställa en sådan fråga till en enskild i annat fall än då det klart ligger i sakens natur att frågan är berättigad". JO anförde vidare, att det under förundersökning i en spioneriutredning eller en utredning som den i terrorist-

affären "kan vara önskvärt och till och med nödvändigt att ställa vissa frågor som kan vara ganska svåra att besvara utan att samtidigt röja sina politiska sympatier". För dessa fall rekommenderade JO förhörsledare att de, innan de ställer en sådan fråga, "talar om syftet med denna för den hörde samt även klargör för honom att han inte är tvungen att ge till känna sin politiska åskådning och att han inte kommer i ett sämre läge under utredningen om han avstår från att besvara frågan".

Yttrandefriheten i skoltidningar

I fråga om yttrandefriheten bör också noteras, att JO (Lundvik) i två ärenden, *JO 1971 s 560 (Skoltidningen Rudis)* och *JO 1972 s 439 (Skoltidning om kriget i Vietnam)* har uttalat, att en skolledning inte bör få diskriminera viss meningsriktning, när det gäller att ställa stencilapparat e.dyl. till förfogande för skoltidningar. Bedömningen relaterades till skolförfattningar.

Demonstrationsfriheten

Lagen om allmänna sammankomster[15] är inte direkt tillämplig på en demonstration som någon eller några enstaka personer företar. Som framgått i 5.3.1 får enligt 10 § i denna lag en allmän sammankomst inte upplösas — frånsett ett undantag som här kan förbigås — annat än om den föranleder svårare oordning eller avsevärd fara för de tillställdesvarande samt andra åtgärder visat sig otillräckliga för att återställa ordningen eller bereda skydd för de tillställdesvarande. I 5.3.3 utvecklade jag meningen, att en allmän sammankomst inte får upplösas på grund av de idéer, som är föremål för sammankomsten, inte ens om det kan befaras att dessa idéer kan leda till svårare oordning eller avsevärd fara; oordningen eller faran måste föreligga, innan ett ingripande mot sammankomsten får ske.

Enligt 3 § lagen (1973:558) om tillfälligt omhändertagande skall den som genom sitt uppträdande stör allmän ordning eller utgör omedelbar fara för denna omhändertagas av polisman, om det är nödvändigt för att upprätthålla ordningen; sådant omhändertagande skall ske även när det fordras för att avvärja straffbelagd gärning. En motsvarande regel fanns tidigare i polisinstruktionen (1972:511) och även i äldre polisinstruktioner.

Frågan om 10 § lagen om allmänna sammankomster analogt bör

[15] Jfr 5.3.1.

tillämpas på en demonstration, som inte samtidigt är en allmän sammankomst, aktualiserades i ärendet *JO 1975 s 92 (Kosygin i Avesta).* År 1973 fick Avesta besök av den sovjetiske ministerrådsordföranden Kosygin. Fem ungdomar från "Aktionskommittén för Sovjets Judar" avsåg att med plakat ("Frihet åt Sovjets Judar" på svenska och ryska, "Mänskliga Rättigheter åt Sovjets Judar" på svenska) demonstrera vid sidan av den väg Kosygin skulle färdas. När ett par polismän fick reda på detta, förde de ungdomarna till polisstationen, där de hölls kvar till dess Kosygin hade lämnat Avesta.

Saken JO-anmäldes. I sitt yttrande till JO anförde polismästaren i Avesta, att anledningen till omhändertagandet var "att jag bedömde att stor risk förelåg för ordningsstörande inslag om ungdomarna satte igång en demonstration".

JO (Thyresson) konstaterade, att demonstrationen hade blivit inställd genom polismännens ingripande. Han fann, att demonstrationen emellertid inte var anordnad för allmänheten och därför inte omfattades av reglerna i lagen om allmänna sammankomster. De strikta reglerna om inställande eller upplösande av allmän sammankomst var därför enligt JO inte tillämpliga. Analog tillämpning av dessa regler ansåg JO inte kunna "utan vidare hävdas".

Emellertid underlät JO inte att kritisera ingripandet på den grund, inte bara att det gällde ett frihetsberövande utan också därför att demonstrationsrätten hade kommit till skada:

> Det torde knappast råda någon tvekan om att (polismästaren) var beredd att vidtaga långtgående åtgärder för att säkra ordningen. Häremot finns i och för sig inte något att invända. Samtidigt synes det dock klart att (polismästaren) i sitt handlande inte tog hänsyn, i vart fall inte i tillräcklig grad, till demonstrationsrätten och det intresse av att få demonstrera som (ungdomarna) hade.
>
> — — —
>
> Jag anser det därför ytterst beklagligt att (polismästaren) valde att ingripa med ett omhändertagande. — — — Med insikt om att ett omhändertagande grundat på fara för ordningsstörning säkerligen skulle komma att leda till ett frihetsberövande på samma grund under den tid som ministerrådsordföranden Kosygin besökte Avesta borde (polismästaren) på allt sätt ha bemödat sig om att vidtaga sådana anordningar genom polisen att den planerade demonstrationen kunnat genomföras. Det hade med all säkerhet inte förelegat några svårigheter för polisen att i samråd med ungdomarna finna en lämplig plats för demonstrationen och att hålla dem under uppsikt om det ansetts erforderligt.

Fri- och rättighetsutredningen har kommenterat detta ärende på ett för denna undersökning synnerligen intressant sätt:

> I själva verket synes det för att skydda demonstrationsrätten viktigt att så långt det är möjligt genomföra distinktionen mellan å ena sidan ett ingripande mot en enskild deltagare, som t.ex. har begått något brottsligt eller som stör allmän ordning, och å andra sidan ett ingripande mot själva demonstrationen. De ingripanden av förstnämnda art som måste göras får inte grundas enbart på att vederbörande demonstrerar och måste genomföras så att den faktiska, negativa effekten för demonstrationen blir så begränsad som möjligt. Mot bakgrund härav räknar utredningen inte med lagen om tillfälligt omhändertagande såsom en begränsning av mötesfriheten eller demonstrationsrätten. Detta torde också stå i överensstämmelse med vad som avsågs när lagen tillkom. I fråga om ingrepp, som måste anses i (regeringsformens) mening gälla själva mötesfriheten eller demonstrationsrätten, bör lagen om allmänna sammankomster kunna anses ge det lagstöd som behövs.[16]

I ett mål avgjort av Svea hovrätt, också det avseende tiden innan demonstrationsrätten grundlagsfästes, *SvJT 1964 rf s 19 (Ballonger på Gärdet),* ansågs en demonstration utförd av några personer inte innefatta förargelseväckande beteende. Bakgrunden var, att det vid förstamajdemonstrationer i Stockholm 1963 bland annat förekom ett anförande ägnat frigörelsesträvandena i Algeriet. Några personer ställde sig invid talarstolen med ballonger, som hade texten "Algérie française". De åtalades för förargelseväckande beteende och dömdes i underrätten. En av dem klagade till Svea hovrätt och blev frikänd med följande motivering:

> Åklagaren har icke lagt (den klagande) till last annat än att han vid ifrågavarande demonstrationer, som skett bland annat till förmån för vissa politiska strävanden i annat land, burit en ballong, på vilken anbragts slagord som givit uttryck för en mot dessa strävanden avvikande ståndpunkt.
>
> Vad sålunda lagts (vederbörande) till last innefattar icke, såsom åklagaren gjort gällande, (förargelseväckande beteende).

5.4.3. Diskussion

Yttrande- och åsiktsfrihet för offentligt anställda

Frågan om offentliga tjänstemäns *yttrandefrihet* enligt nu gällande rätt är dunkel. Innan straffstadgandet om ansvar för tjänstefel av-

[16] SOU 1975:75 s 192.

skaffades, var den rättsliga situationen väl inte heller alldeles klar, men den var dock betydligt klarare än nu. För det första synes JO i samtliga fall ha utgått från att statstjänstemän *i princip* hade yttrandefrihet som varje annan medborgare. För det andra framgår det av prästfallen, att JO ansåg, att en statstjänsteman inte får *i tjänsten* yttra sig så, att tjänsten användes som plattform för politisk polemik. För det tredje framgår det av "Vattenrättsdomare", "Zigenarbrevet" och "Munkavle på SÖ", att statstjänstemän ansågs skyldiga till viss återhållsamhet också i sina uttalanden *utanför tjänsten;* de måste "skydda tjänstens anseende" och fick inte uttala sig på sätt, som var "ägnat att rubba allmänhetens förtroende för tjänsteutövningen".

Den rättsliga situationen torde nu vara en helt annan och detta av två skäl. Dels har straffstadgandet för tjänstefel avskaffats. Dels har den nya regeringsformen medfört, att begränsningar av yttrandefriheten inte får tillämpas, om de inte kommer till uttryck i lag, dock att äldre författning eller föreskrift fortsätter att gälla (2 kap. 12 § regeringsformen och punkt 6 i övergångsbestämmelserna).

I enlighet med vad som sagts i 5.4.1 torde det bara vara offentligt gjorda yttranden, som skyddas av yttrandefriheten. Yttranden i privatbrev som fallet "Zigenarbrevet" berör därmed inte den grundlagsfästa yttrandefriheten, trots att det brevet sedermera råkade bli offentligt genom mottagarens förfogande. Uppenbarligen avsåg ju inte L, att brevet skulle bli offentligt, även om han kanske, som JO menade, borde ha förutsett den möjligheten. Fallet kommenteras ur en annan synvinkel än yttrandefriheten i 6.2.3.

Varje *skyldighet* för tjänstemännen att inte offentligt yttra sig på visst sätt måste anses som en begränsning av yttrandefriheten och gäller därför inte annat än om den kommer till uttryck i lag, såvida det inte är fråga om en äldre föreskrift (jfr 5.1).

Vad yttranden *i tjänsten* beträffar finns det kvalificerat lagstöd för en begränsning i tjänstemännens yttrandefrihet: de måste iaktta saklighet och opartiskhet. Detta följer ju av just det grundlagsstadgande, som är föremål för denna undersökning: 1 kap. 9 § regeringsformen. Gränsdragningen mellan objektiva och subjektiva yttranden kan självfallet vara svår. Och en särskild svårighet tillkommer i fråga om t.ex. präster och lärare. Prästens tjänst i predikstolen går ju ut på förkunnelse av kyrkans lära, och det kan naturligen lätt hända, att denna lära kommer i konflikt med värderingar, som företräds av ett eller flera politiska partier. Ett exempel på detta är "Regeringen föreslår barnamord". I någon mån har detta problem sin motsvarighet för

lärare, som ju bl.a. skall bibringa sina elever respekt för grundläggande demokratiska värderingar; i praktiken kan en lärare tänkas se konflikter mellan sin uppfattning om dessa värderingar och t.ex. aktuella lagstiftningsåtgärder. Det skulle emellertid föra för långt att inom ramen för denna framställning penetrera dessa problem.

Beträffande yttranden *utom tjänsten* torde det numera inte finnas någon i lag föreskriven begränsning, om man bortser från dem som gäller vilken medborgare som helst (t.ex. straffstadganden för förtal och förolämpning). De enda stadganden i lagen (1976:600) om offentlig anställning, som har avseende på någon skyldighet för tjänstemännen utanför tjänsten, är 6 kap. 1 och 2 §§. Enligt 1 § får tjänstemannen inte inneha anställning eller uppdrag eller utöva verksamhet, som kan rubba förtroendet till hans eller annan arbetstagares opartiskhet i tjänsteutövningen eller skada myndighetens anseende. 2 § stadgar, att tjänstemannen endast efter tillstånd av regeringen får uppbära sådana gåvo- eller donationsmedel eller liknande förmåner som är förenade med tjänst. Intet av dessa stadganden har avseende på yttranden.[17]

Det torde därför få anses, att det numera överhuvudtaget inte gäller någon begränsning för offentliga tjänstemäns yttrandefrihet utom tjänsten. De är i sådant hänseende fullt likställda med andra medborgare.

Man skulle med hänsyn till detta kanske kunna tycka, att rättsläget är klarare än förut: i tjänsten får tjänstemannen inte yttra sig osakligt eller partiskt, men utanför tjänsten får han offentligen säga vad som helst, med de inskränkningar som gäller för alla medborgare.

Så enkelt är det emellertid inte. Det har redan sagts, att saklighetskravets tillämpning på yttranden i tjänsten är långt ifrån problemfri. Ett annat problem gäller frågan, om det t.ex. i ett befordringsärende kan få läggas en tjänstesökande till last, vad han offentligen har yttrat utanför sin tjänst. "Kritisk domare" är ett exempel på vad denna frågeställning handlar om.

Anser man, att sådana yttranden får dras in i ett tjänstetillsättningsärende, därför att de kan vara relevanta för att bedöma "lämplighet" eller "skicklighet", har de problem, som aktualiserades i "Tjänstemän i debatten", "Munkavle på SÖ" och "Kritisk domare" uppenbarligen inte förlorat sitt intresse för yttrandefriheten, trots att straffstadgandet för tjänstefel har tagits bort. 2 kap. 12 § regeringsformen är inte

[17] Se prop. 1975/76:105 bil. 2 s 220 och 250 f. samt InU 1975/76:45 s 54 ff.

tillämplig i detta sammanhang, eftersom det inte är fråga om "begränsning" av yttrandefriheten i grundlagens mening (jfr 5.1). Ändå är det tydligt, att sådana hänsyn, som det nu gäller, om de är tillåtna, faktiskt innefattar en avsevärd inskränkning i yttrandefriheten. Man tar inte yttrandefriheten på allvar, om man säger: "Du har full frihet att yttra vad du vill. Men yttrar du något, som regeringen eller din arbetsgivare finner olämpligt, får du skylla dig själv."

I och för sig skulle man kunna tänka sig, att tjänstemäns lojalitetsplikt, trots att den inte längre gäller som en *skyldighet,* dock lever kvar som sedvanerätt i så måtto, att vad en tjänstesökande har sagt i den offentliga debatten, får beaktas i ett ärende om befordran i den mån det enligt äldre rätt betraktades som ett överskridande av lojalitetsplikten. Detta är dock en rätt konstruerad lösning. Och den är, såsom redan antytts, förrädisk, eftersom den innebär, att man samtidigt garanterar full yttrandefrihet och ändå på ett okontrollerbart sätt tillämpar inskränkningar.

Det torde i själva verket vara meningslöst att på denna punkt göra något påstående om vad som i dag är gällande rätt. Några allmänna reflektioner får här räcka.

Konstitutionsutskottet har beträffande reglering av tystnadsplikt uttalat, att just författningsföreskrifter av psykologiska skäl kan ha en hämmande verkan på tjänstemännens beredvillighet att lämna även i och för sig behörig information.[18] Man kan ifrågasätta, om det inte tvärtom är så, att om ingen eller blott oklar reglering finns, förhåller sig tjänstemannen i gemen passiv, om han måste räkna med att överskridandet av vad någon överordnad anser passande kan ligga honom till last med avseende på befordran. Enligt min mening är det i själva verket utomordentligt viktigt, att denna fråga regleras, detta både för tjänstemännens egen skull och för samhällets intresse av frimodiga inlägg i den offentliga debatten.

Grunderna för tryckfrihetsförordningen påkallar, att offentliga debattinlägg överhuvudtaget inte läggs tjänstemän till last vid befordran till icke politiska tjänster. Tryckfrihetsförordningen medger ju, att debattinlägg görs anonymt och skyddar den som skrivit det; vem han är får inte efterforskas. Detta medför, att den tjänsteman, som gör ett anonymt debattinlägg, i vilket fall som helst är oåtkomlig för den offentlige arbetsgivarens slutsatser därav med avseende på hans lämplighet för den högre tjänsten. Det finns knappast någon rationell

[18] KU 1975:10 s 11.

anledning att ställa den tjänsteman sämre, som yttrar sig under eget namn. Motiveringen för anonymitetsskyddet är tänkvärt i detta sammanhang:

> Den fortgående självrannsakan, varav samhället är i behov, torde allra minst i ett samhälle av våra begränsade dimensioner och inom ett folk av vår läggning kunna undvara ett effektivt anonymitetsskydd. Hänsyn till den sociala omgivningen: familj, förmän, kamrater, affärsförbindelser osv., och fruktan för andligt eller ekonomiskt obehag från dess sida utövar hos oss ett övermäktigt tryck på den enskildes yttrandefrihet. Tydligen innebär ingalunda den demokratiska utveckling, varemot samhället tenderar, någon förändring i sådant hänseende, snarare tvärtom. Falsk "kåranda" och falsk "solidaritetskänsla" förbliva samhällsskadliga faktorer att räkna med. Anonymitetsskyddet är mot detta tryck säkerhetsventilen, som i månget fall ensam möjliggör, att ord sägas, som böra bliva uttalade, fakta framdragas, som böra bliva framdragna.

Uttalandet kommer ursprungligen från 1912 års betänkande om tryckfrihet men citerades och bildade utgångspunkten för 1944 års tryckfrihetssakkunnigas förslag till det anonymitetsskydd som nu gäller.[19] Det är sålunda tydligt, att intresset av att uppmuntra samhällskritik har ansetts väga mycket tungt. Mot detta intresse står nu intresset av att offentliga tjänster tillsätts med den lämpligaste sökanden. Det förefaller inte särdeles äventyrligt för det senare intresset, om man upprätthåller principen att offentliga debattinlägg inte får läggas en tjänstesökande till last.

Anser man emellertid, att en sådan princip är förenad med alltför stora risker, kan en jämförelse med några andra västeuropeiska länder vara intressant. I Frankrike måste en tjänsteman *i tjänsten* avhålla sig från offentlig kritik av överordnade, regeringen osv. men är *utom tjänsten* i princip fullt fri att kritisera.[20] I Västtyskland är rättsläget väsentligen detsamma som i Frankrike, dock att tjänstemannen både i och utom tjänsten måste visa respekt för grundlagens principer om frihet och demokrati.[21] I Belgien torde statstjänstemannen överhuvudtaget vara förhindrad att offentligen kritisera beslut, som han har att tillämpa i sin tjänst.[22] Och i England ställs på Civil Service rätt

[19] SOU 1947:60 s 83.
[20] Plantey Alain, Traité pratique de la fonction publique, Paris 1963, s 136 f.
[21] Fischbach Oskar Georg, Bundesbeamtengesetz I, Köln—Berlin—Bonn—München 1964, s 175.
[22] Buttgenbach André, Manuel de droit administratif, Bryssel 1958, s 317.

stränga krav på lojalitet och politisk neutralitet.[23]

Offentliga tjänstemäns *åsiktsfrihet* har sin största praktiska betydelse i just tjänstetillsättningsärenden. Att hänsyn till landets säkerhet måste leda till viss inskränkning i åsiktsfriheten torde vara ofrånkomligt och överallt accepterat. Det i 3.1 nämnda franska rättsfallet kan synas tyda på att i Frankrike inte ens en revolutionär åskådning får läggas en medborgare till last i hans statliga karriär. Så är det troligen dock inte. Plantey uttalar, att det finns ett minimikrav på nationell och republikansk lojalitet.[24] För den belgiska rättens del anser Buttgenbach det otvivelaktigt, att en statstjänsteman kan avskedas på den grund, att han anser, att samhällets institutioner bör angripas med våld eller eljest med illegala medel.[25] I Västtyskland kräver lagen uttryckligen, att statstjänstemannen genom hela sitt förhållningssätt bekänner sig till grundlagens frihets- och demokratiprinciper.[26] Det är tillämpningen av den bestämmelsen, som är grunden till vad som brukar kallas det västtyska "yrkesförbudet". I England är vissa tjänster i Civil Service uteslutna för medlemmar av kommunistpartiet eller av en fascistisk organisation eller sympatisörer till sådana politiska rörelser. Det gäller tjänster, som är av vital betydelse för statens säkerhet.[27]

I "Den nysvenske läraren" var JO och skolöverstyrelsen tydligen helt överens om att ärendet handlade om åsiktsfriheten och om att denna i princip uteslöt, att en tjänstesökandes politiska åsikt får vägas in vid en bedömning av hans lämplighet för den sökta tjänsten. Likaså har det i tidigare JO-praxis ansetts som ett utflöde av åsiktsfriheten, att myndigheter i regel inte får fråga tjänstesökande om deras politiska hemvist, och detta oavsett att det inte förelegat något rättsligt tvång för dem att besvara en sådan fråga; se t.ex. JO 1958 s 240 och JO 1973 s 87.

Något annorlunda utformade JO Nilsson sin ståndpunkt i "Politiserad bibliotekarietjänst". Visserligen fann han, att kulturnämndens ordförande inte hade "levt upp till" saklighetskravet, och han uttalade "allvarlig kritik" för att kulturnämndens ordförande hade visat "bristande respekt för de värden som bär upp regeringsformens be-

23 Wilson Geoffrey, Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law, Cambridge 1976, s 72 ff. De Smith S. A., Constitutional and Administrative Law, Suffolk 1977, s 180 ff.
24 Plantey a.a. s 136.
25 Buttgenbach a.a. s 317.
26 § 7, 2 Bundesbeamtengesetz.
27 Civil Service Establishment Officers' Guide 1976.

stämmelser om åsiktsfrihet". Men någon medveten sammankoppling av saklighetskravet med dessa värden synes JO inte ha gjort. Han behandlade saklighetskravet som en sak och åsiktsfriheten som en annan.

Enligt min mening kan det i vart fall inte vara riktigt att se åsiktsfriheten som uttömmande reglerad i 2 kap. 2 och 3 §§ regeringsformen. Det skulle ju innebära en inskränkning i förhållande till vad som ansågs gälla tidigare. Och ingenting i förarbetena till den nu gällande regeringsformen tyder på en avsikt att ge de medborgerliga rättigheterna mindre skydd än de förut ansågs medföra. Tvärtom har regleringen gått ut på att öka skyddet.

Beträffande själva sakfrågan, i vad mån hänsyn till politisk åskådning får tas i ärenden om tjänstetillsättning, fann JO både i "Den nysvenske läraren" och i "Politiserad bibliotekarietjänst", att sådana hänsyn får tas endast i undantagsfall. Vad denna princip innebär är oklart, om man inte vet, vilka undantagsfallen är. Denna fråga gick JO inte alls in på i "Politiserad bibliotekarietjänst"; han nöjde sig på denna punkt med påpekandet, att det finns tjänster, där det finns "ett berättigat intresse att fästa avseende vid innehavarens politiska uppfattning". I "Den nysvenske läraren" gick JO däremot in på en bestämning av undantagsfallen. Han angav dels statssekreterartjänsterna och andra tjänster, "vilkas uppgift är av politisk karaktär", dels de tjänster, som avsågs i 33 § statstjänstemannalagen (numera 7 kap. 7 § lagen om offentlig anställning).

Vilka tjänster har en uppgift av politisk karaktär? Det tycks åtminstone sedan några decennier ha ansetts, att statssekreterarna har sådana uppgifter.[29] Likaledes synes det åtminstone sedan 1950-talet ha varit godtaget, att det finns särskilda politiska sakkunniga i departementen (s.k. politruker).[30]

Men hur förhåller det sig i övrigt? *Rättsläget* är väl alltjämt lika klart som vid tiden för JO:s bedömning av ärendet "Den nysvenske läraren". Vad som har uttalats i samband med antagandet av 1974 års regeringsform tyder inte på något annat. Därefter har det visserligen inträffat, att ämbetsansvaret avskaffats (se 5.4.1). I "Den nysvenske läraren" framhöll ju JO, att hänsyn till en tjänstesökandes politiska uppfattning inte påkallades av samhällets lojalitetsintresse, emedan detta intresse tillvaratogs genom det av ämbetsansvaret

[28] Jfr 5.1.
[29] Se t.ex. SOU 1958:14 s 98 ff. och Herlitz Nils, Nordisk offentlig rätt III, Regeringsmakt och förvaltningsorganisation, Stockholm 1963, s 126.
[30] SOU 1958:14 s 107 ff.

garanterade lojalitetskravet. Att ämbetsansvaret nu är avskaffat skulle i och för sig kunna anföras som ett skäl att i ökad utsträckning tillåta hänsyn till tjänstesökandes politiska uppfattning. Men det finns ingenting som tyder på att man räknade med en sådan följd, när ämbetsansvaret avskaffades.

Enligt Molin-Månsson-Strömberg har man "funnit det alltmer naturligt, att politikerna önskar försäkra sig om tjänstemän som är förtrogna med och positiva till politikernas reformplaner".[31] Alltjämt brukar dock påståenden om att sådana hänsyn tagits i ett ärende avvisas med harm, och det bekräftar att principen om att den politiska åskådningen är irrelevant kvarstår orubbad.[32]

Det är säkert riktigt, att hänsyn till politisk uppfattning numera i långt högre grad än tidigare tas vid tillsättning av offentliga tjänster. Bland annat gäller det belöningar för partipolitiska insatser.[33] Att rättsläget är klart hjälper föga, om det inte respekteras i praktiken. För åsiktsfriheten skulle det vara av stor betydelse, om de tjänster, som får tillsättas med hänsyn till politisk åskådning, blev klart definierade.

Det finns skäl som kan anföras för ett ökat antal tjänster som får tillsättas med hänsyn till politisk åskådning. Man kan t.ex. säga att förvaltningen bäst betjänas av personer, som av egen övertygelse drivs att handla på det sätt statsmakterna vill. Ju fler ramlagar och generalklausuler som finns, desto tyngre väger denna synpunkt.

Men det finns också argument, som talar i motsatt riktning, framför allt grunderna för åsiktsfriheten och intresset av att de offentliga tjänstemännen skall kunna utföra ett lika gott och lojalt arbete, oavsett vilket eller vilka partier som vid en viss tidpunkt innehar den politiska makten.

Man har på senare år kunnat se tecken på att åtskilliga offentliga tjänstemän anser sig i tjänsten representera vissa politiska meningsriktningar. Inte minst gäller det tjänstemännen i kanslihuset. Mest frapperande är kanske de politiska knapparna. Att bära sådana knap-

[31] Molin Björn — Månsson Lennart — Strömberg Lars, Offentlig förvaltning, Stats- och kommunalförvaltningens struktur och funktioner, Stockholm 1979 s 156. Jfr däremot med avseende på tidigare praxis i regeringskansliet Lindström Ulla, I regeringen, Ur min politiska dagbok, Stockholm 1969 s 131 ff.

[32] Jfr Herlitz a.a. s 494.

[33] I Svensk Tidskrift 1980 nr 1 s 4—5 tas problemet med politiska utnämningar med prägel av partibelöningar upp. Skribenten uttalar, att sådant nog förekommit tidigare också men då bara i undantagsfall, medan det däremot nu är satt i system. Artikeln innehåller ett förslag till lösning av det bakomliggande problemet.

par i tjänsten torde tidigare ha ansetts oförenligt med de offentliga tjänstemännens skyldighet till opartiskhet i tjänsten (se t.ex. JO 1971 s 311).

Om regering och riksdag nöjer sig med att med läpparna hävda rättsläget på detta område, är risken stor för att de offentliga tjänstemännens åsikts- och yttrandefrihet kan betraktas som illusorisk. Härtill kommer de risker, som följer med en politisering av offentlig tjänsteutövning. Dels får, såsom redan antytts, ett regeringsskifte svårt att "slå igenom" i rättskipning och förvaltning. Dels får man räkna med att allmänhetens förtroende för rättstillämpningen försvagas. Om t.ex. domare och lärare framträder som representanter för politiska partier, kan man inte räkna med att deras tjänsteutövning skall åtnjuta förtroende hos andra medborgare än dem som sympatiserar med vederbörande politiska parti.

Hänsyn till åskådning i brottmål

Rikspolisstyrlesens uttalande i "Terroristaffären" implicerar, att det skulle vara tillåtet för en domstol att i vissa brottmål beakta gärningsmannens politiska uppfattning; den skulle kunna ha betydelse för skuldfrågan och påföljdsfrågan. Hur skuldfrågan skulle kunna vara beroende på gärningsmannens politiska uppfattning förefaller inte klart. Och även när det gäller påföljd, är bindningen till politisk uppfattning långt ifrån given. Man måste fråga sig, om så principiellt viktiga avgränsningar som det här gäller — vid vilka typer av brottslighet är politisk åskådning relevant? — verkligen kan antas komma an på polis och domstolar. Vad JO menade är inte fullt klart, eftersom han inte gav exempel på något fall, då det skulle kunna ligga "i sakens natur", att en myndighet får ställa en fråga av denna innebörd. JO kan knappast ha hållit med rikspolisstyrelsen om att gärningsmannens politiska hemvist kan ha någon betydelse i skuld- eller påföljdsfrågan, eftersom JO tydligen utgick från att den tillfrågade inte kunde komma i ett sämre läge, om han avstod från att besvara frågan.

Naturligtvis hade JO rätt, när han uttalade, att det i en spioneriutredning eller i en utredning som den i "Terroristaffären" kan vara nödvändigt att ställa frågor, som kan vara svåra att besvara för den tilltalade utan att han röjer sina politiska sympatier. Frågan "Varför gjorde Ni det?" är i regel självklar beträffande erkända gärningar och kan av den, som drivits av ett politiskt motiv, inte besvaras utan att hans politiska åskådning i någon mån röjs. Att ställa en sådan fråga

är emellertid någonting helt annat än att fråga den tilltalade om hans politiska åskådning. Den frågan — men inte den första — tyder på att den som frågar anser, att skuld- eller påföljdsfrågan kan påverkas av innehållet i den tilltalades politiska åskådning. Sådana hänsyn förutsätter emellertid enligt saklighetskravet rättsligt stöd.

Demonstrationer

"Kosygin i Avesta" gällde stoppandet av en demonstration på grund av att de idéer, som demonstranterna ville ge uttryck åt, ansågs hota ordningen. "Ballonger på Gärdet" gällde ansvar för förargelseväckande beteende, bestående i en demonstration som på grund av demonstrerade idéer kunde anses ägnad att väcka allmän förargelse.

Fri- och rättighetsutredningens här återgivna kommentar till "Kosygin i Avesta" innebär, att 10 § lagen om allmänna sammankomster numera får anses ha analog tillämpning på demonstrationer, som inte faller inom lagens omedelbara tillämpningsområde. Det betyder, att en demonstration inte får stoppas av polisen annat än om den "föranleder svårare oordning eller avsevärd fara för de tillstädesvarande samt andra åtgärder visat sig otillräckliga för att återställa ordningen eller bereda skydd för de tillstädesvarande"; jfr om innebörden därav 5.3.3. Ett sådant ingripande, som gjordes i "Kosygin i Avesta", skulle alltså vara felaktigt i dag.

Frikännandet i "Ballonger på Gärdet" kan knappast ha berott på att demonstrationen inte rent faktiskt skulle ha väckt förargelse hos den församlade allmänheten. Den frikännande domen får därför anses ha grundat sig på att hovrätten fann, att straffbudet för förargelseväckande beteende inte är tillämpligt i ett fall, där det som väcker förargelse är innehållet i ett budskap, som någon demonstrerar för.[34] Fri- och rättighetsutredningen har också uttalat sig i denna riktning, ehuru inte alldeles tydligt.[35]

Polisingripande mot plakat

I 5.2.3 har utvecklats, att det torde stå i strid mot tryckfrihetsförordningen, om polisen på grund av generalklausulen i polisinstruktionen omhändertar tryckta plakat för att innehållet anses ordningsstörande. Tryckfrihetsförordningen är däremot inte formellt något hinder för att polisen omhändertar handgjorda plakat för att de befinns ordningsstörande. Men finns det någon anledning att göra åtskillnad mellan

[34] Jfr det votum, där Jacob Sundberg utvecklade sin mening i målet.
[35] SOU 1975:75 s 191 f, jfr s 309.

tryckta och otryckta plakat på den här punkten? En analogisk tillämpning av tryckfrihetsförordningen på otryckta plakat synes här motiverad. I "Affischer i skolan"[36] uttalade JO, att samma betraktelsesätt borde tillämpas på alla affischer i skolan, tryckta tller otryckta, ett uttalande som gjordes redan innan yttrandefriheten uttryckligen grundlagfästes. Att yttrande- och demonstrationsfriheten numera är tillförsäkrade varje medborgare enligt regeringsformen, och det på samma grunder som gäller för tryckfriheten, talar utomordentligt starkt för lika behandling av tryckta och otryckta plakat, när det gäller ingripande på grund av innehållet. Det är svårt att inse, vad som skulle tala emot en sådan tolkning. Som fri- och rättighetsutredningen påpekat, är en åtskillnad ointressant för lagstiftaren.[37]

Visserligen saknas det för den yttrandefrihet, som inte omfattas av tryckfrihetsförordningens skydd, någon motsvarighet till dess katalog över tryckfrihetsbrott. Men bestämningen av den typ av brottslighet, som får föranleda ingripanden, kan utan svårighet göras med hjälp av tryckfrihetsförordningens katalog. Det får anses självklart, att de stadganden i brottsbalken, som motsvarar tryckfrihetsbrotten, också inskränker den allmänna yttrandefriheten. Fri- och rättighetsutredningen har i detta sammanhang också nämnt straffbestämmelserna för mened, falskt åtal och osann utsaga (15 kap. brottsbalken) liksom för störande av förrättning eller av allmän sammankomst (16 kap. 4 § brottsbalken) och otillbörligt uttalande i rättegång (9 kap. 5 § rättegångsbalken; 38 § förvaltningsprocesslagen).[38] Intet av dessa stadganden synes emellertid beröra yttrandefriheten, om den liksom tryckfriheten definieras i relation till sina syften och samhällsfunktioner.

Rättsligt stöd

I avsnitt 5.1 ställdes frågan vad "rättsligt stöd" betyder vid tillämpning av principen att ingen utan rättsligt stöd får särbehandlas på

[36] Se 5.2.2 ovan.

[37] SOU 1975:75 s 128. Uttalandet hänför sig visserligen till verkan av en kommande massmediagrundlag, men argumentet kan lika gärna hävdas för analog tillämpning av tryckfriheten på annan yttrandefrihet. En annan sak är, att ett beslut om ingripande mot tryckt skrift måste fattas enligt tryckfrihetsförordningens kompetensregler. Förordnande om beslag är i princip justitiekanslerns ansvar, dock att det i lag får föreskrivas att även allmän åklagare kan förordna om beslag inom sitt verksamhetsområde. Dessa regler är naturligtvis inte tillämpliga på andra skrifter. Men principen, att ett ingripande förutsätter yttrandefrihetsbrott och att ansvaret för beslutet inte bör ligga under åklagarnivå, kan tillämpas analogt.

[38] SOU 1975:75 s 285 ff.

grund av sin åskådning. De i föregående avsnitt återgivna fallen belyser två frågor, som hör hit. Kan sedvanerätt göra det legitimt att särbehandla någon på grund av hans åskådning? Räcker det med ett allmänt kompetensstadgande, eventuellt en generalklausul, eller måste det rättsliga stödet gå ut på just detta att åskådning är relevant?

Frågan om sedvanerätt har aktualiserats i tjänstetillsättningsärenden, dels i fråga om vad som brukar kallas "politiska utnämningar", dels i fråga om den tidigare gällande lojalitetsplikten.

Som framgår anses det, att tjänst som statssekreterare och andra tjänster av politisk karaktär kan tillsättas med hänsyn tagen till politisk åskådning. Hur går detta ihop med att saklighetskravet förbjuder den offentliga förvaltningen att utan rättsligt stöd särbehandla någon på grund av åskådning? Man kan här inte åberopa någon i författning given reglering. Däremot kan man kanske göra gällande, att det finns sedvanerättsligt stöd.

Som nämnts, kan offentliga tjänstemäns tidigare gällande skyldighet att inte bara i utan också utom tjänsten "skydda tjänstens anseende" möjligen — men jag finner konstruktionen tvivelaktig — tänkas leva kvar sedvanerättsligt i så måtto, att överträdelser av det som tidigare gällde som en lojalitetsplikt visserligen inte längre kan föranleda ansvar men dock får beaktas i ett befordringsärende som ett tecken på mindre god "skicklighet".

I princip torde det ha varit meningen, att sedvanerätt skulle räcka som "rättsligt stöd" för att särbehandla någon på grund av hans åskådning. Grundlagberedningens förslag till saklighetskravets avfattning innefattade att myndighet inte skulle få "utan stöd av någon rättsregel" särbehandla någon på grund av bl.a. åskådning, och som exempel på rättsregler nämndes särskilt sedvanerättsliga regler.[39] Ingenting tyder på att den sedan beslutade lokutionen "utan rättsligt stöd" avsågs ha någon annan betydelse än den som grundlagberedningen hade lagt in i uttrycket "utan stöd av någon rättsregel".

Emellertid är det tydligt, att man måste vara ytterligt försiktig med att se sedvanerätt som rättsligt stöd för att en medborgare gynnas eller missgynnas på grund av sin åskådning. Avsikten med 2 kap. regeringsformen var ju att ge ökat skydd åt medborgerliga rättigheter. Man måste därför räkna med att sådan sedvanerätt, som utgör en hämsko på dessa rättigheter, numera kan ha upphört att gälla. Härtill kommer, att sedvanerättens innehåll ofta är mycket svårt att fastställa.

[39] SOU 1972:15 s 28 och 196.

Frågan om allmänna kompetensstadganden och generalklausuler som rättsligt stöd för att särbehandla någon på grund av hans åskådning ställdes på sin spets i "Kosygin i Avesta" och "Ballonger på Gärdet". Det har här antagits, att enligt nu gällande rätt en demonstration aldrig får stoppas annat än i den allvarliga situation, som beskrivs i 10 § lagen om allmänna sammankomster, och att ingen får dömas för förargelseväckande beteende på den grund, att han har demonstrerat förargelseväckande idéer. Om detta är riktigt, innebär det att ett komptensstadgande eller en generalklausul inte i och för sig är rättsligt stöd för att särbehandla någon på grund av hans åskådning.

Betydelsen av 2 kap. 13 § regeringsformen

En av de frågor, som ställdes i avsnitt 5.1, gällde om 2 kap. 13 och 14 §§ regeringsformen implicerar, att en åtgärd, som de facto inskränker någon av de där angivna rättigheterna, får vidtas bara i den mån det är nödvändigt för något av de ändamål, som är tillåtna för en "begränsning" av rättigheten. Om det som nyss sagts om innebörden av uttrycket rättsligt stöd är riktigt, fanns det i t.ex. "Kritisk domare" inte något rättsligt stöd för att särbehandla L på grund av hans debattinlägg. Skulle man emellertid ha motsatt uppfattning, aktualiseras frågan om betydelsen i detta sammanhang av att yttrandefriheten får begränsas endast med hänsyn till rikets säkerhet, folkförsörjningen, allmän ordning och säkerhet, enskilds anseende, privatlivets helgd eller förebyggandet och beivrandet av brott. Inte något av dessa intressen kunde motivera, att domaren diskvalificerades för lagmanstjänsten. Visserligen var den omständigheten, att tjänsteförslagsnämnden missgynnade honom på grund av debattinläggen inte en "begränsning" av yttrandefriheten i regeringsformens mening (jfr 5.1). Det kan alltså inte vara tal om direkt tillämpning av 2 kap. 13 § regeringsformen. Men grunderna för detta stadgande talar starkt för att också en åtgärd, som de facto innebär en inskränkning av yttrandefriheten, inte får vidtas annat än för något av de i stadgandet angivna ändamålen.

Frivillig offentlig verksamhet

De i 5.4.1 återgivna stadganden, som yttrandefrihetsutredningen skisserat, är olika konkretiseringar av principen, att offentliga organ inte får gynna eller missgynna någon på grund av hans åskådning.

Särskilt intressant är i detta sammanhang det skisserade förbudet

för allmänna organ att utforma eller fördela stöd för offentligt framförande av yttranden på sådant sätt att någon gynnas eller missgynnas på grund av sin åskådning. Det bör därvid noteras, att JO redan har tillämpat en sådan regel på utlåning av stencilapparat i fallen "Skoltidningen Rudis" och "Skoltidning om kriget i Vietnam". Detta ligger ju också i linje med det i avsnitt 5.2.2 återgivna regeringsrättsfallet "Misshagliga åsikter i annonsbladet".

5.5. Föreningsfriheten

5.5.1. Inledning

Föreningsfriheten är enligt 2 kap. 1 § regeringsformen friheten att sammansluta sig med andra för allmänna eller enskilda syften. Detta är den "positiva" föreningsfriheten. Den "negativa" föreningsfriheten tillförsäkras medborgaren i 2 kap. 2 §. Den består i skydd gentemot det allmänna mot tvång att tillhöra politisk sammanslutning, trossamfund eller annan sammanslutning för åskådning i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat sådant hänseende.

Som föreningar i grundlagens mening anses så skilda sammanslutningar som t.ex. politiska partier, arbetsgivare- och arbetstagareorganisationer, organisationer inom konsument- och lantbrukskooperationer och bolag.[1] Redan av denna uppräkning framgår, att de intressen som berörs av föreningsfriheten är flerfaldiga.

Föreningsfriheten fanns inte med bland de medborgerliga rättigheter som nämndes i 1809 års regeringsform. Den ansågs emellertid gälla som oskriven rättslig princip, innan den nu gällande regeringsformen trädde i kraft.[2] Mycket litet har emellertid sagts om grunderna för föreningsfriheten. Historiskt har den hävdats framför allt för religionsfrihet och för fackföreningsfrihet.[3]

Bland de sammanslutningar, som medborgarna kan använda föreningsfriheten för, bör numera först nämnas de politiska partierna. Uppenbarligen har föreningsfriheten i fråga om politiska partier det gemensamt med yttrandefriheten, att friheten har en funktion som motor i den demokratiska processen. Även om det inte är helt ute-

[1] SOU 1975:75 s 313.
[2] SOU 1941:20 s 25 ff. Jfr Fahlbeck—Jägerskiöld—Sundberg, Medborgarrätt, Helsingfors 1947, s 246 och justitieråden Ekberg, Strandberg och Ljunggren, prop. 1951:100 s 177 f.
[3] SOU 1975:29 s 257. Jfr Andersen Poul, Dansk Statsforfatningsret, Köpenhamn 1954, s 673 ff.

slutet att politiska val kan hållas utan politiska partier, är det åtminstone vad gäller riksdagsval i praktiken inte möjligt att genomföra val utan att det finns politiska partier, som ombesörjer nominering. Och även bortsett från valtekniska problem har de politiska partierna en helt central roll i den demokratiska statsstyrelsen.[4]

Också arbetstagare- och arbetsgivareorganisationer spelar en viktig roll i det politiska livet. De verkar som "pressure groups" och en del av dem anlitas som remissorgan och representeras i kommittéer för lagstiftning ävensom i andra offentliga organ, t.ex. arbetsdomstolen. Vissa av dem har också rent politiska mål.

För trossamfunden har föreningsfriheten funktionen att tillförsäkra medborgare med samma religion möjligheten att gemensamt verka för denna religion. Sådan verksamhet kan också ha politiska aspekter, och trossamfunden kan ha intresse av att uppvakta politiska organ som "pressure groups".

Medborgare med sociala eller kulturella intressen kan använda föreningsfriheten för sammanslutningar som vid sidan av statens sociala och kulturella verksamhet bedriver egen verksamhet, kanske med andra mål och medel än den statliga. En stark sådan sammanslutning kan ha goda möjligheter att påverka den statliga politiken på ett socialt eller kulturellt område.

Grunden för att bolag och andra sammanslutningar med ekonomisk målsättning har tillförsäkrats föreningsfrihet är mera oviss. Näringsfrihet hör inte till de grundlagsfästa rättigheterna, ehuru näringsfrihet torde få anses som en grundläggande princip i vår rättsordning.[5] Möjligen kan det antas, att man har utgått ifrån att också sammanslutningar med ekonomiska ändamål kan ha ett legitimt intresse av att söka påverka det politiska livet, t.ex. såsom "pressure groups".

Ur demokratisk synpunkt kan det naturligtvis hävdas, att "pressure groups" är ett hot mot den demokratiska principen att varje medborgares röst väger lika tungt. Detta argument skulle alltså kunna åberopas mot föreningsfrihet, liksom f.ö. även mot demonstrationsfrihet.[6] Men det är uppenbart, att den upplysning och det engagemang hos medborgarna, som hör till demokratins förutsättningar, knappast kan fungera utan privata organisationer.

[4] Jfr Andersen a.a. s 683.

[5] Prop. 1968:98 s 34 f. Näringsfrihet fanns med i författningsutredningens förslag till 2 kap. regeringsformen; SOU 1963:16 s 62, § 5.

[6] Jfr Petrén Gustaf i SvJT 1969 s 5 f. och Andersen a.a. s 673.

Det förefaller med hänsyn till det sagda som om grunderna för föreningsfriheten kan antas vara väsentligen desamma som för mötesfriheten.

Med tanke på att alla de skilda slag av sammanslutningar, som åtnjuter föreningsfrihet, kan använda den för politisk verksamhet, får den positiva föreningsfriheten anses vara i princip densamma för alla. Men de viktigaste grunderna för föreningsfriheten måste antas gälla verksamhet "i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat sådant hänseende". Den "negativa" föreningsfriheten — skyddet mot tvång att tillhöra en sammanslutning — gäller ju bara med avseende på sammanslutningar för åskådning i sådana hänseenden. Och 2 kap. 12 § regeringsformen stadgar, att begränsning av bl.a. föreningsfriheten aldrig får utgöra ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar och inte får göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning.

Innebörden av den "positiva" föreningsfriheten är, att staten inte kan förbjuda medborgarna från att sammansluta sig i föreningar — i den mening ordet förening har i grundlagen — och inte heller göra sammanslutning beroende på särskilt tillstånd.[7] Av 2 kap. 14 § andra stycket regeringsformen framgår, att begränsning dock får ske genom lag såvitt gäller sammanslutningar, vilkas verksamhet är av militär eller liknande natur eller innebär förföljelse av folkgrupp av viss ras, med viss hudfärg eller av visst etniskt ursprung. Straffbudet i 18 kap. 4 § brottsbalken om olovlig kårverksamhet är en sådan i lag angiven begränsning, som sålunda är förenlig med regeringsformen.

I 8 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet stadgas: "Föreningsrätten skall lämnas okränkt." Med föreningsrätten avses enligt 7 § i samma lag "rätt för arbetsgivare och arbetstagare att tillhöra arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation, att utnyttja medlemskapet och att verka för organisationen eller för att sådan bildas". I 8 § anges vad som menas med en kränkning av föreningsrätten:

> Kränkning av föreningsrätten föreligger, om någon på arbetsgivar- eller arbetstagarsidan vidtager åtgärd till skada för någon på andra sidan för att denne har utnyttjat sin föreningsrätt eller om någon på ena sidan vidtager åtgärd mot någon på andra sidan i syfte att förmå denne att icke utnyttja sin föreningsrätt. Sådan kränkning föreligger även om åtgärden vidtages för att åtagande mot annan skall uppfyllas.

[7] SOU 1975:75 s 131 f. och 314 f. Jfr Fahlbeck—Jägerskiöld—Sundberg a.a. s 246.

Det allmänna, framför allt stat och kommuner, är ju i stor utsträckning arbetsgivare. Den arbetsrättsliga föreningsrätten är bindande för det allmänna såsom arbetsgivare. Sverige har i två mål inför domstolen i Strasbourg för de mänskliga rättigheterna utvecklat, att den offentlige arbetsgivarens förhållande till arbetstagarparten uteslutande gäller privaträttsliga frågeställningar, som faller utanför den föreningsfrihet som artikel 11 i den Europeiska konventionen 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna stadgar med bindande verkan för bl.a. Sverige.

I denna artikel proklameras envars rätt till "föreningsfrihet, däri inbegripet rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen". Domstolen i Strasbourg godkände visserligen inte Sveriges ståndpunkt i detta avseende. Men avgörandet har efteråt kritiserats av Olof Bergqvist, som i målet representerade arbetsmarknadsdepartementet, och enligt Bergqvist bygger regeringsformen på en åtskillnad mellan det offentligrättsliga begreppet föreningsfrihet och det arbetsrättsliga begreppet föreningsrätt.[8]

Föreningsfriheten innebär inte en rätt för en sammanslutning att bli erkänd som juridisk person.[9]

Föreningsfriheten medför inte heller, att rättsregler, som allmänt gäller för viss verksamhet eller för olika slags handlingar eller för underlåtenhet i visst hänseende, inte skulle få tillämpas på sammanslutningar, som skyddas av föreningsfriheten. Föreningsfriheten innebär en rätt för medborgare, som vill sammansluta sig, att göra detta och att verka gemensamt, men bara i den mån verksamheten är tillåten i allmänhet.[10]

5.5.2. Saklighetskravet i praxis

I *RÅ 1957 not E 30 (Den organiserade kyrkvaktaren)* var det fråga om ett beslut av kyrkorådet i en församling att säga upp församlingens kyrkvaktare. Enligt kyrkvaktaren berodde det på att han hade anslutit sig till Svenska kyrkvaktareförbundet och begärt lönereglering. Regeringsrätten fann också, att detta var skälet för uppsägningen, och

[8] Bergqvist Olof i SvJT 1976 s 401. De båda målen i Strasbourg var Svenska lokmannaförbundet mot Sverige och Schmidt och Dahlström mot Sverige. Det första gällde Statens avtalsverks vägran att träffa kollektivavtal med lokmannaförbundet. Det andra avsåg avtalsverkets vägran att medge retroaktiva lönehöjningar åt medlemmar i SACO och SR.

[9] SOU 1975:75 s 316 f. Jfr däremot Fahlbeck—Jägerskiöld—Sundberg a.a. s 246.

[10] SOU 1975:75 s 317.

upphävde uppsägningsbeslutet på den grund att det stred mot den arbetsrättsliga regleringen om förenings- och förhandlingsrätt.

Fallet *RÅ 1958 ref. 32 (SACO-medlemmar i Västerås)* gällde ett beslut av Västerås stad att i anledning av stridsåtgärder från SACO:s sida tillfälligt bestämma mindre fördelaktiga löneförmåner för SACO-medlemmar än för andra tjänstemän. I besvär gjorde vissa av beslutet berörda tjänstemän gällande, att det var felaktigt. De åberopade inte den arbetsrättsliga föreningsrätten och kunde inte heller göra det, eftersom den vid denna tid inte gällde för sådana tjänstemän som var underkastade ämbetsansvar. I stället argumenterade de så, att vid kommunal lönesättning hänsyn inte får tas till sådana till privatlivet hänförliga omständigheter som vederbörandes medlemskap i den ena eller andra organisationen, lika litet som exempelvis till hans politiska uppfattning, religion, ras eller dylikt. Beslutet innebar enligt klagandena "détournement de pouvoir, en illojal maktanvändning". Länsstyrelsen upphävde också beslutet på sådan grund och anförde:

> Den omständigheten, att en stadens tjänsteman är medlem i en personalorganisation, som varslat eller vidtagit stridsåtgärd mot staden, kan icke anses utgöra rättvis grund för ett beslut av staden, som försätter sådan tjänsteman i ogynnsammare läge i lönehänseende än de stadens tjänstemän, som icke tillhöra denna personalorganisation.

Regeringsrätten hade emellertid en annan mening:

> Stadens åtgärd att i anledning av den av SACO inledda konflikten tillfälligt bestämma mindre fördelaktiga löneförmåner för de tjänstemän som voro medlemmar av SACO än för övriga tjänstemän har föranletts av stadens strävan att bringa konflikten till ett snart slut och därmed säkra förvaltningsverksamhetens behöriga gång. Varken det intresse, som sålunda legat till grund för åtgärden, eller det sätt, på vilket detta intresse i förevarande fall tillgodosetts, kan betraktas som otillbörligt. Med hänsyn härtill och till vad i övrigt förekommit i målet kan lönenämndens beslut att indraga lönetilläggen för dessa tjänstemän icke anses innebära överskridande av nämndens befogenheter eller vila på orättvis grund.

Rättsfallet *AD 1971:34 (Lönediskriminering av SACO och SR)* liknade mycket det nyss refererade RÅ-fallet. Även i detta fall befanns lönedifferentieringen godtagbar. Men arbetsdomstolen hade en annan motivering än regeringsrätten i "SACO-medlemmar i Västerås".

Domstolen förklarade, att en arbetsgivares skyldighet att respektera föreningsrätten överhuvudtaget inte innebär någon principiell förpliktelse att utge lika lön till oorganiserade eller till medlemmar i skilda organisationer. Syftet med föreningsrätten och, i det enskilda fallet, syftet med differentieringen är enligt arbetsdomstolen avgörande. Vad syftet med föreningsrätten angår:

> Utav avgörande betydelse, när det gällde att bestämma föreningsrättens begrepp, var därvid strävandena att trygga rätten för arbetsgivare och arbetstagare till kollektiva förhandlingar om reglering av anställningsvillkoren och om förhållandet i övrigt mellan dem. — — — Av intresse i detta mål är, att bakom lagstiftningen inte låg något önskemål att begränsa arbetsgivares och arbetstagares rätt att med eljest tillåtna medel hävda sina ståndpunkter i intressefrågor eller med andra ord rörande det materiella innehållet i blivande avtal.

Och beträffande betydelsen av syftet med differentieringen:

> Gynnar arbetsgivaren medlemmarna i den avtalsslutande organisationen — och till äventyrs oorganiserad arbetstagare — i syfte att öva sådan påtryckning mot den andra organisationens medlemmar, som (anges i lagtexten) kan hans handlande likväl vara att bedöma såsom föreningskränkning enligt detta lagrum.

Ett par regeringsrättsfall och några JO-ärenden har berört föreningsfriheten utan att gälla det allmännas skyldighet som arbetsgivare.

I *RÅ 1942 not S 408 (Medborgarhuset 1)* hade Sofia kommunistiska förening anhållit om att få hyra stora hörsalen i medborgarhuset i Stockholm. Fastighetsnämnden avslog framställningen. Motiveringen var att stadens fastigheter inte borde hyras ut till kommunistiska sammanslutningar. Föreningen klagade. Överståthållarämbetet lämnade besvären utan bifall. Föreningen besvärade sig hos regeringsrätten. Regeringsrätten fann, "med hänsyn till att omförmälda hörsal — — — plägat upplåtas åt sammanslutningar av politisk natur — att fastighetsnämnden, som till stöd för sin vägran att uthyra salen till föreningen åberopat allenast att denna vore en kommunistisk sammanslutning, genom klandrade beslutet överskridit sin befogenhet".

I *RÅ 1944 not S 408 (Medborgarhuset 2)* var det organisationen "Svensk Opposition" som ville hyra lokal i medborgarhuset för ett möte. Också här avslogs framställningen. Denna gång åberopades emellertid som grund för avslaget, att mötet befarades ge anledning till ordningsstörningar: det hade tidigare uppstått bråk när lokalen

hade upplåtits till en förbundet närstående organisation. Avslagsbeslutet upprätthölls av överståthållarämbetet. Regeringsrätten var emellertid av annan mening:

> Enär vad till stöd för klandrade beslutet anförts icke kan anses vara av beskaffenhet att fastighetsnämnden på grund därav ägt vägra klaganden att hyra omförmälda lokal, vilken plägar upplåtas åt sammanslutningar av politisk natur, och förty fastighetsnämnden genom klandrade beslutet överskridit sin befogenhet
> — — —

I ärendet *JO 1964 s 331 (Spanska musiker)* uppkom frågan om uppehålls- och arbetstillstånd för utlänningar får vägras på den grund att utlänningen inte vill vara fackligt organiserad. JO (Bexelius) utgick från att en sådan policy kunde motiveras med en i och för sig legitim strävan att förhindra oro på den inhemska arbetsmarknaden. Och han fortsatte:

> Det övervägande flertalet svenska arbetstagare torde helt visst omfatta den meningen att det för tillgodoseende av de gemensamma intressena på arbetsmarknaden är av största vikt att alla arbetstagare äro anslutna till vederbörande fackliga organisation. Att utlänning som arbetar här i riket är ansluten till sådan organisation är därför otvivelaktigt ägnat att förekomma oro på arbetsmarknaden.
>
> När det gäller att bedöma om arbetstillståndsgivningen enligt svensk lag må utnyttjas såsom ett medel att framtvinga utländsk arbetssökandes anslutning till facklig sammanslutning i syfte att förekomma oro på arbetsmarknaden är särskilt följande att beakta. I lagen om förenings- och förhandlingsrätt har arbetstagare tillerkänts rätt att tillhöra fackförening. Någon mot denna rätt svarande skyldighet att tillhöra sådan förening föreligger däremot icke.
>
> — — —
>
> Förarbetena till utlänningslagstiftningen ge icke något som helst stöd för antagande att det varit statsmakternas avsikt att underlåtenhet eller vägran att ansluta sig till facklig sammanslutning skulle vara ett förhållande av beskaffenhet att kunna inverka på arbetstillståndsprövningen.

Med hänsyn till att denna fråga bedömdes vara "av största principiella betydelse", överlämnade JO handlingarna till den vid denna tid arbetande utlänningsutredningen. Frågan synes dock inte ha behandlats av vare sig denna utredning eller av utlänningslagkommittén.[11]

[11] Se SOU 1967:18 och 1979:64.

I ärendet *JO 1967 s 397 (Medlemskap i elevorganisation)* klagade Gävle Elevråds Samorganisation (Geso) över bl.a. att studierektorn i en skola hade utsatt elevrådet för påverkan att utträda ur Geso. Från skolstyrelsens sida medgavs, att studierektorn hade föreslagit elevrådet att "överväga sitt kvarstående i Geso". Skälet för detta var enligt skolstyrelsen, att Geso hade utnyttjat elevrådet på ett sätt, som äventyrade det dittills mycket goda förhållandet mellan elever, lärare och skolans ledning.

JO (Bexelius) utgick vid sin bedömning från att en av grundskolans uppgifter enligt gällande skolstadga var att fostra eleverna till självtillit och självständigt omdöme, och han fortsatte:

> Den självverksamhet, som i enlighet härmed bedrivs inom bl.a. skolornas elevråd, bör följaktligen uppmuntras och stödjas av skolans ledning. Denna nyttiga verksamhet skulle helt visst motverkas och rent av kunna förlamas, om man från skolans sida ingrep i elevernas föreningsangelägenheter och genom uttalanden och propåer lämnade anvisningar om hur olika frågor borde behandlas och avgöras. — — —
>
> Det måste följaktligen anses vara en tjänsteplikt för rektor och lärare att avhålla sig från att i elevorganisationers verksamhet ingripa på sätt som innebär eller som med fog kan av eleverna uppfattas som påtryckning att de — vid äventyr av ogillande och vad därmed ur elevers synpunkter befaras kunna följa — skall avgöra föreningsfrågor på visst anvisat sätt.

Ärendet *JO 1972 s 257 (S:t Lars sjukhus)* handlade om föreningsverksamhet på ett sjukhus för psykiskt sjuka. Riksorganisationen för mental hälsa (RMH) hade en lokalavdelning i Malmö-Lund. Avdelningen hade medlemmar bland patienterna på S:t Lars sjukhus. Sjukhusdirektionen hade gett avdelningen tillstånd att disponera en festsal på sjukhuset för sina möten. Sedermera återkallade emellertid direktionen detta tillstånd, med hänsyn till att avdelningen hade uttalat sitt stöd för vissa sabotagehandlingar (skadegörelse på det elektriska systemet och brand) på den rättspsykiatriska kliniken. Återkallelsebeslutet var först interimistiskt i avvaktan på RMH:s centralstyrelses reaktion på en vädjan från sjukhusdirektionen om att centralstyrelsen måtte ingripa mot sin lokalavdelning.

RMH:s riksstyrelse begärde utredning av socialstyrelsen. Detta ledde till att en grupp från socialstyrelsen inspekterade förhållandena. Gruppen uttalade sedan bl.a.:

> En verksamhet, där i en patientgrupp känslor aktiveras utan att sedan bearbetas med erforderlig psykoterapeutisk sakkunskap, strider mot vetenskap och beprövad erfarenhet, och bör icke få förekomma på en sjukvårdsinrättning. Enligt vad som framkommit vid inspektionen har lokalavdelningen av (RMH) på S:t Lars sjukhus bedrivit verksamhet av denna karaktär.

Sjukhusdirektionen beslöt nu, att lokalavdelningen inte heller i fortsättningen skulle få använda lokaler inom sjukhuset.

JO (ställföreträdande JO Wennergren) fann inte skäl att anmärka på sjukhusdirektionens beslut; direktionen fick enligt honom anses "ha haft fog för sin uppfattning att lokalavdelningens utnyttjande av sjukhusets lokaler icke kunde anses förenligt med en adekvat vård och behandling av patienterna".

På sjukhuset fanns också en patientförening, Måndagsklubben, som var ansluten till RMH. Måndagsklubben hade också fått direktionens tillstånd att använda lokaler på sjukhuset. Samtidigt som lokalavdelningens tillstånd återkallades, föreskrev sjukhusdirektionen vissa villkor för Måndagsklubbens fortsatta verksamhet. De kunde tolkas så, att Måndagsklubben måste rätta sig efter anvisningar av de för vården ansvariga på sjukhuset i fråga om föreningens verksamhet och ändamål. JO fann dessa villkor tillåtna, under förutsättning att de tolkades så att det "enligt gällande bestämmelser ankommer på sjukhusledningen att föreskriva villkor för nyttjanderätten till sjukhusets lokaler och att hänsyn därvid alltid måste tagas till att lokalernas utnyttjande skall vara adekvat för patienternas vård och behandling".

JO synes ha utgått från att föreningsfriheten i princip gäller för patienter på ett sjukhus men avstod från att ta närmare ställning till innebörden av detta:

> Hur långt en sjukhusledning kan gå i inskränkningar av föreningsfriheten utan att överskrida det behörigas gräns är uppenbarligen beroende på hur förhållandena gestaltar sig och utgör en fråga som får bedömas från fall till fall. — — —
>
> I ärendet har från skilda håll gjorts uttalanden rörande patientdemokrati och om patientföreningarnas ställning inom sjukhusen. Man står här inför mycket vittsyftande frågeställningar och det är inte JO:s sak att yttra sig om hur dessa frågor som ytterst bör avgöras på politiskt plan, skall lösas i framtiden.

JO 1970 s 446 (Damfrisörseleven) gällde intagning av elever till en kommunal damfrisörskola. En flicka, som sökte in på skolan, åberopade praktik på en frisörsalong. Yrkesrådet bordlade hennes ansökan

med hänsyn till att föreståndaren för salongen, H, inte var ansluten till Svenska Frisörföreningen. H gjorde JO-anmälan. Skolöverstyrelsen yttrade sig i JO-ärendet och underströk, att det enligt dess mening var uppenbart i strid med skolstadgans bestämmelser, om en elevs intagning i yrkesskola fick påverkas av några som helst fackliga organisationshänsyn. JO (Lundvik) fann, att hänsyn inte borde ha tagits till H:s bristande organisationstillhörighet. Ehuru åtgärden att uppskjuta flickans intagning enligt hans mening var "opåkallad och faktiskt torde ha verkat som påtryckning mot henne att byta arbetsgivare", fann han dock av speciella skäl — oklarhet om vad som gällde — att vad som hade förekommit inte utgjorde tjänstefel. Ärendet återges i ämbetsberättelsen under rubriken "Elevs intagning i kommunal damfrisörsskola får ej göras beroende av facklig organisationstillhörighet".

5.3.3. Diskussion

Förhållandet mellan grundlagens föreningsfrihet och arbetsrättens föreningsrätt

"Den organiserade kyrkvaktaren", "SACO-medlemmar i Västerås" och "Lönediskriminering av SACO och SR" gällde alla det allmänna i egenskap av arbetsgivare. Det kan, såsom också skett, ifrågasättas, om det är riktigt och lämpligt att se den konstitutionella föreningsfriheten som tillämplig på det offentliga som arbetsgivare. Såsom framgår av det föregående, har föreningsfriheten sedan lång tid tillbaka ansetts som en fundamental medborgerlig rättighet i vårt land. Den omnämndes emellertid inte alls i "SACO-medlemmar i Västerås", och ingenting tyder på att de båda andra fallen bedömdes annat än enligt arbetsrätten. Det bör vidare märkas, att särbehandlingen av SACO-medlemmar i "SACO-medlemmar i Västerås" befanns legitim med motiveringen, att åtgärden hade till yttersta syfte att "säkra förvaltningsverksamhetens behöriga gång". Om regeringsrätten hade sett fallet så, att det berörde en medborgerlig rättighet, hade denna motivering knappast ansetts räcka.

Bakgrunden till den arbetsrättsliga föreningsrätten har nära samband med den speciella ordningen för konfliktlösningar i arbetsrätten och är därmed en helt annan än bakgrunden till regeringsformens proklamation av föreningsfrihet. Detta framgår tydligt av arbetsdomstolens motivering i "Lönediskriminering av SACO och SR". Särbehandling, som knyter an till medlemskap i en arbetstagarorganisation,

torde därför få bedömas med ledning av arbetsrätten, när särbehandlingen framstår som en stridsåtgärd i spelet mellan parterna på arbetsmarknaden. Man kan därvid se saken så, att endast den arbetsrättsliga föreningsrätten berörs. Eller man kan se arbetsrättens reglering av tillåtna stridsåtgärder som rättsligt stöd för vissa avvikelser från den konstitutionella principen, att förvaltningen inte får särbehandla någon på grund av organisationstillhörighet. Resultatet blir detsamma, oavsett vilketdera av de båda synsätten man anlägger.

Uthyrning av lokal till politiska föreningar

De båda fallen "Medborgarhuset 1" och "Medborgarhuset 2" visar att, om ett offentligt organ brukar hyra ut en lokal för politiska möten, får någon åtskillnad inte göras mellan olika föreningar med hänsyn till den åskådning de står för. Det bör märkas, att i det andra fallet fastighetsnämndens hänvisning till anteciperade ordningsstörningar inte hjälpte. För egen del förstår jag inte riktigt, att det kan ha någon rättslig betydelse om det offentliga organet brukar eller inte brukar hyra ut lokalen för politiska möten. Oavsett detta gäller väl förbudet att utan rättsligt stöd särbehandla någon på grund av hans åskådning. Om lokalen inte brukar hyras ut för politiska möten, kan det förstås vara svårt för en förening som fått avslag att visa, att det beror på den åskådning den företräder. Men att sådana bevissvårigheter inte behöver föreligga visar det första fallet, ty där var det obestritt att avslagsbeslutet berodde på att föreningen var kommunistisk.

Påtryckningar att tillhöra en organisation

Såväl "Spanska musiker" som "Damfrisörseleven" gällde rätten att inte tillhöra en organisation. Som framgått av 5.5.1, innefattar den negativa föreningsfriheten, såsom den definieras i 2 kap. 2 § regeringsformen, skydd mot tvång att tillhöra politisk sammanslutning, trossamfund eller annan sammanslutning för åskådning i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat sådant hänseende. I "Spanska musiker" och i "Damfrisöreleven" var det inte fråga om tvång i strikt mening. Inte heller torde arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer i allmänhet kunna betecknas som "sammanslutning för åskådning".

Även bortsett från att föreningsfriheten ännu inte var grundlagsfäst vid den tid, som dessa ärenden angick, kan man därför knappast säga, att föreningsfriheten var klart berörd.

Likväl fann JO i "Spanska musiker", att frågan om arbetstillstånd fick göras beroende på medlemskap i en facklig organisation var ett

spörsmål "av största principiella betydelse", som måste lösas av lagstiftaren. Och i "Damfrisöreleven" fann JO det felaktigt, att en elevs intagning i kommunal skola gjordes beroende av facklig organisationstillhörighet. Dessa bedömningar torde, vad nu gällande rätt angår, också kunna sägas påkallade av grunderna för den negativa föreningsfriheten. Om den enskilde är skyddad mot tvång att tillhöra en sammanslutning, måste det rimligen krävas särskilt rättsligt stöd för att förvaltningen skall kunna använda en maktbefogenhet som påtryckning för att förmå någon att ansluta sig till en organisation. Vad rekvisitet "för åskådning" beträffar, framgår det av förarbetena till regeringsformen, att motivet för att den negativa föreningsfriheten begränsats till sammanslutningar för åskådning var, att man ville ge utrymme för särskilda stadganden om tvång för vissa kategorier medborgare att tillhöra t.ex. studentkår eller Stockholms fondbörs eller vattenregleringsföretag.[12] Det var alltså med tanke på *lagstiftarens* handlingsfrihet, inte de tillämpande myndigheternas, som begränsningen till sammanslutning "för åskådning" gjordes. Det är ju inte bara sådana sammanslutningar som ägnar sig åt verksamhet av politisk karaktär. Grunderna för den negativa föreningsfriheten talar starkt för att frågan, om någon tillhör eller inte tillhör en viss förening, i princip är ovidkommande i rättskipning och förvaltning, och detta oavsett om den kan betecknas som en sammanslutning "för åskådning" eller inte. Det kan tilläggas, att den i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna stadgade föreningsfriheten anses innefatta frihet att inte ansluta sig till fackföreningar.[13]

Föreningsfriheten i skolor och på sjukhus

De rättsfrågor, som berördes i "Medlemskap i elevorganisation" och "S:t Lars sjukhus" har nära samband med den i 5.2.3 diskuterade frågan om spridningsrättens tillämpning på militärförläggningar och i skolor. Om de regler, som gäller om försvar och skola, implicerar sådana inskränkningar i spridningsrätten, som är ofrånkomliga för att de skall kunna fylla sina fundamentala samhällsfunktioner, måste motsvarande antas gälla i fråga om inskränkningar i föreningsfriheten. De speciella problem, som den strikta regleringen i tryckfrihetsförordningen ger upphov till i fråga om inskränkningar i spridningsrätten, har inte sin motsvarighet när det gäller föreningsfriheten.

12 SOU 1975:75 s 315 f.

13 Jfr Danelius Hans, Mänskliga rättigheter, Stockholm 1975 s 124.

I "S:t Lars sjukhus" synes JO ha utgått från att föreningsfriheten gäller på de offentliga sjukhusen. Däremot berörde JO i "Medlemskap i elevorganisation" inte frågan om skolelever åtnjuter föreningsfrihet såsom en medborgerlig rättighet; han utgick i stället från gällande skolförfattningar. Men den bedömning han gjorde blev densamma som man skulle vänta sig, i fall han hade utgått från föreningsfriheten: att skolan måste hålla sig strikt neutral till elevernas val med avseende på medlemskap i en förening.

"S:t Lars sjukhus" illustrerar vad det på sjukvårdens område kan innebära, att de medborgerliga rättigheterna anses inskränkta genom principen, att samhällets institutioner måste kunna fylla sina fundamentala funktioner. Som redan framhållits i 5.2.3 kan denna princip innebära ett rätt tunt innehåll för medborgerliga rättigheter på samhällsinstitutioner.

5.6. Religionsfriheten

5.6.1. Inledning

Religionsfriheten definieras i 2 kap. 1 § regeringsformen som frihet att ensam eller tillsammans med andra utöva sin religion. Denna definition, som avser den "positiva" religionsfriheten, är dock inte uttömmande. I 2 kap. 2 § regeringsformen tillförsäkras varje medborgare gentemot det allmänna skydd mot tvång att ge till känna sin åskådning i religiöst hänseende och mot tvång att tillhöra ett trossamfund. 2 kap. 2 § avser den "negativa" religionsfriheten.

Det är inte alltid lätt att dra gränsen mellan religiös och politisk förkunnelse. Religioner har ofta spelat en politisk roll i historien, och även i dagens Sverige förekommer ofta uttryck för åtminstone en vilja bland vissa troende att låta religiös åskådning påverka praktisk politik. En gränsdragning mellan politisk och religiös förkunnelse är emellertid inte påkallad vid tillämpningen av de medborgerliga rättigheterna. Religiös förkunnelse hänförs till yttrande- och informationsfriheterna. Demonstration i religiöst syfte skyddas av demonstrationsfriheten. Den som vill anordna och delta i offentliga gudstjänster kan åberopa mötesfriheten. Och för dem som vill sammansluta sig i trossamfund gäller föreningsfriheten. Till den del religiös verksamhet täcks av andra medborgerliga rättigheter gäller samma regler om begränsningar som för dessa.[1]

[1] SOU 1975:75 s 132, jfr prop. 1975/76:209 s 114 f.

Den religionsfrihet, som inte täcks av andra friheter, kan överhuvudtaget inte begränsas.[2] Men vad är kvar, sedan övriga medborgerliga fri- och rättigheter skalats av? Knappast någonting annat än friheten till enskild religionsutövning och den negativa rätten att inte kunna tvingas att röja sin åskådning eller att tillhöra ett trossamfund.

Friheten till enskild religionsutövning har i och för sig knappast någon rättslig betydelse. Den innebär endast ett förbud mot bestämmelser som klart riktar sig mot någon viss religionsutövning. Om den enskilda religionsutövningen tar sig uttryck i eljest straffbara handlingar, innebär religionsfriheten inte någon straffrättslig immunitet. De regler som finns för mänskligt handlande eller mänsklig underlåtenhet gäller också för religiöst handlande och religiös underlåtenhet.[3] S.k. omskärning av småflickor, som påbjuds av vissa religioner, torde i Sverige vara straffbart som grov misshandel. Religionsutövning på allmän plats, som är ägnad att väcka förargelse hos allmänheten, torde kunna straffas som förargelseväckande beteende.[4] Föranleder sådan religionsutövning ordningsstörningar, torde polisen kunna ingripa med stöd av generalklausulen i polisinstruktionen.

I några enstaka fall föreskriver svensk rätt, att någons åskådning i religiöst hänseende är relevant. Konungen skall vara "av den rena evangeliska läran, sådan som den uti den oförändrade Augsburgska bekännelsen samt Uppsala mötes beslut av år 1593 antagen och förklarad är".[5] Till prästerlig befattning inom svenska kyrkan får ej annan utnämnas än den som bekänner kyrkans lära. Medför annan befattning skyldighet att undervisa i kristendom eller teologisk vetenskap, skall tagas den hänsyn till de sökandes trosåskådning som därav kan påkallas. Befattningshavare, som ej tillhör svenska kyrkan, får icke deltaga i avgörandet av mål eller ärende, som angår kyrkans religionsvård eller religionsundervisning, utövning av prästämbetet, befordring eller ämbetsansvar inom kyrkan. När sådant ärende avgöres av regeringen, skall dock hinder som nu sagts icke gälla för annan än föredraganden.[6] Ombud vid kyrkomöte måste tillhöra svenska

[2] 2 kap. 12 § regeringsformen.
[3] SOU 1975:75 s 132, jfr prop. 1975/76:209 s 115.
[4] I 1 § religionsfrihetslagen 1951:680 stadgas, att envar har rätt att fritt utöva sin religion, "såvitt han icke därigenom stör samhällets lugn eller åstadkommer allmän förargelse".
[5] 2 § 1809 års regeringsform; stadgandet gäller alltjämt enligt punkt 9 sjätte stycket övergångsbestämmelserna till nu gällande regeringsform.
[6] Punkt 9 andra stycket övergångsbestämmelserna till regeringsformen.

kyrkan.[7] En präst som övergivit svenska kyrkans lära kan skiljas från prästämbetet.[8]

5.6.2. Sakligheteskravet i praxis

Enskilda uppfattar ofta religionsfriheten som en rätt till särskild hänsyn till sitt personliga samvete. Sådana anspråk tycks emellertid genomgående ha tillbakavisats av JO och domstolarna. I ärendet *JO 1961 s 233 (Vägran viga frånskilda)* väckte JO (Bexelius) åtal mot en präst för att han vägrade viga frånskilda. Åtalet bifölls. Prästens invändning, att han skulle handla mot kyrkans lära och bekännelse, ifall han vigde frånskilda, ansågs inte kunna vinna beaktande (jfr JO 1952 s 51, JO 1953 s 12 och JO 1958 s 247). I fallet *JO 1964 s 236 (Kollektvägraren)* hade en kyrkoherde vägrat att pålysa kollekt till förmån för Svenska kyrkans diakanistyrelse. JO (Bexelius) utredde på eget initiativ saken. Kyrkoherden åberopade samvetsbetänkligheter, som bottnade i hans tro, att kvinnor inte kan vara präster. JO åtalade, och kyrkoherden dömdes för tjänstefel. I domen uttalades bl.a., att samvetsskäl hos gärningsmannen inte grundar frihet från ansvar för en eljest straffbar gärning. Ett tredje ärende gällde en lärare, som inte ville vakta elever i kyrkan, *JO 1969 s 389 (Lärarvakt i kyrkan).* Vid den aktuella tiden utgjorde morgonsamlingar o.dyl. med religiösa inslag ännu en av statsmakterna och i skolförfattningar godtagen form för skolans verksamhet. I samband med biskopsvisitation anordnade en rektor skolgudstjänst i kyrkan. De lärare, som hade klasserna första lektionen, ålades att närvara för kontroll. En av lärarna ifrågasatte i skrift till JO, om detta åliggande var förenligt med religionsfriheten. JO (Bexelius) fann, att åliggandet inte stod i strid mot religionsfriheten. "Genom anställningsavtalet har den anställde läraren åtagit sig att fullgöra åligganden enligt gällande skolförfattningar och till dessa åligganden hör också övervakning vid skolgudstjänster". Detta uteslöt dock ej enligt JO, "att hänsyn kan och bör tagas till lärare som det av allvarligt grundade samvetsskäl bjuder emot att fullgöra sådan vakt".

I ett par äldre RÅ-fall har regeringsrätten gått mycket långt i att hävda principen, att det allmänna skall vara blind för den enskilde medborgarens åskådning i religiöst hänseende. Dessa fall gällde

[7] 3 § första stycket kyrkomötesförordningen 1949:174.
[8] 13 § 4 mom. lagen 1936:567 om domkapitel. Stadgandet aktualiserades i fallet RÅ 1975 ref. 122.

rekvisitet "känd för gudsfruktan och nit", som vid aktuell tid gällde för ledamot av kyrkoråd. (Något motsvarande rekvisit finns inte nu.) 23 § femte stycket Kungl. förordningen (1862:15) om kyrkostämma och skolråd hade genom lag 1919:297 fått följande lydelse.

> Till ledamöter i kyrkorådet äger församlingen att å kyrkostämma utse, till det antal den finner lämpligt, för gudsfruktan och nit kända män eller kvinnor.

I fallet *RÅ 1929 ref. 6 (Okonfirmerad kyrkorådsledamot)* hade A valts till ledamot av Rytterne församlings kyrko- och skolråd. En person anförde besvär och åberopade, att A inte var konfirmerad och inte hade låtit döpa sina barn. Domkapitlet fann styrkt, att A inte uppfyllde de för valbarhet stadgade villkoren och undanröjde valet. Regeringsrätten däremot fann, att vad som anmärkts mot A inte enligt lag medförde obehörighet för A att vara ledamot i församlingens kyrko- och skolråd.

Fallet *RÅ 1929 ref. 75 (Kommunister i kyrkorådet)* gällde val av två personer, Å och E, till ledamot respektive suppleant i kyrkorådet i Bromma församling. En person anförde besvär och menade, att de båda var notoriskt indifferenta i religiöst och kyrkligt avseende. Klaganden saknade visserligen kännedom om Å och E personligen men framhöll, att de båda fått uppdragen i egenskap av medlemmar av Sveriges kommunistiska parti, som öppet hade deklarerat sig såsom rent ateistiskt och religionsfientligt; enligt klaganden hade de båda sökt sig till kyrkorådet endast i det negativa syftet att inifrån verka för kyrkans nedrivning och förstörelse.

Å och E vitsordade, att klaganden hade rätt när han betecknade "oss kommunister" som fiender till religionen. Kommunismen erkände sig, anförde Å och E, med stolthet vara antireligiös.

Konsistoriet undanröjde valet. En kyrkoherde var skiljaktig och anförde bl.a.:

> Av en persons anslutning till ett politiskt parti följer enligt min mening ingalunda, att han delar partiets uppfattning i alla dess programpunkter. Tillhör sålunda en person det kommunistiska partiet, kan man icke enbart därav draga någon bestämd slutsats angående hans förutsättningar för att kunna fullgöra de uppgifter, som — — — åligga en kyrkorådsledamot.

Regeringsrätten fann, att "vad mot (Å och E) anmärkts icke enligt lag medför obehörighet för dem att innehava ifrågavarande uppdrag". En ledamot var skiljaktig med avseende på motiveringen och uttalade:

> Ehuru (Å och E) i målet haft uttalanden, genom vilka måste anses ådagalagt, att de med hänsyn till de kyrkorådet tillkommande uppgifter icke äro lämpliga för nu ifrågavarande uppdrag, likväl och då vad emot (Å och E) anmärkts icke enligt lag medför obehörighet för dem att innehava samma uppdrag — — — (kan klagandens talan ej bifallas).

Det bör i sammanhanget upplysas, att förordningen också hade en så lydande paragraf (26 §, ordalydelse enligt lag 1918:337).

> Ledamot i kyrkoråd eller skolråd kan ej vara:
> a) den, som är oberättigad att deltaga i kyrkostämmas överläggningar och beslut;
> b) den, som icke uppnått 25 års ålder;
> c) den, som icke råder över sig och sitt gods;
> d) den, som är förklarad ovärdig att i rikets tjänst vidare nyttjas eller eljest på grund av honom ådömd straffpåföljd icke må utöva allmän befattning eller genom utslag, vilket ännu icke vunnit laga kraft, är dömd till straffpåföljd, varom sist förmäles, eller den, som är ställd under framtiden för brott, vilket kan medföra sådan påföljd;
> e) den, som är förklarad ovärdig att inför rätta föra andras talan;
> f) den, som tillhör kyrkoförsamlingens redovisningsskyldiga och avlönade betjänte.
> Gift kvinna, som är röstberättigad, vare ej på den grund, att hon står under mannens målsmanskap obehörig att utöva uppdrag, varom nu är fråga.

Även där fråga har varit om frivillig offentlig verksamhet har regeringsrätten tillämpat principen om skyldighet för det allmänna att vara neutral i förhållande till skilda religiösa åskådningar. I fallet *RÅ 1958 not E 76 (Jehovas vittnen i skolan 1)* hade en församling av Jehovas vittnen vägrats tillstånd att använda en skola för religiösa sammankomster. Folkskolestyrelsen motiverade avslaget bl.a. med att det var fråga om en organisation, som uppmanade sina anhängare att bryta mot svensk lag och ordning. Regeringsrättens majoritet (3 mot 2) upphävde beslutet med motiveringen, att folkskolestyrelsen utan giltigt skäl hade behandlat organisationen annorlunda än andra på orten verksamma religiösa organisationer. Ett annat fall, *RÅ 1958 not E 77 (Jehovas vittnen i skolan 2)* gällde ett liknande beslut. Utgången blev dock den motsatta, något som synes ha berott på att det inte styrkts, att skolan överhuvudtaget hade upplåtits till någon religiös organisation. En annan skillnad mellan de båda fallen är, att ingenting här tydde på att avslaget berodde på att folkskolestyrelsen

ogillade sökanden. Ett tredje fall gällde särbehandling av dödsboet efter en person, som hade valt att stå utanför svenska kyrkan. I detta fall, *RÅ 1966 ref. 60 (Död avfälling),* var det fråga om kyrkofullmäktige kunde göra tillämpningen av ett beslut om anslående av medel för eldbegängelse utom församlingen beroende av om den avlidne var medlem av svenska kyrkan. Regeringsrättens svar blev nekande. Medlemskap i svenska kyrkan var en i sammanhanget ovidkommande omständighet. — Det bör särskilt märkas, att bestridandet av de kostnader det gällde inte var en skyldighet för församlingen. Åtagandet att bestrida eldbegängelsekostnader var fullt frivilligt.

Däremot har högsta domstolen i ett vårdnadsmål, *NJA 1951 s 612 (Jehovas vittnen som vårdnadshavare),* grundat sitt avgörande just på den ena partens religiösa tro. Det gällde vilkendera av två makar som skulle få vårdnaden om en 5-årig dotter under hemskillnad. Modern tillhörde sekten Jehovas vittnen. Såväl häradsrätten som hovrätten och högsta domstolen fann, att detta var en omständighet att beakta i målet. Det ansågs, att vårdnaden av hänsyn till barnets bästa borde uppdras åt fadern. Enligt högsta domstolen kunde man inte bortse från moderns anslutning till sekten och hennes starkt betonade nitälskan för dess religionsutövning. Vidare uttalades i domen:

> Avgörande blir härvid icke denna rörelses ställning till kristna trosläror. Hur oklar och osammanhängande sektens förkunnelse än är, står dock fast, att dess anhängare i ett viktigt avseende omfatta och även i handling tillämpa en åskådning som kommer i strid med gällande lag. Genom ett egenartat, ofta stötande framställningssätt har denna trosriktning visat sig ägnad att väcka undran och ovilja i kretsar vilka med den komma i beröring. Uppenbart är, att det omedelbara inflytandet från en fostrare som av sin övertygelse drives att taga verksam del i sådan gemenskap och propaganda kan innebära allvarlig fara för ett barns karaktärsutveckling och sinneslugn, liksom ock att en oundviklig motsättning till omgivningen kan lända barnet till skada och lidande. Ej heller kan lämnas obeaktat att — såsom omständigheterna i målet nogsamt bestyrka — (dotterns) upptagande i sekten komme att leda till söndring i förhållandet till hennes fader och fädernefränder.

Rättsfallet kan sammanställas med ett senare JO-ärende, *JO 1978/79 s 152 (Religiösa spädbarnsföräldrar).* En dag i februari 1977 uppsökte tre poliser och tre socialassistenter en ammande mor i hennes hem i Stockholm och omhändertog för utredning hennes tre barn, en 17-årig flicka, en 15-årig pojke och en 18 dagar gammal baby. Ingri-

pandet skedde utan förvarning. Orsaken var, att den 17-åriga flickan hade rymt hemifrån och för socialjouren uppgivit, att hon på den senaste tiden på olika sätt hade utsatts för ett oacceptabelt tvång till följd av att föräldrarna hade börjat ägna sig åt extrem religionsutövning. Flickan hade dock inte sagt något om att babyn skulle fara illa. JO (Ekberg) fann, att socialförvaltningen hade vidtagit "en överdriven och inte helt lämplig åtgärd", när den omhändertog babyn. (Omhändertagandet av de större barnen kritiserades inte i och för sig; det skedde i enlighet med deras önskan.) JO yttrade i övrigt bl.a.:

> Ingenting framkom som talade för att barnen utsatts för fysisk eller psykisk misshandel. Inte heller framkom några särskilda anmärkningar mot föräldrarna eller deras sätt att vårda barnen. Varken hos föräldrarna eller hos deras meditationslärare observerades några yttre tecken på religiös fanatism. Orsaken till konflikten i familjen föreföll att vara de båda äldre barnens omställningssvårigheter till följd av föräldrarnas nya livsstil. Barnen hade ställts inför nya krav som de hade svårt att leva upp till och som kontrasterade starkt mot deras tidigare livssituation. Detta hade blivit psykiskt pressande för dem och framkallat ångest.
>
> Religiös särart hos föräldrarna kan bara i mycket extrema undantagsfall utgöra skäl för omhändertagande för samhällsvård. Bara om den religiösa fanatismen tar sig sådana uttryck att barnet därigenom utsätts för fysisk eller psykisk fara bör ingripande kunna ske. Något annat skulle vara oförenligt med den svenska författningens grundläggande skydd för religionsfrihet och yttrandefrihet.

5.6.3. Diskussion

Hänsyn till samvetsbetänkligheter

"Vägran viga frånskilda", "Kollektvägraren" och "Lärarvakt i kyrkan" har det gemensamt, att JO, och i två av fallen domstol, underkände argumenteringen, att religionsfriheten implicerar rätt till särbehandling på grund av åskådning. Å andra sidan fann JO ändå i "Lärarvakt i kyrkan", att hänsyn borde tas till en lärare, som det av allvarligt grundade samvetsskäl bjuder emot att fullgöra vakt i kyrkan. Detta går inte ihop med principen, att hänsyn inte får tas till någons åskådning i religiöst hänseende, såvida det inte finns rättsligt stöd för sådana hänsyn. Om JO:s bedömning på denna punkt var riktig, behöver principen modifieras. Det förefaller rimligt anta, att JO:s rekommendation att visa respekt för någons samvetsskäl motiverades av grunderna för religionsfriheten. Den modifikation, som skulle behövas, är då, att åskådningen bör beaktas, där detta kan

motiveras med grunderna för religionsfriheten och hänsyn till åskådningen inte inkräktar på någon annans intresse eller på ett samhällsintresse.

Diskriminering av religiös åskådning

"Okonfirmerad kyrkorådsledamot", "Kommunister i kyrkorådet", "Jehovas vittnen i skolan I" och "Död avfälling" är alla fall, där regeringsrätten funnit det felaktigt att missgynna någon på grund av åskådning i religiöst hänseende. Inte i något fall synes regeringsrätten ha godtagit sådan särbehandling. Särskilt om man sammanställer "Jehovas vittnen i skolan 1" med "Jehovas vittnen i skolan 2" är diskrimineringsaspekten påfallande; det otillåtna låg inte i att vara ogin med skolans lokaler utan i att göra åtskillnad mellan olika religioner.

Särskilt intressant är det, att regeringsrätten så tidigt som 1929 — långt innan den negativa trosfriheten lagfästes genom 1951 års religionsfrihetslag — fann, att rekvisitet "känd för gudsfruktan" inte utgjorde lagligt stöd för att diskriminera ens den, som öppet förklarat sig vara religionsfientlig. Utgången i "Okonfirmerad kyrkorådsledamot" och i "Kommunister i kyrkorådet" kan knappast förklaras med att det också fanns ett stadgande, som angav särskilda grunder för diskvalificering som ledamot, ty dessa grunder kunde omöjligt ses som en konkretisering av rekvisitet "känd för gudsfruktan". Inte heller kan det antas, att regeringsrätten fann detta rekvisit obsolet; det gällde ju enligt en blott 10 år gammal lag. Beträffande "Okonfirmerad kyrkorådsledamot" kan regeringsrätten visserligen ha menat, att den som är okonfirmerad och inte låter döpa sina barn fördenskull inte behöver sakna "gudsfruktan". Men utgången i "Kommunister i kyrkorådet" kan omöjligen förklaras så; där gällde det ju personer, som själva förklarade sig vara fientliga till religion. Kanske påverkade det här regeringsrättens bedömning, att det dock gällde personer som valts i demokratisk ordning. Båda dessa fall tyder emellertid på att regeringsrätten redan 1929 höll den negativa religionsfriheten i helgd och fann den i princip inrymma ett förbud för det allmänna att särbehandla någon på grund av en från svenska kyrkans tro avvikande åskådning.

Särskilt om vårdnadsmål o.dyl.

"Jehovas vittnen som vårdnadshavare" och "Religiösa spädbarnsföräldrar" aktualiserar en utomordentligt ömtålig rättsfråga. Ur religionsfrihetens synpunkt framstår särskilt högsta domstolens argumen-

tering i det första målet som särdeles betänklig. Dess udd är riktad mot en viss religion, precis som skolstyrelsens i "Jehovas vittnen i skolan 1". Det var själva inflytandet från religionen, som ansågs innebära allvarlig fara för barn. Och det var själva anslutningen till trossamfundet, som förväntades oundvikligen leda till motsättningar med omgivningen. Det är tydligt, att det första argumentet — att inflytandet från tron var skadligt för barn — kan tillämpas på varje religion som bedömaren finner skadlig. Av en troende kan det tillämpas på ateister, av en ateist på troende. Ateisten är ofta övertygad om att all religion är skadlig för barn; de religiösa å sin sida tycker naturligen synd om barn som förmenas en religiös uppfostran.

JO:s argumentering i det andra ärendet kan väl inte leda till lika stora inskränkningar i religionsfriheten som högsta domstolens i vårdnadsmålet. JO underströk, att det endast är i extrema undantagsfall som föräldrars tro får vara skäl för ett barns omhändertagande för samhällsvård. Men vad menas med extrem religionsutövning och religiös fanatism? För den icke-troende och även för många troende kan all intensitet och hängivenhet i religionsutövning framstå som extrem och fanatisk. Och vad kan JO ha menat med att en förutsättning för ingripande är att den religiösa fanatismen har tagit sig "sådana uttryck" att barnet därigenom utsätts för psykisk fara. Räcker det med att föräldrarna indoktrinerar barnet i sin "extrema" tro?

Å andra sidan är det naturligtvis inte uteslutet, att föräldrars religiositet, och framför allt deras ansträngningar att indoktrinera sina barn religiöst, kan innebära att barnens själsliga hälsa utsätts för fara. (Från fara för den fysiska hälsan bortses här; problemet är i princip detsamma oavsett om man tänker på den fysiska eller psykiska hälsan.)

Man kan självfallet ifrågasätta, om den i 2 kap. regeringsformen medborgarna tillförsäkrade religionsfriheten omfattar en rätt att i religiöst hänseende indoktrinera sina barn. Men detta kan omöjligt lösa problemet, såvida man inte vill bortse från annat än rent teoretiska aspekter. Knappast något ingripande från det allmännas sida kan drabba den enskilde hårdare än detta att samhället tar ifrån honom hans barn. Och de flesta föräldrar torde ha ett oemotståndligt behov av att fostra sina barn att tro på vad de själva tror på, i synnerhet om deras tro är hängiven. Det kan därför lugnt påstås, att religionsfriheten är illusorisk i den mån föräldrarnas åskådning i religiöst hänseende kan vara grund för ett samhällsbeslut att ta ifrån dem vårdnaden om sina barn; och det är knappast en realistisk tanke att

medge små barn religionsfrihet gentemot sina föräldrar i den meningen att föräldrarna skulle vara förbjudna att söka fostra dem till sin tro eller till sin ateistiska livsåskådning.[9]

Varken ur religionsfrihetens eller ur barns synpunkt kan det vara tillfredsställande, att detta problem sopas under mattan, för att då och då aktualiseras och därvid behandlas på ett godtyckligt sätt, beroende på vad den som beslutar råkar tycka om den religion det är fråga om eller om religion i största allmänhet. JO-fallet är ett tänkvärt exempel på vad oklarhet om vad som gäller kan innebära.

Om högsta domstolens uttalande i vårdnadsmålet antas avspegla samhällets syn på sekten Jehovas vittnen, är det anmärkningsvärt, att inte några åtgärder har vidtagits för att rädda alla andra barn till medlemmar av denna sekt från den allvarliga fara de enligt förutsättningen är utsatta för. Det ter sig godtyckligt, om de räddas endast i den mån föräldrarna skiljs och tvistar om vårdnaden. Mot detta kan visserligen invändas, att det kan förutsättas ofta vara bättre för barn att uppfostras av bristfälliga föräldrar än att omhändertas för samhällsvård; i vårdnadsmålet var det ju bara fråga om vilkendera av de båda föräldrarna som skulle ha vårdnaden om barnet. Emellertid ansåg ju högsta domstolen, att sektens inflytande var ägnat att innebära allvarlig fara för barns själsliga hälsa, och i sådana fall är det barnavårdsnämndens skyldighet att ingripa, åtminstone med förebyggande åtgärder.[10]

Om man antar, att det i vårt land finns en eller flera religioner, vars inflytande på barn generellt kan antas äventyra barns hälsa eller utveckling, bör detta rimligen utredas, så att man kan fastställa, om antagandet är riktigt och besluta om de åtgärder detta måste föranleda. Då kan sedan domstolar och barnavårdsnämnder och — inte minst — föräldrar dra konsekvenserna av den fara för barn som

[9] Se Jacobsson Ulla, Ett barns rättigheter, Stockholm 1978, s 44—46. I realiteten kan det beträffande barn bara bli fråga om att överföra indoktrineringsrätten på någon annan än föräldrarna. I vart fall strider Ulla Jacobssons förslag mot art. 26:3 i FN:s allmänna förklaring 1948 om de mänskliga rättigheterna, mot art. 13:3 i FN-konventionen 1966 om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, mot art. 18:4 i FN-konventionen 1966 om medborgerliga och politiska rättigheter och mot art. 2 i tilläggsprotokollet 1952 till Europeiska konventionen 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Att föräldrarätten uppfattats som en mänsklig rättighet beror inte minst på dess funktion för ett pluralistiskt samhälle. Övertas indoktrineringsrätten av "samhället", får staten ett vapen, som staten inte anses böra ha i ett demokratiskt och pluralistiskt samhälle.

[10] Se 4 kap. barnavårdslagen 1960:97.

indoktrinering i religionen innebär. Mot detta invänds kanske, att det skulle innebära en oacceptabel och grundlagsstridig inskränkning av religionsfriheten. Men det finns inte någon logik i ett sådant argument, om man tror, att inflytande från t.ex. sekten Jehovas vittnen är skadligt för barn på det sätt högsta domstolen fann i vårdnadsmålet, och menar, att detta bör beaktas i tillämpningen av föräldrabalken och barnavårdslagen. Om diskriminering av ett trossamfund är förenligt med regeringsformen och godtagbart, när det sker i rättstillämpning, måste den också vara grundlagsenlig och godtagbar, när den tar sig uttryck i en norm.

Antar man i stället, att det inte finns någon religion i Sverige, som generellt innebär en sådan fara för barn, är det svårt att inse, att det någonsin kan vara anledning för en domstol eller en barnavårdsnämnd att grunda ett avgörande på den omständigheten att ett barns föräldrar eller en av dem tillhör en viss religion. Detta behöver ingalunda utesluta, att skadligt religiöst inflytande på ett barn leder till att barnet genom samhällets försorg befrias från sådant inflytande. Det kan på denna punkt erinras om vad som sagts i avsnitt 5.2.3 om skillnaden mellan ett ingripande *på grund av* och ett ingripande blott *som en följd av* innehållet i t.ex. ett flygblad. Om ett barn tar skada av religiöst inflytande och barnavårdsnämnden ingriper på grund av de uttryck skadan har tagit, kan detta inte anses strida mot saklighetskravet i 1 kap. 9 § regeringsformen; nämnden ingriper på grund av skadan och behöver inte ens känna till det faktiska sambandet med religiöst inflytande.

Ett sådant betraktelsesätt har JO (Bexelius) tillämpat i ärendet 1964 s 366, där en 16-årig flicka hade omhändertagits för samhällsvård på den grund att hon hade flyttat ihop med en kriminellt belastad man:

> Enbart den omständigheten att man kan befara att flickan på grund av sin förbindelse med en socialt missanpassad person kommer att påverkas i ogynnsam riktning — — — utgör — — — icke tillräcklig grund för tvångsingripande, så länge denna befarade påverkan icke avspeglat sig i form av någon som helst asocial handling av flickan.

Att resonemanget inte är av bara teoretiskt intresse förefaller uppenbart. Det visar såväl det ärende, som det nu återgivna yttrandet hänförde sig till, som "Jehovas vittnen som vårdnadshavare" och "Religiösa spädbarnsföräldrar". Är man inte beredd anta, att en viss religion generellt är farlig för barn — och då bör alla barn, som

utsätts för den, räddas — finns det inte någon anledning att grunda ett avgörande i vårdnadsmål eller i ärende om omhändertagande för samhällsvård på att ett barns föräldrar eller en av dem tillhör denna religion. Avgörandet bör då alltid grundas på andra, relevanta omständigheter. Det kan naturligtvis hända, att sådana förhållanden inte är tillräckligt utredda. Men att fördenskull tillgripa ett irrelevant kriterium är definitionsmässigt oförenligt med kravet på saklighet i rättskipning och förvaltning.

5.7. Översiktlig diskussion

Allmänt

Det är nu anledning att göra en samlad bedömning av den betydelse för saklighetskravet, som de behandlade rättigheterna kan antas ha, och att därvid återkomma till de frågor, som ställdes i avsnitt 5.1.

Till en början framgår det, att rättigheterna länge har ansetts ha betydelse för frågan om ovidkommande hänsyn. Det innehåll fundamentala grundsatser ger åt saklighetskravet är tydligen inte inskränkt till principen, att ingen får särbehandlas på grund av sin tro eller åskådning, utan måste uttryckas vidare än så: rättigheterna har betydelse för saklighetskravet som en presumtion, att domstolar och myndigheter inte får ta sådana hänsyn, som motverkar någon av dessa rättigheters funktioner. De genomgångna fallen illustrerar, att hänsyn, som motverkar en sådan rättighets funktion, kan vara, förutom hänsyn till någons tro eller åskådning,[1] hänsyn till innehållet i en skrift,[2] hänsyn till texter på banderoller, plakat m.m.,[3] hänsyn till någons inlägg i den offentliga debatten[4] och hänsyn till någons medlemskap i en förening.[5]

Uppenbarligen kan denna presumtion brytas. Under vilka förutsättningar? Som framgår av 5.1, gäller beträffande särbehandling på

[1] Den nysvenske läraren, Polis med kommunistvänner, Politiserad bibliotekarietjänst, Terroristaffären, Medborgarhuset 1, Medborgarhuset 2, Lärarvakt i kyrkan, Okonfirmerad kyrkorådsledamot, Kommunister i kyrkorådet, Jehovas vittnen i skolan 1, Död avfälling, Jehovas vittnen som vårdnadshavare, Religiösa spädbarnsföräldrar.

[2] Kontakt med sovjetidrotten, Misshagliga åsikter i annonsbladet, Sänkt sedebetyg, Köp ej tyska varor, Antesemitiska flygblad, Bort med Dagsposten, Affischer i skolan, Skoltidningen Rudis, Skoltidning om kriget i Vietnam.

[3] Sydafrika—Slaveri, Franco—Mördaren, Statlig bojkott mot Sydafrika, Tito—Mördare, Kosygin i Avesta, Ballonger på Gärdet.

[4] Tjänstemän i debatten, Munkavle på SÖ, Kritisk domare.

[5] Den organiserade kyrkvaktaren, Spanska musiker, Medlemskap i elevorganisation, Damfrisörseleven.

grund av tro eller åskådning, att den förutsätter "rättsligt stöd". Det ligger nära till hands att anta, att motsvarande krav gäller också för andra hänsyn, som omfattas av presumtionen. Ett skäl för detta är att hänsyn till innehållet i en skrift, hänsyn till texter på banderoller m.m., hänsyn till någons inlägg i den offentliga debatten och hänsyn till någons medlemskap i en förening oftast kan ses som en form av särbehandling på grund av åskådning. Men antagandet förefaller motiverat också därför att anledningen till förbudet att utan rättsligt stöd särbehandla någon på grund av hans åskådning rimligen måste antas vara, att sådan särbehandling motverkar åsiktsfrihetens funktion. Motsvarande krav på rättsligt stöd bör då antas gälla för andra åtgärder, som motverkar funktionerna hos någon av de rättigheter, som det nu är fråga om. I den fortsatta diskussionen utgår jag från att varje avvikelse från presumtionen kräver rättsligt stöd.

I åtskilliga av fallen har hithörande hänsyn ansetts tillåtna åtminstone i någon utsträckning. Det får alltså antas, att rättsligt stöd för avvikelse från presumtionen ansågs föreligga i dessa fall. Frågan om vad som är rättsligt stöd i detta sammanhang har, som nämndes i 5.1, både en formell och en materiell aspekt.

Formellt rättsligt stöd

Beträffande frågan om vad som i *formellt* hänseende är rättsligt stöd för hänsyn till någons åskådning m.m. har genomgången gett exempel på stadganden av olika rättsliga valörer: lag (t.ex. 7 kap. 7 § lagen om offentlig anställning), andra skrivna rättsregler (t.ex. personalkontrollkungörelsen och rikspolisstyrelsens beslut om kompetenskrav för poliser) och sedvanerätt (t.ex. principen att tjänst som statssekreterare får tillsättas med hänsyn till vederbörandes politiska åskådning).

Det synes inte finnas någon rättslig grund för att påstå, att ett undantag från huvudregeln måste ha stöd i lag. En annan sak är att man kan se det som mindre tillfredsställande, att t.ex. regeringen eller rikspolisstyrelsen på allmänt hållna delegationsstadganden kan grunda en befogenhet att de facto urholka t.ex. åsiktsfriheten genom rättsregler, som tillåter att medborgare missgynnas på grund av sin åskådning. Ännu större betänkligheter inger sedvanerätten som rättsligt stöd för åsiktsdiskriminering o.dyl.

Materiellt rättsligt stöd

Frågan om vad som i *materiellt* hänseende är rättsligt stöd för hänsyn till någons åskådning o.dyl. är, såsom framgått, mera komplicerad.

Följer det uttryckligen av en rättsregel, att den tillåter sådana hänsyn, uppkommer naturligtvis inte detta problem. Och om en rättsregel utan att uttryckligen ange det dock klart implicerar undantag från presumtionen, torde man också få anse, att det finns rättsligt stöd för dessa undantag. Man kan t.ex. tolka de rättsregler, som gäller för försvarets, undervisningsväsendets, kriminalvårdens och sjukvårdens institutioner så, att de implicerar sådana inskränkningar i medborgerliga rättigheter, som är ofrånkomliga för att dessa samhällsinstitutioner överhuvudtaget skall kunna fungera. Det bör dock i detta sammanhang tilläggas, att detta — med avseende på "Bort med Dagsposten" och "Affischer i skolan" — inte kan lösa det problem, som består i att MO:s respektive JO:s bedömning står i konflikt med 1 kap. 2 § andra stycket tryckfrihetsförordningen. Detta stadgande kräver ju stöd i tryckfrihetsförordningen själv för spridningshinder, som grundas på innehållet i tryckt skrift.

Det finns emellertid stadganden, som inte klart medger avvikelse från presumtionen, vare sig uttryckligen eller implicit, men som å andra sidan inte heller i och för sig utesluter, att hänsyn får tas t.ex. till någons åskådning. Ett sådant stadgande är det, som kriminaliserar, att någon offentligen beter sig "på sätt som är ägnat att väcka förargelse hos allmänheten". Ett annat sådant stadgande är det, som ger polisen kompetens att ingripa för upprätthållande av "allmän ordning". Vidare kan i detta sammanhang nämnas sådana stadganden, som utan att ange särskilda kriterier för prövningen ger någon myndighet kompetens att bedöma någons "skicklighet" för en tjänst eller att ge tillstånd till viss verksamhet.

Om kravet på rättsligt stöd för avvikelse från presumtionen skall ha någon mening — utöver det allmänna stadgandet i 1 kap. 1 § regeringsformen, att den offentliga makten utövas under lagarna — måste det antas vara kvalificerat på något sätt. Det måste då anses uteslutet, att ett stadgande av den typ, som nu avses, innefattar rättsligt stöd för hänsyn till någons tro eller åskådning, hänsyn till innehållet i en skrift, hänsyn till texten på plakat m.m., hänsyn till någons inlägg i den offentliga debatten eller hänsyn till någons medlemskap i en förening. Detta antagande står visserligen i konflikt med högsta domstolens avgöranden i "Köp ej tyska varor" och i "Antesemistiska flygblad", men dessa avgöranden torde inte anses förenliga med nu gällande rätt (jfr 5.2.3 och 5.4.3).

Antecipering

Den allra svåraste kärnfrågan, som har samband med frågan om materiella krav på rättsligt stöd, synes vara den som gäller *antecipering* av en i och för sig relevant omständighet på grund av en enligt presumtionen ovidkommande omständighet. En polisman, som det åligger att ingripa mot ordningsstörningar, finner, att texten på ett demonstrationsplakat sannolikt kommer att förorsaka bråk mellan plakatbäraren och folk, som blir förargade av texten. Överbefälhavaren, som det åligger att värna om försvarets funktionsduglighet, anser, att idéinnehållet i en tidning kan äventyra försvarets funktionsduglighet. En rektor, som har att upprätthålla ordning i skolan, förutser, att ordningsstörningar kommer att bli följden av texten på en affisch på anslagstavlan. En tjänsteförslagsnämnd, som skall bedöma en sökandes skicklighet, dvs. lämplighet för en tjänst, drar av ett inlägg, som han har gjort i den offentliga debatten, slutsatsen, att han skulle få samarbetssvårigheter med kolleger eller överordnade, om han fick tjänsten. En domstol eller en barnavårdsnämnd, som har att värna om barns bästa, drar på grund av sin kännedom om en religiös sekts trosinnehåll slutsatsen, att föräldrar, som tillhör denna sekt, äventyrar barnens utveckling.

Bedömningen av denna principfråga har varierat i de genomgångna fallen. I följande fall ansågs åtminstone någon antecipering tillåten: "Kosygin i Avesta", "Jehovas vittnen som vårdnadshavare" och "Religiösa spädbarnsföräldrar". Till dessa fall kan också räknas "Bort med Dagsposten" och "Affischer i skolan", eftersom det av MO:s respektive JO:s referat inte framgår, att spridningen av Dagsposten på regementena och av bild och text på affischerna innebar något omedelbart hot mot försvarets eller skolans möjlighet att fylla sina fundamentala samhällsuppgifter. I dessa fall godtogs däremot inte någon som helst antecipering: "Sydafrika-Slaveri", "Statlig bojkott mot Sydafrika", "Tito-Mördare" och "Medborgarhuset 2".

Det torde i själva verket vara omöjligt att se någon konsekvens i bedömningen av dessa fall och att sålunda med hänvisning till dem bestämma vad som kan anses vara gällande rätt i fråga om antecipering. Den fortsatta diskussionen om detta problem får därför bli allmän.

Det finns knappast någon rättslig grund för att göra skillnad mellan dessa olika fall, när det gäller frågan, om en relevant omständighet får anteciperas på grund av en i princip irrelevant omständighet. Det finns sålunda inte någon rättslig grund för att påstå, att den ena i

2 kap. 1 § regeringsformen angivna friheten får urholkas genom sådan antecipering, medan en annan inte får det. Inte heller finns det någon rättslig grund för att säga, att t.ex. intresset av att ett antal människor inte blir allvarligt skadade i samband med bråk vid en demonstration är mindre viktigt än intresset av att ett barns utveckling inte äventyras på grund av att föräldrarna utsätter det för intensiv indoktrinering av politisk eller religiös karaktär.

För en viss typsituation är frågan besvarad av lagstiftaren: en allmän sammankomst får inte upplösas annat än om den föranleder svårare oordning eller avsevärd fara för de tillstädesvarande. Detta stadgande måste— såsom JO fann i "Tito-Mördare" — anses utesluta, att polisen stoppar en allmän sammankomst därför att polisen på grund av plakattexter (eller f.ö. på någon annan grund) *anteciperar* svårare oordning eller avsevärd fara för de närvarande.

Skulle det möta alltför stora betänkligheter att generalisera denna princip och tillämpa den också på de andra fallen? Jag kan inte finna det. Det skulle betyda, att polisen i "Kosygin i Avesta" inte kunde hindra ungdomarna att demonstrera annat än om deras demonstration verkligen föranledde svårare oordning eller allvarlig fara för de närvarande. Det skulle innebära, att högsta domstolen i "Jehovas vittnen som vårdnadshavare" inte fick låta moderns medlemskap i sekten ligga henne i fatet i vårdnadsfrågan annat än om utredningen gav något stöd för att medlemskapet verkligen i detta fall hade en skadlig verkan på dottern. Det skulle med avseende på sådana fall av "religiös fanatism", som JO talade om i "Religiösa spädbarnsföräldrar", innebära, att det är otillåtet för en socialnämnd att omhänderta ett barn annat än om barnet företer något symptom på skada. Det skulle i ett fall som "Bort med Dagsposten" betyda, att de befarade negativa återverkningarna på försvarets funktioner — för att använda MO:s egna ord — hade "erhållit någon omedelbar yttre manifestation", innan något ingripande kunde ske. (Från konflikten med 1 kap. 2 § första stycket tryckfrihetsförordningen bortses nu; se därom 5.2.3). Och det skulle innebära, att skolaffischer inte får omhändertas på grund av idéinnehållet annat än om de verkligen föranlett ordningsstörningar.

Berörda organ och berörd verksamhet

Frågan, i vad mån saklighetskravet i förening med de behandlade rättigheterna är tillämpligt för annat än myndighetsutövning, har aktualiserats i "Misshagliga åsikter i annonsbladet", "Skoltidningen

Rudis", "Skoltidning om kriget i Vietnam", "Medborgarhuset 1", "Medborgarhuset 2", "Jehovas vittnen i skolan 1" och "Död avfälling". Fem av dessa fall prövades av regeringsrätten, och i samtliga ansågs hänsyn till politisk eller religiös åskådning otillåtet. De andra två prövades av JO, som på motsvarande sätt fann hänsyn till politisk åskådning otillåtet i båda ärendena. Alla sju fallen gällde i princip frivilligt stöd eller liknande, dvs. icke myndighetsutövning. Det synes inte alltför djärvt att med hänvisning till dessa fall anta, att saklighetskravet i den innebörd det nu är fråga om gäller alla offentliga organ och all offentlig verksamhet, som berörs av 1 kap. 9 § regeringsformen.

Betydelsen av 2 kap. 13 och 14 §§ regeringsformen

Ytterligare en fråga, som ställdes i avsnitt 5.1, var om 2 kap. 13—14 §§ regeringsformen har relevans för de rättstillämpande organen i så måtto att de, när de har rättsligt stöd för att särbehandla någon på grund av t.ex. ett debattinlägg, som vederbörande gjort, eller en demonstration, som han deltagit i, dock inte får gå utanför de syften, som anges i respektive 13 § eller 14 § första stycket, därest den medborgerliga rättighet, som berörs, är yttrandefriheten, informationsfriheten, mötesfriheten eller demonstrationsfriheten. De genomgångna fallen ger intrycket, att problemet knappast aktualiseras i praktiken, såvida man inte — emot den här hävdade ståndpunkten — menar, att ett kompetensstadgande eller en generalklausul räcker som rättsligt stöd för att särbehandla någon på grund av ett enligt presumtionen irrelevant förhållande. Har man emellertid motsatt mening, talar grunderna för 2 kap. 13 och 14 §§ regeringsformen starkt för att hänsyn, som omfattas av presumtionen, i vart fall inte får tas utom ramen för de syften, som anges i dessa stadganden (jfr 5.4.3).

Kap 6 Likhet inför lagen

6.1. Inledning

Enligt 1 kap. 9 § regeringsformen skall de organ, som berörs av saklighetskravet, "beakta allas likhet inför lagen".

I propositionen 1975/76:209 med förslag till vissa ändringar i regeringsformen framgår, att det går en skarp gräns mellan vad lagstiftaren får göra och vad de rättstillämpande organen får göra:

> En möjlighet är att uppfatta (en allmän likhetsgrundsats) så att den riktar sig till de *rättstillämpande organen* och ålägger dessa att sträva efter att behandla lika fall lika, dvs. att inte göra någon skillnad mellan individerna utöver vad som kan följa av gällande rättsregler. Om detta är avsikten med (en allmän likhetsgrundsats) kan jag emellertid inte finna annat än att den uppställer ett krav som är oacceptabelt svagt. Det är enligt min mening självklart att likhet inför lagen i nu avsedd bemärkelse *skall* råda.
>
> — — —
>
> Om (en allmän likhetsgrundsats) däremot innebär att *lagstiftaren* skall sträva efter att behandla alla lika, ger den uppenbarligen uttryck för en målsättning i fråga om den samhälleliga verksamheten som varken är önskvärd eller realistisk. — — — Det förhåller sig i själva verket så att särbehandlande lagstiftning på exempelvis de ekonomiska och sociala områdena är ett typiskt kännetecken för ett modernt välfärdssamhälle.[1]

Som framgår av 1.2, fann dock riksdagen, att de rättstillämpande organens skyldighet att beakta allas likhet inför lagen borde komma till särskilt uttryck i regeringsformen. Eftersom riksdagen inte uttalade något särskilt om innebörden av denna skyldighet, får det antas, att den betyder just detta, som uttalades i propositionen: att de rättstillämpade organen inte får "göra någon skillnad mellan individerna utöver vad som kan följa av gällande rättsregler".

Alldeles klart är emellertid inte detta uttalande. När det gäller den typ av stadganden, som denna undersökning främst avser, dvs. sådana

[1] Prop. 1975/76:209 s 98 f.

som bara hänvisar till vad som är "lämpligt", "skäligt" e.dyl., kan man i allmänhet inte säga, att det av stadgandet framgår, vilken åtskillnad som får göras mellan olika medborgare.

Det konstaterades i 1.1, att principen om likhet inför lagen i och för sig saknar materiellt innehåll, och att man för att ta ställning till frågan om två fall är jämförbara med varandra måste klargöra likhet och olikhet och sedan avgöra, om det är likheten eller olikheten som är relevant i sammanhanget. Mera praktiskt kan saken uttryckas så här. Antag att av två personer, som är misstänkta för bedrägeri med bostadsbidrag, den ena åtalas och den andra inte, och att den åtalade gör gällande, att principen om likhet inför lagen har kränkts genom att de båda behandlats olika. Man måste då först klargöra *varför* de behandlats olika och sedan *värdera,* om grunden för olika behandling är godtagbar eller inte. Det torde då åtminstone för det mesta visa sig, att frågan om likheten inför lagen har kränkts beror på om ovidkommande hänsyn har tagits. Strängt taget behövs det då inte två fall för att konstatera en felaktighet; det räcker med ett. Men för *bevislägets* skull torde det ofta vara fördelaktigt att för den, som vill göra gällande, att likheten inför lagen har kränkts, kunna visa på två eller flera fall, som behandlats olika. Är det då så, att fallen ytligt sett förefaller likartade, ligger det nära till hands att presumera, att det inte finns något giltigt skäl för åtskillnad, medan en sådan presumtion inte framstår som rimlig, när någon utan att kunna hänvisa till något annorlunda behandlat jämförelsefall bara påstår, att ovidkommande hänsyn har tagits i ett ärende.

I många fall tycker somliga, att ett skäl för särbehandling är godtagbart, medan andra har motsatt mening. Man kan t.ex. mena, att den, som har en framskjuten samhällsställning, lider mera av en offentlig rättegång än andra, och att det därför kan vara skäl för åklagare och domstolar att ta särskilda hänsyn till honom. Men man kan också tvärtom resonera så, att det bör ställas särskilt höga krav på den, som är lyckligt lottad i socialt hänseende, och att det därför inte är mer än rättvist, om åklagare och domstolar använder det utrymme för skön, som lagstiftaren har gett dem, för att i någon mån korrigera orättvisor i socialt hänseende.

I Västtyskland, där principen om likhet inför lagen anses bindande även för lagstiftaren, anses den innefatta ett krav på att lagstiftaren inte handlar "sachgefremd", "willkürlich". Då avses främst lagstiftning, som är irrationell i den meningen att den inte är ägnad att uppfylla sitt eget syfte, eller som använder kriterier, som framstår

som helt nyckfulla i sitt sammanhang.[2] Det är nog också i betydelsen irrationell som begreppet godtycklig i första hand uppfattas av de flesta. Det är t.ex. rationellt och därför inte godtyckligt, om en domare tror mera på ett eftertänksamt vittne än på ett vittne, som ger slarviga besked och ofta ändrar sig. Men det är irrationellt och därför godtyckligt, om domaren fäster särskild tilltro till ett vittne på den grund att han hör till samma socialgrupp som domaren själv.

När uppfattningarna om vad som är rättvist och rationellt varierar, och lagen inte ger någon ledning, har den allmänna principen om likhet inför lagen inte något rättsligt innehåll. Var och en kan tolka den efter sina egna värderingar. I detta läge kan det emellertid hjälpa, om rättsordningen på något sätt har konkretiserat den allmänna principen om likhet inför lagen genom att i princip förbjuda hänsyn till vissa personliga kriterier. I den svenska regeringsformen har det skett genom förbudet för de rättstillämpande myndigheterna att utan rättsligt stöd särbehandla någon "på grund av personliga förhållanden, såsom tro, åskådning, ras, hudfärg, ursprung, kön, ålder, nationalitet, språk, samhällsställning och förmögenhet". Eftersom de särskilt uppräknade kriterierna har angetts som exempel, torde man också få räkna med "därmed jämförliga personliga förhållanden". Vad kan det betyda, att dessa kriterier särskilt nämnts som otillåtna grunder för särbehandling, såvida de inte har rättsligt stöd?

Särbehandling på grund av tro och åskådning och därmed jämförliga kriterier har behandlats i kap. 5. Sådan särbehandling har en negativ återverkan på det materiella skyddet i regeringsformen för medborgerliga rättigheter. Särbehandling på grund av ras, hudfärg, ursprung och kön är besläktade med särbehandling på grund av tro och åskådning såtillvida, att det också här finns ett samband med grundlagsfästa rättigheter, som åtnjuter skydd även i förhållande till lagstiftaren. Sålunda stadgar 2 kap. 15 § regeringsformen, att lag eller annan föreskrift ej får innebära, att någon medborgare missgynnas därför att han med hänsyn till ras, hudfärg eller etniskt ursprung tillhör minoritet. Och 16 § föreskriver, att lag eller annan föreskrift inte får innebära, att någon medborgare missgynnas på grund av sitt kön, om ej föreskriften utgör led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt.

[2] Se t.ex. Ipsen Hans Peter, Gleichheit. I Neumann—Nipperdey—Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, Berlin 1954 s 111—198, särskilt s 150—153.

Att särbehandla någon på grund av ras, hudfärg eller ursprung torde alla i dagens Sverige uppfatta som godtyckligt och därmed felaktigt, och jag har inte heller funnit något fall, där det hävdats, att ras, hudfärg eller ursprung får föranleda särbehandling utan kvalificerat rättsligt stöd.[3]

I fråga om könsdiskriminering finns numera särskild reglering som konkretiserar förbudet. Lagen (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet gäller bl.a. offentlig anställning. Den har ett diskrimineringsförbud, som emellertid inte utesluter särbehandling som är ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet eller som är berättigad "av hänsyn till ett ideellt eller annat särskilt intresse, som inte bör vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet". Beträffande innebörden härav kan hänvisas till prop. 1978/79:175 och SOU 1978:38. Endast i ett av de fall jag påträffat var det kontroversiellt, om könstillhörighet var en relevant eller irrelevant omständighet. Det är ett regeringsrättsfall från 1920.[4]

När det gäller den övriga delen av saklighetskravet såsom ett förbud att utan rättsligt stöd särbehandla på vissa grunder, dvs. på grund av ålder, nationalitet, språk, samhällsställning, förmögenhet eller därmed jämförliga personliga förhållanden, finns det inte något omedelbart samband med materiella medborgerliga rättigheter. Dock bör kanske ett förbehåll göras för sådana personliga förhållanden som kan sägas hänföra sig till privatlivet. På denna punkt kan man se ett samband med 2 kap. 6 § andra meningen regeringsformen: "Varje medborgare är — — — skyddad mot kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande."

I övrigt kan emellertid sägas, att det nu gäller kriterier, som saknar varje samband med det materiella medborgarskyddet i regeringsformen. Inte heller gäller det kriterier som det allmänt ter sig som stö-

[3] Ända fram till den 1 juli 1954 gällde dock enligt 19 § utlänningslagen (1945: 315), att en utlänning, som ankom till riket, kunde avvisas enbart på den grund att han var zigenare. Alltjämt förekommer med rättsligt stöd viss särbehandling av samer; se t.ex. rennäringslagen (1971:437 med ändring av 1 § 1971:893).

[4] RÅ 1920 ref. 55. I det fallet ansågs det tillåtet för en folkskolestyrelse att bestämma, att två överlärarbefattningar skulle besättas med manliga innehavare. Men det fanns vid denna tid ett särskilt stadgande, som föreskrev, att vederbörande skolstyrelse skulle vid kungörande av ledig lärarbefattning särskilt uppge, om befattningen var avsedd för manlig eller kvinnlig innehavare. Fallet kan därför knappast medge någon slutsats av intresse för denna undersökning.

tande att lägga till grund för differentierande behandling. Tvärtom differentierar lagstiftaren ofta med hjälp av dessa kriterier, åtminstone vad gäller ålder, nationalitet och förmögenhet. Flera centrala lagar använder dem för olika rättigheter och skyldigheter. Ett fåtal exempel kan räcka. Den som är under aderton år är omyndig och äger icke själv råda över sin egendom eller åtaga sig förbindelse i vidare mån än som följer av vad som skall gälla på grund av lag eller villkor vid förvärv genom gåva eller testamente (9 kap. 1 § föräldrabalken). Rätt till folkpension i form av ålderspension tillkommer försäkrad från och med den månad, under vilken han fyller sextiofem år (6 kap. 1 § lagen 1962:381 om allmän försäkring). En utlänning får i regel inte utan arbetstillstånd ha anställning i Sverige (46 § utlänningsförordningen 1980:377 jämförd med 20 § utlänningslagen 1980:376). Dagsbot fastställes efter vad som prövas skäligt med hänsyn till den tilltalades inkomst, förmögenhet, försörjningsskyldighet och ekonomiska förhållanden i övrigt (25 kap. 2 § brottsbalken). Är skyldighet att utge skadestånd oskäligt betungande med hänsyn till den skadeståndsskyldiges ekonomiska förhållanden, kan skadeståndet jämkas efter vad som är skäligt, varvid även den skadelidandes behov av skadeståndet och övriga omständigheter skall beaktas (6 kap. 2 § skadeståndslagen 1972:207). Varje kommun skall tillse att den som vistas i kommunen erhåller den omvårdnad, som med hänsyn till hans behov och förhållanden i övrigt kan anses tillfredsställande (1 § lagen 1956:2 om socialhjälp).[5]

I vissa rättsliga sammanhang har även rent personliga förhållanden — sådana som i högsta grad rör den personliga integriteten — avgörande betydelse. Villkorlig dom må meddelas för brott varå kan följa fängelse, om det med hänsyn främst till den tilltalades karaktär och personliga förhållanden i övrigt finns grundad anledning antaga att övervakning eller annan mera ingripande åtgärd ej erfordras för att avhålla honom från vidare brottslighet (27 kap. 1 § brottsbalken).

Vad har principen om allas likhet inför lagen för räckvidd i rättskipning och förvaltning? Åtminstone tre olika hypoteser synes tänkbara.

En hypotes är, att en rättsregel, som innebär att personliga förhållanden är relevanta, i princip räcker som rättsligt stöd för att beakta vilka personliga förhållanden som helst, också de som nu är

[5] Lagen om socialhjälp efterträds 1982 av socialtjänstlagen 1980:620; enligt dess 3 § har kommunen "det yttersta ansvaret för att de som vistas i kommunen får det stöd och den hjälp de behöver".

i fråga. I så fall hindrar inte det nu diskuterade förbudet, att en domstol, när den prövar om en person skall dömas till fängelse eller villkorlig dom, tar hänsyn till vederbörandes nationalitet. Enligt denna hypotes gäller förbudet att särbehandla någon på grund av dessa kriterier bara i fall, när personliga förhållanden överhuvudtaget är irrelevanta.

En annan hypotes är, att rättsligt stöd för att beakta dessa kriterier behövs också i fall, där personliga förhållanden i och för sig är relevanta. En domstol skulle då inte i sin prövning av frågan om villkorlig dom skall meddelas kunna ta någon hänsyn till den tilltalades nationalitet, språk, samhällsställning, förmögenhet eller därmed jämförligt förhållande. (Beträffande ålder utgör 26 kap. 4 § och 33 kap. 4 § brottsbalken rättsligt stöd för gynnande särbehandling av den som är under 21 år.)

En tredje hypotes är, att en rättsregel som ger utrymme för hänsyn till personliga förhållanden, anses inrymma en befogenhet att beakta även dessa kriterier men bara i den mån något relevant förhållande är kännetecknande för personer som har vederbörandes nationalitet, språk, samhällsställning, osv., eller, med andra ord, i den mån ett av de i princip irrelevanta kriterierna med ett statistiskt betraktelsesätt går hand i hand med ett relevant förhållande. Antag t.ex. att det är statistiskt bevisat, att en person i god samhällsställning har större hämningar än en person i mindre god samhällsställning mot att överträda lagar och förordningar. Sådana hämningar är uppenbarligen av betydelse när det gäller frågan om en person kan väntas avhålla sig från brottslig verksamhet i framtiden. Enligt den hypotes, som nu är i fråga, skulle en domstol inte vara förhindrad att i sin prövning av frågan, om en tilltalad skall dömas till fängelse eller få villkorlig dom, ta hänsyn till hans samhällsställning.

I de följande avsnitten skall undersökas, hur problemet behandlats i praktiska fall. Därvid avhandlas till en början varje kriterium för sig. Kriteriet "personliga förhållanden inom ramen för privatlivets helgd" behandlas först med tanke på att det har visst samband med grundlagsskyddet för privatlivets helgd. Något fall som gäller särbehandling på grund av språk har jag inte påträffat. Språkkriteriet berörs emellertid något i 6.2.4.

Det bör kunna förutsättas, att uttrycket "rättsligt stöd" har samma innebörd i detta sammanhang som när det gäller särbehandling på grund av tro eller åskådning, men självfallet bör frågan uppmärksammas även i detta kapitel.

6.2. Personliga förhållanden inom ramen för privatlivets helgd

6.2.1. Inledning

Enligt art. 8 i den europeiska konventionen 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har envar "rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens". Om inskränkningar i detta skydd sägs i artikeln:

> Offentlig myndighet må icke störa åtnjutandet av denna rättighet med undantag för vad som är stadgat i lag och i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till landets yttre säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd, förebyggandet av oordning eller brott, hälsovården, skyddandet av sedligheten eller av andra personers fri- och rättigheter.

Delvis ger också regeringsformen uttryck för privatlivets helgd. Enligt 2 kap. 6 § är medborgaren skyddad mot "kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande". Skyddet kan begränsas genom lag enligt reglerna i 2 kap. 12 § (se 5.1).

Om grunderna för det av regeringsformen proklamerade skyddet för medborgarnas privatliv har mycket litet sagts.[1] Chefen för justitiedepartementet har emellertid om de "kroppsliga" fri- och rättigheterna uttalat, att de ger uttryck för "den respekt för den enskilde individens integritet som är utmärkande för ett rättssamhälle",[2] och uttalandet hänför sig bl.a. till skyddet mot husrannsakan och liknande intrång samt skyddet för förtroliga meddelanden.

Grundlagsskyddet i 2 kap. 6 § gäller direkt bara ingrepp och intrång. Men om detta skydd är uttryck för en i ett rättssamhälle självklar respekt för den enskildes integritet, bör man kunna räkna med ett vidare utflöde av en sådan respekt än den som kommer till uttryck i 2 kap. 6 § regeringsformen. Av kap. 5 ovan framgick, att t.ex. yttrandefrihetens funktion kan skadas, inte bara genom förbud för den enskilde att yttra sig offentligt utan också därigenom att den enskilde på annat sätt — t.ex. i ett tjänstetillsättningsärende — missgynnas på grund av ett offentligt debattinlägg som han gjort.

[1] Se SOU 1972:15 s 159, prop. 1973:90 s 246, SOU 1975:75 s 147 ff. och 367 ff., prop. 1975/76:209 s 119—123.
[2] Prop. 1975/76:209 s 119.

På motsvarande sätt kan det tänkas, att den enskildes integritet skadas, inte bara genom sådana åtgärder som kroppsvisitation, husrannsakan och hemlig avlyssning av hans förtroliga meddelanden utan också genom att han missgynnas på grund av något förhållande som hänför sig till hans privatliv. Om saklighetskravet kombineras med principen om privatlivets helgd — såsom det i kap. 5 kombinerats med de i 2 kap. 1 § regeringsformen proklamerade rättigheterna — bör därav följa ett förbud för domstolar och myndigheter att utan rättsligt stöd särbehandla någon på grund av personliga förhållanden hänförliga till privatlivet. Denna aspekt har uppmärksammats av bl.a. Offentlighets- och sekretesslagstiftningskommittén: "I nära samband med detta anspråk på en fredad privatsektor står kravet från den enskildes sida att bli bedömd efter relevanta kriterier."[3]

Här skall inte göras något försök att allmänt bestämma vad som är hänförligt till medborgarens privatliv. För syftet med denna undersökning räcker det om privatlivet bestäms så att det omfattar åtminstone familjeinteriörer, sexuella förhållanden, privatbrev och avskilt umgänge med vänner och bekanta.

Lagstiftaren garanterar inte den enskilde att allt vad han gör på privatlivets område är fritt från insyn från samhällets sida. Det finns, och har alltid funnits, lagregler som inskränker individens frihet i privatlivet. Exempelvis omfattar ju inte privatlivets helgd någon rätt att misshandla andra, även om det sker i hemmet. Likaså kan det finnas lagregler som är avsedda att verka styrande på medborgarnas privatliv, t.ex. sådana som går ut på att skydda familjen såsom en för samhället viktig cell. Vad det nu gäller är emellertid inte lagstiftarens frihet. Frågan är i stället om det med hänvisning till praxis kan hävdas, att det finns en allmän rättsgrundsats som ålägger de rättstillämpande organen att visa respekt för privatlivets helgd utöver vad som omedelbart följer av 2 kap. 6 § regeringsformen och att inte utan rättsligt stöd särbehandla en enskild på grund av förhållanden hänförliga till hans privatliv.

6.2.2. Saklighetskravet i praxis

Ärende*t JO 1958 s 244 (Samvetsäktenskap)* gällde frågan i vad mån en rättsregel som hänvisar till "vandel" berättigar en myndighet att ta hänsyn till privatlivets förhållanden. O sökte tjänst som icke-ordi-

[3] SOU 1972:47 s 57.

narie folkskollärare. Folkskolestyrelsen tillsatte en annan sökande, trots att O hade bättre meriter. Anledningen till att O inte fick tjänsten var att han sammanbodde med en kvinna, med vilken han hade barn, utan att vara gift med henne. O menade, att dessa hans privata förhållanden var ovidkommande i sammanhanget, och besvärade sig hos domkapitlet. Där lämnades hans besvär utan bifall, med motiveringen att skolstyrelsen "anfört tungt vägande anmärkningar gentemot O:s vandel". O anförde besvär hos Kungl. Maj:t, som emellertid fann, att besvären inte kunde upptas till prövning. — Den kvinna, som O sammanbodde med, klagade till JO.

Enligt de vid denna tid gällande bestämmelserna skulle folkskollärare bl.a. vara medlem av svenska kyrkan och "känd för hedrande vandel" samt äga "den stadga i karaktären och den foglighet i lynnet, som ungdomens ledning kräver".

(Något motsvarande rekvisit finns inte nu.)

JO (Bexelius) yttrade bl.a.:

> Det ligger i sakens natur, att olika meningar kunna hysas om vad som bör inläggas i det allmänt formulerade kompetenskravet att vara känd för hedrande vandel och att äga erforderlig karaktärsstyrka. De värderingar, som härvidlag göras, sammanhänga i viss mån med allmänna moraluppfattningar, däri förskjutningar inom samhället ske från tid till annan.
>
> — — —
>
> Att (någon lever i samvetsäktenskap) kan givetvis grunda sig på en fullt ärlig övertygelse, som även ur samhällets synpunkt är förtjänt av respekt och som ingalunda kan motivera omdömet att parterna skulle vara mindre aktningsvärda än de, som i sedvanlig ordning ingått äktenskap.
>
> Det går emellertid icke att bortse från att sammanlevnad i en fri förbindelse icke uppfattas på samma sätt av alla medborgare. För många framstår ett samvetsäktenskap såsom stridande mot deras livsuppfattning. — — — Även den plats, där parterna äro bosatta, inverkar på bedömningen. I en storstad torde saken ofta icke framstå på samma sätt som i ett litet samhälle på landet.
>
> När det gäller tillsättandet av tjänst som fokskollärare är det i ett fall som det förevarande i och för sig naturligt, att avseende fästes vid den uppfattning, som allmänt råder inom orten rörande lämpligheten av att läraren lever i samvetsäktenskap. Härvid är att beakta, att det för föräldrar, vilka anse en sådan sammanlevnad oförenlig med deras egen livsuppfattning, måste framstå som stötande att tvingas låta sina barn fostras av lärare, som av angiven anledning enligt deras mening icke kan uppställas som föredöme för barnen. Detta förhållande är givetvis i sin tur ägnat att försvåra ett önskvärt gott samarbete mellan hem och skola, lik-

som det ofördelaktigt kan inverka på själva undervisningsarbetet i skolan. Vad nu sagts talar otvivelaktigt för att vid tillämpningen av det i folkskolestadgan intagna allmänna kompetenskravet att sökande skall vara känd för hedrande vandel visst avseende fästes vid vad som i nu avhandlat hänseende är den allmänna meningen inom orten. I den omständigheten att skolstyrelse är en i demokratisk ordning vald församling ligger utan tvivel en betryggande garanti för att bedömningen i det enskilda fallet också sker i överensstämmelse härmed.

I *JO-ärendet 1977/78 s 317 "Kritisk domare"* (se avsnitt 5.4.2) hade tjänsteförslagsnämnden lagt L till last, förutom hans debattinlägg, hans "personliga livsföring". Såvitt utredningen visade avsågs därmed, att han ibland på juristfester och andra slutna fester hade "slagit över" i alkoholpåverkat tillstånd. L:s JO-anmälan gällde bara, att debattinläggen hade lagts honom till last; han godtog själv, att hans "privata livsföring" hade tillmätts relevans. JO (Lundvik) uttalade sig ändå på denna punkt:

Tjänst som domare ställer otvivelaktigt — med hänsyn till verksamhetens karaktär och till angelägenheten av att allmänheten har förtroende för verksamheten — speciella krav på innehavarens uppträdande även utom tjänsten. Det måste antas att upprepat alkoholbruk till övermått av en domare under omständigheter som gör saken känd på orten i längden måste skada domstolens anseende.

Jag vill härutöver framhålla, att alkoholbruk till övermått lätt nog kan inverka också på tjänsteutövningen även om förtäringen inte sker under tjänstetid eller på sådan tid dessförinnan att vederbörande är märkbart påverkad i tjänsten. Ett långvarigt bruk av alkohol till övermått sätter sin prägel på vederbörandes hela personlighet. Omdömet och även arbetsförmågan går ned.

Det kan i detta sammanhang noteras, att i *JO 1953 s 131 och NJA 1953 s 582 (Kejne-målet)* såväl JO (Rudewall) som högsta domstolen intagit den ståndpunkten, att beskyllningar mot en präst om i och för sig icke straffbara homosexuella handlingar i privatlivet fick föranleda polisspaning, på den grunden att de såsom ej förenliga med tjänstens beskaffenhet skulle utgöra tjänstefel. På senare år har JO (Thyresson) i ärendet *JO 1974 s 153 (Homosexuella officerer)* prövat frågan, om det vid befälsutbildning i försvaret är tillåtet att ta hänsyn till en sökandes homosexuella läggning:

Med rådande värderingar i samhället förhåller det sig ovedersägligen så att det i fråga om personer med homosexuell läggning kan uppstå speciella problem, ibland av allvarlig natur, såväl för

vederbörande själva som för andra. Man kan vid befälsuttagning uppenbarligen lika litet bortse härifrån som man vid uttagningen kan bortse från personliga egenskaper av annat slag som kan orsaka problem. Vid uttagningen skall emellertid ske en samlad bedömning av en persons egenskaper överhuvudtaget. Frågan huruvida homosexuella drag skall inverka på utfallet av bedömningen får avgöras från fall till fall. Vid bedömningen bör iakttagas den vidsynthet som detta ömtåliga ämne kräver.

Ett JO-fall har gällt frågan vilka frågor som ett statligt verk kan få ställa i samband med nyrekrytering, *JO 1958 s 236 (SJ och Posten frågar)*. Vid anställning av personal brukade man vid Statens järnvägar och vid Postverket ställa frågor till sökande såsom: Är ni straffad? Hur var nykterhetstillståndet i ert föräldrahem? Har ni barn utom äktenskapet? Är ni uppfostrad på barnhem?

JO (Bexelius) framhöll i ärendet "angelägenheten av att myndighet, inom vars område anställningsintervjuer av detta slag må förekomma, ägnar förfarandet fortlöpande tillsyn, så att de arbetssökandes personliga förhållanden därvid icke blottställs i vidare mån än vad sakens beskaffenhet kräver och behörig hänsyn till privatlivets helgd tillåter". Frånsett frågan om en sökande varit lagförd för brott — upplysning härom kunde enligt JO vara ett sakligt befogat intresse för arbetsgivaren i vissa fall, beroende på tjänstens art — fann JO de frågor som här återgivits med fog kunna uppfattas som "ett stötande ingrepp i privatlivet".

I ärendet *JO 1958 s 278 (Konfirmerad körkortsinnehavare)* sökte en kvinna nykterhetsintyg för körkort, dvs. ett intyg av polismyndigheten om att hon under de senaste två åren "gjort sig känd för nyktert levnadssätt och med hänsyn till sina personliga förhållanden i övrigt icke kan anses olämplig som förare av körkortspliktigt fordon".[4] Kvinnan tillfrågades av polisen om, bland annat, föräldrarnas personliga förhållanden, om hon var konfirmerad, vilken utbildning hon undergått och om alkoholism eller sinnessjukdom förekom i hennes släkt. JO (Bexelius) kritiserade detta såsom opåkallat.

Närgångna frågor gällde också ärendet *JO 1968 s 257 (Mamma starkare än pappa)*. En man, W, anmälde till länsskolenämnden, att hans son hade blivit misshandlad av tillförordnade rektorn i en grundskola. Länsskolnämnden beslöt hålla sammanträde med förhör av bl.a. W själv och hans son. Nämndens ordförande frågade bl.a. W, om han var svag för sprit. Sonen tillfrågades bl.a. om hans föräldrar brukade

[4] Motsvarande stadgande är numera 7 § körkortslagen (1977:477).

slåss och om modern var starkare än fadern.

Frågan om nämnden med detta hade dragit in ovidkommande omständigheter i utredningen kom omsider under justitiekanslerns prövning. Det uppgavs från nämndens sida, att frågorna hade ställts i syfte att utröna, om det fanns anledning till ingripande mot W enligt nykterhetsvårdslagen och mot sonen enligt barnavårdslagen. Justitiekanslern förklarade, att frågorna om sådant ingripande var helt ovidkommande i disciplinärendet; anledning saknades för länsskolnämnden att söka utreda om förutsättningar fanns för sådana ingripanden. Såsom särskilt olämpliga betecknade justitiekanslern bl.a. frågorna till sonen om föräldrarna brukade slåss och om modern var starkare än fadern. Justitiekanslern fann, att nämndens ordförande sålunda hade gjort sig skyldig till tjänstefel men fann sig, med tvekan, kunna underlåta åtal.

Genom klagomål, som länsskolnämndens ordförande i sin tur anförde till JO mot bl.a. länsåklagarens behandling av tjänstefelsärendet, kom fallet också under JO:s prövning. JO (Bexelius) instämde med justitiekanslern i att nämndens ordförande hade gjort sig skyldig till tjänstefel i angivna hänseenden och fortsatte:

> Enligt min mening är visserligen de tjänstefel som ligger (nämndens ordförande) till last av så allvarlig beskaffenhet att de i princip bör beivras genom åtal. Då emellertid JK funnit sig kunna efterge åtal — — — och låta bero vid en allvarlig erinran, finner jag i det läge, som härigenom uppkommit, icke av omständigheterna tillräckligt påkallat att intaga en annan ställning till frågan om åtalseftergift än den som JK:s beslut innefattar.

I ärendet *JO 1979/80 s 489 (Hyresgäst eller sambo?)* var det fråga om ett förmedlingsorgan för bostadsbidrag får låta besiktiga ett hem för att utröna om en man och en kvinna sammanbor under äktenskapsliknande förhållanden. Kvinnan L hade sökt bostadsbidrag. I ansökningen uppgav hon, att hon var ensamstående, och att mannen W var inneboende. En tjänsteman från det kommunala förmedlingsorganet hade besökt hennes hem och konstaterat, att det fanns en dubbelsäng i hennes sovrum. Förmedlingsorganet avslog ansökningen om bostadsbidrag. Det jämställde L och W med makar och lade samman deras inkomster vid sin prövning.

Tjänstemannen grundade sin behörighet att besiktiga L:s bostad på 6 § förordningen (1976:262) om statskommunala bostadsbidrag. Paragrafen hade följande lydelse:

> Bostadsbidraget skall utgå till familj eller ensamstående som har egen bostad.
>
> Disponeras bostaden även av annan person än som avses i 2 eller 3 §*, skall hänsyn till detta tagas vid beräkning av den bostadskostnad som skall läggas till grund för bestämmande av bostadsbidrag. Detsamma gäller om bostadskostnaden är oskäligt hög med hänsyn till bostadskostnadsläget på orten. Föreligger ej synnerliga skäl, gäller vad som har sagts nu även i fall då bostadsstandarden är väsentligt högre än vad som kan anses svara mot bidragstagarens och hans familjs behov.
>
> Förmedlingsorganet skall låta besiktiga bostaden, om det är nödvändigt.
>
> * 2 § gällde familj med barn under 17 år. 3 § avsåg ensamstående utan barn och makar utan barn.

Förordningen ålade alltså förmedlingsorganet att besiktiga en bidragssökandes hem, "om det är nödvändigt". Stadgandet om besiktning stod i en paragraf, som handlade om reducering av bidraget till följd av att bostaden antingen delades med en icke-familjemedlem eller var oskäligt dyr eller onödigt påkostad. En annan reduceringsregel, som förmedlingsorganet hade — och f.ö. alltjämt har — att göra, gäller den bidragssökandes allmänna ekonomiska situation. Den regleras i en annan paragraf i förordningen. Av 4 § följer dels att bostadsbidrag skall reduceras för makar som har en sammanlagd inkomst över visst belopp, dels att med makar jämställs man och kvinna som lever tillsammans under äktenskapsliknande förhållanden och har gemensamt hushåll. Det var för denna behovsprövning som tjänstemannen i det här fallet gjorde sin besiktning.

JO (Uhlin) fann, att det stred mot gällande rätt att tillgripa besiktning för att utröna arten av mans och kvinnas sammanboende liksom deras hushållsgemenskap. Han stödde denna bedömning bl.a. på att det fanns en särskild bestämmelse om besiktning för den behovsprövning som skulle göras enligt 6 §:

> Har sålunda regeringen funnit skäl att meddela föreskrift angående besiktning i visst hänseende, kan det knappast vara meningen att besiktning skall få äga rum i andra hänseenden — — — där någon reglering inte skett. Detta får i varje fall anses gälla när det såsom här är besiktning av mer ingripande natur — — — som ifrågasättes och det är besiktning av jämförelsevis icke-personliga förhållanden som blivit föremål för reglering.

Det bör anmärkas, att förmedlingsorganet efter en ändring av förordningen (1979:228) inte längre skall göra någon reducering med anled-

ning av att bostaden är oskäligt dyr eller onödigt påkostad, och att stadgandet om besiktning har tagits bort.

I detta sammanhang hänvisas också till det i 5.4.2. återgivna fallet "Zigenarbrevet".

6.2.3. Diskussion

Allmänt

Åtminstone "SJ och Posten frågar", "Konfirmerad körkortsinnehavare" och "Hyresgäst eller sambo" visar enligt min mening, att JO har ansett myndigheterna enligt en allmän rättsgrundsats skyldiga att respektera privatlivets helgd i större utsträckning än vad som numera följer av 2 kap. 6 § regeringsformen. Sannolikt inverkade en sådan allmän rättsgrundsats även i "Mamma starkare än pappa", men bedömningen i det fallet kan också förklaras med att nämndens ordförande uppträdde partiskt samt även med hänvisning till den organisatoriska specialitetsprincipen (se kap. 7 nedan). I "Zigenarbrevet", som inte föranledde någon kritik av L från JO:s sida, beaktade JO bl.a. att L hade fällt sina påtalade yttranden i ett privatbrev till en vän.

De övriga fallen utesluter inte, att JO också i dem utgick från principen om privatlivets helgd; han kan ha funnit, att det i dessa fall fanns rättsligt stöd för att ta hänsyn till de personliga förhållanden som det gällde.

Privatliv som skadar tjänstens anseende

Beträffande "Samvetsäktenskap" kan man till en början konstatera, att synen på samvetsäktenskap i dag är en helt annan än den var för drygt tjugo år sedan. Frågan är emellertid, om det vid den aktuella tiden fanns något rättsligt stöd för att se samvetsäktenskapet som en i tillsättningsärendet relevant omständighet. Den rättsregel, som kunde åberopas, var föreskriften "känd för hedrande vandel". Ett sådant rättsligt rekvisit har inte i och för sig någon mening utan är helt beroende på värderingar. JO:s bedömning utgick från de värderingar, som torde ha varit förhärskande i samhället vid denna tid, och man kan kanske därför tycka, att bedömningen inte kan ifrågasättas. Ett sådant rekvisit som "hedrande vandel" kan dock, om det tolkas restriktivt, anses hänföra sig endast till laglydnad. Att fylla ut det med "allmänna moraluppfattningar" om hur människor bör inrätta sitt privatliv är inte utan betänkligheter ur synpunkten privatlivets helgd.

Det kan i detta sammanhang erinras om att regeringsrätten i "Okonfirmerad kyrkorådsledamot" år 1929 ansåg, att rekvisitet "känd för gudsfruktan" inte diskvalificerade den som var okonfirmerad och inte hade låtit döpa sina barn.[5] Även om synen på samvetsäktenskap i dag allmänt är liberal och rekvisit som "hedrande vandel" i dag inte är vanliga, har principfrågan inte förlorat sin betydelse. Den förr ogillande synen på samvetsäktenskap har efterträtts av en ogillande syn på annat, som hänför sig till privatlivet, t.ex. sådan alkoholförtäring i hemmet och på fester, som inte påverkar tjänsteutövningen, eller ett familjeliv, som inte motsvarar tidens uppfattning om jämställdhet mellan kvinnor och män. Och i moderna författningstexter förekommer ymnigt rekvisit "lämplig" eller liknande, som i och för sig skulle kunna tas till intäkt för allsköns hänsyn.

Alkoholförtäring på fester var det ju fråga om i "Kritisk domare". Ingenting i ärendet tydde på att L var alkoholmissbrukare i den meningen, att det fanns någon anledning räkna med att hans alkoholvanor ens på lång sikt skulle återverka på hans tjänsteutövning. Han ansågs t.o.m. ovanligt duglig i tjänsten. JO:s uttalanden i ärendet innebär dessutom, att vissa kategorier tjänstemän i privatlivet måste förhålla sig så, att de på den ort, där de arbetar, åtnjuter ett visst mått av anseende, eftersom dåligt anseende för dem själva kan överföras på den myndighet de arbetar för. I detta hänseende hade JO visst stöd av högsta domstolens ståndpunkt i Kejnemålet. Men straffstadgandet för tjänstefel var vid denna tid avskaffat. 6 kap. 1 § lagen (1976:600) om offentlig anställning stadgar, att en arbetstagare i offentlig tjänst inte får "inneha anställning eller uppdrag eller utöva verksamhet, som kan rubba förtroendet till hans eller annan arbetstagares opartiskhet i tjänsteutövningen eller skada myndighetens anseende", men ingenting i förarbetena tyder på att häri ligger något krav på hur arbetstagaren inrättar sitt privatliv.[6] I Frankrike däremot krävs av den som innehar en offentlig tjänst "bonne moralité", vilket bl.a. anses innebära, att skandaler i privatlivet måste undvikas.[7]

Frågan om det finns något rättsligt stöd för att numera i tjänstetillsättningsärenden särbehandla en sökande på grund av förhållanden, som är helt hänförliga till hans privatliv men som skulle kunna skada tjänstens anseende, får väl anses bero på om man menar, att den tidigare bedömningen med avseende på tjänstefel har övervintrat

[5] Se 5.6.2.
[6] Se prop. 1975/76:105 bil. 2 s 220 och 250 f. samt InU 1975/76:45 s 54 ff.
[7] Plantey Alain, Traité pratique de la fonction publique, Paris 1963 s 123 f.

som sedvanerätt, så att sådana omständigheter, som tidigare kunde föranleda ansvar för tjänstefel alltjämt kan beaktas i ett ärende om tjänstetillsättning (se 5.4.3.). Som redan nämnt, finner jag en sådan konstruktion besynnerlig.

Vid den tid "Zigenarbrevet" gällde fanns däremot tjänstefelsansvaret kvar och därmed kravet på tjänstemannen att skydda tjänstens anseende. Att JO inte gillade L:s yttranden i brevet kan man kanske sluta sig till av uttrycket "(v)ilken mening man än må ha beträffande uttalandena i brevet". Men han fann sålunda ansvar för tjänstefel uteslutet bl.a. med hänvisning till att det gällde ett privatbrev till en nära vän. Rätten till förtrolig kommunikation fanns inte uttryckligen fastslagen i 1809 års regeringsform, som ännu gällde vid denna tid, men den fanns med i både den s.k. tingstenska utredningens förslag 1941 och i författningsutredningens förslag 1963. JO:s hänvisning i "Zigenarbrevet" till att det var fråga om ett privatbrev tyder på att han betraktade rätten till förtrolig kommunikation som en oskriven rättsgrundsats, som föranledde, att uttalanden i ett privatbrev i princip inte kunde läggas någon till last såsom tjänstefel på den grund att sådana yttranden skadade tjänstens anseende. (Det må här inskjutas, att yttranden i ett privatbrev självfallet kan föranleda ansvar för förtal eller förolämpning.) I den mån tjänstemannen hade anledning att räkna med att hans brev såsom hänförligt till något förvaltningsärende skulle komma att av mottagaren betraktas som en allmän handling, åtnjöt brevet dock inte, av JO:s uttalande att döma, ett sådant skydd. Detta betraktelsesätt förefaller logiskt.

Homosexualitet

Vad särskilt homosexualitet beträffar, är det väl oförenligt med nutida synsätt att anse, att en sådan läggning kan skada en tjänsts anseende. "Kejnemålet" måste såtillvida anses obsolet. Det var ju inte heller så JO såg saken i "Homosexuella officerer". Likväl förutsatte han, att det vid befälsuttagning i försvaret är tillåtet att låta en persons homosexuella läggning diskvalificera honom för uttagning, om denna läggning "kan orsaka problem". Uttrycket är vagt. Om man emellertid kvalificerar det till "problem med avseende på rikets säkerhet" kan kanske 7 kap. 7 § lagen (1976:600) om offentlig anställning (att arbetstagare vid bl.a. försvarsmakten får försättas i disponibilitet, om det är nödvändigt av hänsyn till rikets bästa) ses som ett rättsligt stöd för särbehandling som vid befälsuttagning grundas på en homosexuell läggning. Möjligen kan personalkontrollkun-

görelsen (se 5.4.2 i anslutning till "Polis med kommunistvänner") ses som ett rättsligt stöd att ta motsvarande hänsyn när det gäller andra tjänster av betydelse för rikets säkerhet. Mig förefaller det dock otroligt, att homosexualitet i något fall skulle kunna vara en grund för att betrakta en person som en säkerhetsrisk; jfr dock den åtskillnad jag gör mellan "på grund av" och "som en följd av" (5.2.3).

Närgångna frågor

Enligt JO:s bedömning i "SJ och Posten frågar" fick de arbetssökandes personliga förhållanden enligt JO inte utredas i vidare mån än "vad sakens beskaffenhet och behörig hänsyn till privatlivets helgd tillåter". Frågan om det fanns rättsligt stöd för att överhuvudtaget beakta personliga förhållanden gick JO inte in på. Liksom de stadganden, som gäller för försvar och skola, får anses implicera, att de skall kunna fungera,[8] implicerar väl de, som gäller för statens järnvägar och postverket, att också dessa organ skall kunna fungera, och att de därför vid anställning får beakta sådana personliga förhållanden hos de sökande, som har klar relevans för deras förmåga att sköta tjänsten. Innebörden av saklighetskravet i 1 kap. 9 § och — beträffande tillsättning av statliga tjänster — i 11 kap. 9 § regeringsformen kan vid tjänstetillsättning uppenbarligen inte frikopplas från värderingar om vad tjänstens utövning kräver. JO:s bedömning innebär, att återhållsamhet likväl skall iakttagas med avseende på privatlivet. Det må här antecknas, att personalkontrollkungörelsen gäller för tjänster vid statens järnvägar och postverket.[9]

I "Konfirmerad körkortsinnehavare" fanns det en rättsregel som hänvisade till både "nyktert levnadssätt" och "personliga förhållanden i övrigt". Självfallet måste den sammanställas med syftet med regleringen, så att endast sådana personliga förhållanden får tillmätas relevans som kan ha betydelse för sökandes lämplighet som förare av körkortspliktigt fordon. Frågan om en person är konfirmerad eller inte har uppenbarligen inte någon betydelse för tillförlitligheten som förare. Men de övriga frågor som ställdes och som här återgetts — alkoholism eller sinnessjukdom i släkten — kan inte i och för sig avfärdas som helt irrelevanta. När JO ändå förklarade dem opåkallade, inverkade troligen, liksom i "SJ och Posten frågar", principen om privatlivets helgd.

[8] Jfr 5.2.3.
[9] Se 5.4.2.

"Mamma starkare än pappa" ger ett intryck av att frågorna var föranledda av ett trakasserisyfte. De var uppenbarligen irrelevanta för utredningen om pojken hade blivit misshandlad av rektorn. Det är likväl anledning att granska den grund, som nämndens ordförande åberopade för att ställa dessa frågor. Han menade, att det fanns anledning att utröna, om det fanns grund för ingripanden enligt nykterhetsvårdslagen och enligt barnavårdslagen. I och för sig kan det otvivelaktigt ses som ett starkt samhällsintresse, att sådana ingripanden skall ske, då så är befogat. Antag att W vid förhöret hade gett intryck av att vara gravt alkoholskadad och inför nämndens ledamöter behandlade sin son på ett sätt, som gav nämnden anledning tro, att det var farligt för sonen att vara utlämnad till W som vårdnadshavare. Kan man av JK:s och JO:s uttalanden dra slutsatsen, att länsskolnämnden inte hade varit berättigad att göra anmälan om behovet av ingripande enligt nykterhetsvårdslagen och barnavårdslagen? Säkerligen kan en sådan slutsats inte dragas. Tvärtom får det anses vara en skyldighet för länsskolnämnden att göra anmälan under de nu tänkta förutsättningarna. Att nämnden på egen hand föranstaltar om utredning, som ankommer på andra myndigheter, är en helt annan sak (jfr kap. 7).

Besiktning av bostad utan rättsligt stöd

I "Hyresgäst eller sambo" kunde tjänstemannen inte gärna beskyllas för att ha handlat osakligt genom att intressera sig för arten av L:s och W:s sammanboende. Den frågan var ju relevant enligt den aktuella förordningen. Men JO fann således, att det var felaktigt av tjänstemannen att utreda förhållandet genom besiktning av bostaden.

Som nämnt är förordningens stadgande om besiktning numera borttaget. Har det något med JO-ärendet att göra? Nej, så är det inte. Man tog bort stadgandet om reducering för oskäligt hög bostadskostnad och för stort antal rum därför att den ansågs medföra onödigt dyr administration; i samband därmed ansågs det överflödigt att stadga en *skyldighet* för förmedlingsorganet att göra besiktning.[10] På bostadsdepartementet anser man, att en *befogenhet* att göra besiktning, som sker utan tvång, finns utan författningsstöd, och bostadsdepartementets egna tjänstemän gör utan författningsstöd besiktningar av bostäder, när en besiktning framstår som praktisk.

Principfrågan om myndigheterna utan författningsstöd äger an-

[10] Prop. 1978/79:100 Bil. 16 s 27 och 35.

ordna besiktning för utredning av ett förvaltningsärende tog JO ju inte ställning till. Han nöjde sig med att säga, att det enligt hans mening strider mot gällande rätt att tillgripa besiktning som ett led i utredningen av frågan, om en sökande av bostadsbidrag lever under äktenskapsliknande förhållanden och har hushållsgemenskap med någon annan person.

Besvärssakkunniga har betecknat spörsmålet om en allmän besiktningsrätt som "ej fullt klart".[11] Westerberg uttalar, att det inte finns någon allmän regel om befogenhet att föranstalta om syn, men tillägger, att en sådan befogenhet kan ingå t.ex. i en myndighets tillsynsbefogenhet.[12] Ragnemalm synes inte ha tagit ställning till frågan.[13] Strömberg konstaterar, att även när bestämmelser om syn eller besiktning saknas, förekommer det, att tjänstemän hos vederbörande myndighet genom direkta iakttagelser på ort och ställe söker skapa sig en uppfattning om de faktiska förhållandena.[14]

Varje medborgare är gentemot det allmänna skyddad mot "husrannsakan och liknande intrång"; begränsningar i detta skydd får ske endast genom lag (2 kap. 6 och 12 §§ regeringsformen).

Det är visserligen klart, att besiktning, som inte görs med tvång, inte är en "begränsning" av skyddet i regeringsformens mening (jfr 5.1.). Men grunderna för det integritetsskydd, som regeringsformen garanterar medborgarna, talar enligt min mening starkt för att de offentliga organen måste ha särskilt rättsligt stöd för att begära att få besiktiga någons bostad.

I stor utsträckning finns rättsligt stöd för besiktningar, så t.ex. 39 kap. rättegångsbalken, 23 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), 76 § hälsovårdsstadgan (1958:663) och 18 § barnavårdslagen (1960:97).

Det bör märkas, att sådana bestämmelser inte i och för sig innebär, att besiktning får ske genom tvång; se t.ex. 18 § barnavårdslagen, som medger tvång bara i vissa typer av ärenden.

Det är alltför lättvindigt att avfärda problemet, om författningsstöd krävs för besiktning av någons bostad, med att den enskilde, som får besök av en tjänsteman, som ber att få se på hans bostad, inte är skyldig att släppa in tjänstemannen och inte heller är skyldig att söka t.ex. bostadsbidrag. Den enskilde, som är beroende av t.ex. bostadsbidrag eller bidragsförskott, vågar säkert inte vägra de myn-

11 SOU 1964:27 s 380.
12 Westerberg Ole, Allmän förvaltningsrätt, Stockholm 1978 s 30.
13 Ragnemalm Hans, Förvaltningsprocessrättens grunder, Stockholm 1980 s 69 f.
14 Strömberg Håkan, Allmän förvaltningsrätt, Lund 1978 s 120.

digheter, som bestämmer över bidraget, att komma in och inspektera hans bostad, om de "ber" om detta. Om myndigheterna har befogenhet att utan författningsstöd göra besiktningar hemma hos sökandena i alla bidragsärenden, kan man alltså säga, att skyddet mot husrannsakan "och liknande intrång" i själva verket är en lyx för de mest välbärgade.

Det rättsliga begreppet "myndighetsutövning" har också bestämts i enlighet med ett sådant realistiskt betraktelsesätt. I propositionen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar m.m. uttalade chefen för justitiedepartementet:

> 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.[15]

Äktenskapsliknande förhållanden — ett meningsfullt kriterium i bidragsärenden?

Som redan sagts, kan det i "Hyresgäst eller sambo" omöjligt ha varit osakligt av tjänstemannen att utreda en i ärendet relevant omständighet. Antag att tjänstemannen i stället hade begett sig till L:s hem för att utreda, om bostadsstandarden var onödigt hög — det var för

[15] Prop. 1971:30 s 331. Jfr tolkningen av det västtyska grundlagsstadgandet "Die Wohnung ist unverletzlich" (Art. 13 första stycket). "Ett *ingrepp* föreligger endast, om den skyddsberättigade inte går med på att bostaden beträds. — — — Ett medgivande, som görs under tryck, är värdelöst. Tjänstemannen måste i förekommande fall uttryckligen förklara, att vederbörande har en rätt att förbjuda honom inträde." (Kern Eduard, Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims. I Neumann—Nipperdey—Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Berlin 1954 s 103.)

den frågan besiktning avsetts — och därvid funnit uppenbara bevis på att L och W levde under äktenskapsliknande förhållanden. JO skulle då knappast ha kunnat kritisera tjänstemannen för inspektionen och inte heller förmedlingsorganet för att ta hänsyn till tjänstemannens iakttagelser. JO:s kritik mot att tjänstemannen genom besiktning utredde frågan om äktenskapsliknande förhållanden kan möjligen motiveras med att besiktning inte var avsedd att användas för sådan utredning, men den kan inte motiveras med att tjänstemannen visade bristande respekt för privatlivets helgd, ty förordningen innebar ju, att arten av L:s och W:s sammanboende ingalunda var en privat angelägenhet för dem båda utan en sak som också angick förmedlingsorganet. Man kan i detta sammanhang ifrågasätta det meningsfulla med ett rekvisit, som gör äktenskapsliknande förhållanden relevanta i bidragshänseende. Rättviseaspekter förefaller att här inte väga tungt, eftersom personer, som sammanbor och har gemensamt hushåll, och som antingen är av samma kön eller som inte har ett sexuellt förhållande med varandra, ändå inte jämställs med gifta. Dessutom måste man räkna med att många, som ekonomiskt vinner på att oriktigt påstå sig inte leva under äktenskapsliknande förhållanden, inte drar sig för att ljuga om en omständighet, som myndigheterna har ytterst små möjligheter att kontrollera.

6.3. Ålder

6.3.1. Saklighetskravet i praxis

RÅ 1940 not S 181 (Den gamle skorstensfejaren) gällde återkallande av ett förordnande som skorstensfejare. En man hade förordnats tills vidare och så länge han åtnjöt polismyndighetens förtroende. Efter 32 år beslöt brandstyrelsen, att förordnandet skulle upphöra på grund av åldersskäl. Skorstensfejaren var då 75 år. Han anförde besvär utan framgång. Länsstyrelsens motivering, som inte ändrades i regeringsrätten, var att klaganden med hänsyn till sin höga ålder inte vidare kunde anses lämplig som skorstensfejare. Tillämpligt stadgande var vid denna tid 5 kap. 18 § andra stycket brandstadgan (1923:173). Det stod där bara: "Finner (brandstyrelsen) skorstensfejaren icke vidare vara lämplig för befattningen, må han därifrån entledigas."

I *JO 1950 s 87 (Åldersgräns för överlärare)* hade sexton personer sökt två ledigförklarade folkskollärartjänster, som var förenade med överlärartjänster. Skolöverstyrelsen uppförde sex av dem på förslag.

Två av de sökande kom inte i fråga på den grund att de hade fyllt 55 år. Skolöverstyrelsen tillämpade en princip att inte på förslag till överlärartjänster uppföra sökande, som redan uppnått denna ålder.

De två anförde besvär hos Kungl. Maj:t, som dock lämnade besvären utan bifall. De klagade då till JO. Den ene av dem framhöll, att det inte kunde utläsas av gällande författning, att åldern skulle vara diskvalificerande. Den andra menade, att det måste vara godtyckligt att bestämma en i lagen inte föreskriven åldersgräns och att bestämma den till 55 år.

JO (Rudewall) konstaterade, att gällande stadgande om befordringsgrunder till tjänst förenad med överlärarbefattning föreskrev, att hänsyn skulle tagas bl.a. till "sådana egenskaper, som företrädevis erfordras för utövande av ledningen och tillsynen av arbetet i folkskolan". JO uttalade vidare:

> Den särskilda befordringsgrund, som alltså gäller vid tillsättande av överlärarbefattning, lämnar skolstyrelsen ganska fria händer då det gäller att upprätta förslag till sådan befattning. Vid bedömande av en sökandes lämplighet ur de synpunkter, som därvid kunna komma i beaktande, måste hänsyn uppenbarligen tagas även till hans ålder. Då fråga är om sökandens på hans kroppsliga och andliga livaktighet grundade lämplighet för tjänsten, synes det mig emellertid icke kunna fixeras någon viss ålder, lika för alla fall, vars överskridande skulle medföra, att sökanden icke borde ifrågakomma till befattningen. Antalet levnadsår utgör ju icke någon exakt måttstock för vitaliteten, som starkt växlar hos olika individer. Såsom skäl för uppställandet av kravet på en viss maximiålder hos den som bör komma i fråga till erhållande av en överlärarbefattning kan möjligen anföras önskvärdheten av att till befattningen förvärvas en person, som har så lång tid kvar till pensionsåldern att hans duglighet och erfarenhet kunna förväntas under en längre följd av år komma skolan till godo, varigenom också tätare ombyten av tjänstinnehavare undvikas. Men även med beaktande av denna synpunkt torde det icke vara riktigt att en gång för alla fastslå en viss ålder, vid vilken en sökande skall, oberoende av andra — stundom kanske mycket höga — kvalifikationer, anses olämplig för överlärarbefattning. Ett dylikt förfarande synes mig varken vara gynnsamt för ernående av bästa möjliga rekrytering av överlärarbefattningarna eller vara förenligt med principen om skicklighet och förtjänst såsom allmän befordringsgrund.
>
> — — —
>
> (S)kolöverstyrelsen (har) icke uppgivit annat skäl för uppställandet av den ifrågavarande åldersgränsen än överstyrelsens uppfattning att det ej vore till gagn för skolväsendets utveckling, om

de kommunala skolledarna utvaldes bland äldre lärare. Även om denna mening har fog för sig, synes den dock — på de skäl jag ovan anfört — icke berättiga till en så skarp avgränsning mellan äldre och yngre lärare, som skolöverstyrelsen praktiserat.

JO 1951 s 137 (Åldersgräns för besiktningsmän) gällde en åldersgräns på 67 år. Arbetarskyddsstyrelsen hade i ett cirkulär beslutit att utfärdat tillstånd för besiktningsman att förrätta besiktning av ångpannor m.m. inte skulle gälla efter det besiktningsmannen uppnått 67 års ålder, dock med tillägget att styrelsen var beredd att pröva ansökan om dispens till dess besiktningsmannen fyllt 70 år. Arbetarskyddsstyrelsen motiverade åldersgränsen med de krav på fysisk och psykisk vigör som måste ställas på besiktningsmännen.

Svenska Besiktningsmannaföreningen klagade till JO och påpekade bl.a. att det var fråga om fria företagare, som genom arbetarskyddsstyrelsens åtgärd betogs möjligheten att i fortsättningen försörja sig och sin familj efter 67 års ålder.

JO (Rudewall) uttalade bland annat:

> Då arbetarskyddsstyrelsen, på sätt som skett, låter en generell återkallelse anknytas till en viss ålder hos besiktningsmännen, innebär detta i själva verket, att styrelsen fingerar, att varje besiktningsman i det ögonblick, då han uppnått denna ålder, förlorar den fysiska eller psykiska vigör, som utgör en förutsättning för att han skall kunna fullgöra besiktningsuppdragen på ett tillfredsställande sätt. Ett på ett dylikt antagande grundat ingripande från arbetarskyddsstyrelsens sida utan beaktande av den enskilde kompetensinnehavarens egenskaper saknar icke blott stöd av lag utan torde även stå i strid mot allmänna förvaltningsrättsliga grundsatser rörande återkallelse av förvaltningsakter.

Likartat är fallet *JO 1960 s 258 (Åldersgräns för taxiägare).* En 74-årig taxichaufför drev taxitrafik med två bilar i kompanjonskap med sina två söner. Han hade två trafiktillstånd, det ena tillsammans med den ena sonen och det andra tillsammans med den andra sonen. Han sökte ett ledigförklarat tillstånd, troligen för att var och en av sönerna skulle kunna överta ett av de två gamla tillstånden och så bli självständiga utan att fadern skulle behöva ge upp sin taxirörelse. Poliskammaren lämnade ansökningen utan bifall. Sökanden besvärade sig till länsstyrelsen men utan framgång. Länsstyrelsen motiverade sitt avslag på besvären med att mannen med hänsyn till hög ålder inte borde komma i fråga för ett självständigt trafiktillstånd.

Det tillämpliga författningsstadgandet var 12 § förordningen (1940:910) ang. yrkesmässig automobiltrafik m.m. Det stod där:

> Trafiktillstånd må meddelas allenast den, som med hänsyn till erfarenhet och vederhäftighet samt andra på frågan inverkande omständigheter befinnes lämplig såsom utövare av yrkesmässig trafik. Där flera sökande finnas, må tidpunkten för ansökans ingivande icke vara avgörande för företräde dem emellan.

Mannen klagade nu till JO. JO (Bexelius) fann det "icke befogat att helt generellt betrakta personer över viss ålder såsom olämpliga att erhålla trafiktillstånd och att sålunda avslå deras ansökningar enbart med hänvisning till åldern". Däremot kunde enligt JO:s mening åldern få "inverka vid den ofta vanskliga prövningen av frågan vem bland flera lämpliga sökande, som bör erhålla visst tillstånd". I valet mellan flera lämpliga var det, menade JO, inte fel att som allmän princip låta sökande över en viss ålder stå tillbaka för yngre välmeriterade sökande, dock endast i den mån en sådan ordning tillkommit för att tillgodose syftet med denna lagstiftning, dvs. för att främja en sund utveckling av den yrkesmässiga trafiken på platsen.

Hittills har det varit fråga om övre åldersgränser. En undre åldersgräns gällde ärendet *JO 1971 s 69 (Ung dansarrangör).* En underårig yngling, dvs. en pojke som inte hade fyllt 18 år, sökte tillstånd av polisen att anordna en offentlig danstillställning. Polismyndigheten meddelade, att han såsom omyndig inte kunde komma i fråga som ansvarig anordnare. 12 § allmänna ordningsstadgan (1956:617) var tillämplig. Enligt det stadgandet var tillstånd av polismyndighet en förutsättning för rätt att anordna offentlig danstillställning. I 16 § stadgades bl.a. att anordnaren hade "att svara för att god ordning råder vid tillställningen". (Stadgandena gäller för övrigt alltjämt.)

Frågan om polismyndigheten hade förfarit riktigt togs upp av JO (Lundvik) vid en inspektion. Rikspolisstyrelsen förklarade i ärendet — efter att ha hört Föreningen Sveriges Polismästare — att det avgörande kriteriet måste vara om anordnaren bedöms ha "vilja och förmåga att genomföra en tillställning på av samhället önskat sätt". "Vid en sådan prövning ligger det i sakens natur — särskilt i fråga om större och kostsamma arrangemang — att ju yngre den ansvarige anordnaren är desto större tvekan måste den tillståndsgivande myndigheten oftast hysa om dennes lämplighet." Styrelsen berörde bl.a. även de problem som kan uppkomma, när polisman anlitas på anordnarens bekostnad för bevakning (kungörelsen 1964:793 om ersätt-

ning till statsverket vid anlitande av polismän för polisbevakning på enskild bekostnad).

Vid sitt slutliga ställningstagande i ärendet konstaterade JO (ställföreträdande JO Wennergren) först, att några särskilda föreskrifter inte fanns om anordnares kvalifikationer. Han anförde vidare på den springande punkten:

> Som en allmän synpunkt kan anföras att det inte gärna kan ingå i polisens uppgift som handläggare av ärende om tillstånd till offentlig tillställning eller allmän sammankomst att utöva någon prövning av sökandens ekonomiska solvens eller förmåga i övrigt att fullgöra de ekonomiska förpliktelserna mot sina avtalsparter — — —
>
> (Emellertid kan enligt) 15:13 föräldrabalken — — — handel eller annan näring, som inte får drivas utan tillstånd av offentlig myndighet eller efter särskild anmälan, ej drivas av omyndig utan att överförmyndarens samtycke inhämtas. Myndighet, som har att meddela tillstånd till drivande av näring, för vilken fordras överförmyndarens samtycke, har att före tillståndets meddelande kontrollera att sådant samtycke föreligger (Walin, Föräldrabalken s 184). Polismyndigheten kan alltså i vissa fall vara skyldig tillse att överförmyndarens samtycke föreligger.
>
> Polismästareföreningen har berört vissa speciella problem som sammanhänger med de rättsliga begränsningarna i underårigs ekonomiska handlingsförmåga och som hänför sig till anställandet av ordningsvakter. Vad föreningen anfört synes värt beaktande vid tillämpningen av 17 § (allmänna ordningsstadgan).
>
> En anordnares lämplighet blir i enlighet med vad förut sagts att bedöma med utgångspunkt i förmågan att svara för ordning och säkerhet vid tillställningen eller sammankomsten. Jag delar rikspolisstyrelsens uppfattning att en helhetsbedömning här måste göras med utgångspunkt i tillställningens eller sammankomstens storleksordning och karaktär i övrigt och att vid helhetsbedömningen såsom en bland flera faktorer vägs in också en sådan omständighet som anordnarens ålder.
>
> I det aktuella fallet hade det enligt min mening varit möjligt att anse (ynglingen) som ansvarig anordnare — — — utan hinder av att han var underårig. Jag anser alltså att polismyndigheten inte handlade rätt då den ställde krav på att en myndig person skulle träda in. Givetvis kan handlingssättet inte betecknas som tjänstefel.

6.3.2. Diskussion

Skall "Den gamle skorstensfejaren" tolkas så att hänsyn till ålder får tas utan annat rättsligt stöd än en rättsregel, som allmänt hän-

visar till "lämplighet" e.dyl.? Det är ovisst. Fallet har inte ansetts värt att refereras i Regeringsrättens Årsbok; det återges endast i en notis. Detta kan tyda på att det inte har tillmätts någon principiell betydelse. Man bör kanske räkna med att skorstensfejaren kan ha visat tecken på sviktande vigör, men att myndigheterna inte ville såra honom genom att uttryckligen åberopa det.

Inte i något av JO-fallen godkändes en rättsregel som hänvisar till "lämplighet" e.dyl. såsom stöd för en stum åldersgräns.

Det kan synas egendomligt, att JO i "Åldersgräns för besiktningsmän" inte accepterade åldersgränsen 67 år, eftersom just den åldern ända sedan 1914 hade varit bestämmande för rätt till allmän pension. I den vid den aktuella tidpunkten gällande lagen (1935:434) om folkpensionering inträdde rätt till folkpension "vid varaktig oförmåga till arbete och senast vid sextiosju år, även om varaktig arbetsoförmåga då ännu icke är för handen". (Numera, se 6 kap. lag 1962:381 om allmän försäkring.) Då gällande lag om folkpensionering kan alltså sägas ha gett uttryck för just den fiktion som JO kritiserade i ärendet. Frågan kan också ställas med avseende på "Åldersgräns för taxiägare", som ju avsåg en ännu äldre man. Men tydligen såg JO i stadgandet om folkpension inte något rättsligt stöd för en åldersgräns för besiktningstillstånd eller för taxitillstånd. Kanske detta kan förklaras med att folkpension är en rätt, en förmån, medan däremot de här aktuella besluten var till nackdel för de berörda och berövade dem försörjningsmöjligheter. Den skillnaden synes göra det riktigt att inte i pensionsreglernas fiktion om arbetsoförmåga vid viss ålder se en rättslig grund för att använda samma fiktion vid missgynnande beslut.

JO:s bedömning i "Åldersgräns för taxiägare" synes innebära, att friheten för den tillståndsgivande myndigheten att välja kriterier är större, när det finns konkurrens mellan flera sökande, än när det inte förekommer sådan konkurrens. Det är svårt att se, hur hänsyn till åldern går ihop med saklighetskravet, när det finns konkurrens, om det annars strider mot saklighetskravet att ta sådana hänsyn. Har JO:s bedömning här någonting att göra med vad norrmännen Bernt och Boe kallar "nøytrale hensyn" (se 2.3)? Knappast, ty myndigheten får ju enligt JO inte välja kriterier utanför syftet med den lagstiftning myndigheten har att tillämpa.

Man kan ifrågasätta, om JO:s kritik i "Ung dansarrangör" verkligen var befogad. Innefattar inte de allmänna reglerna om underårighet ett rättsligt stöd för att underåriga inte kan få tillstånd att

arrangera offentliga tillställningar? Ett sådant tillstånd innebär ju inte bara en förmån utan också ett ansvar.

I "Åldersgräns för överlärare", "Åldersgräns för besiktningsmän" och "Ung dansarrangör" kritiserade JO en stum tillämpning av åldersgränser men hade åtminstone i det sistnämnda fallet förståelse för att myndigheten "väger in" åldern som en av flera omständigheter att beakta. Detta måste ju betyda, att åldern dock tillmäts relevans. Betraktelsesättet går inte ihop med antagandet, att ett förbud att särbehandla någon på grund av en viss egenskap är liktydigt med ett förbud att låta denna egenskap påverka beslutet (se 5.1). Och den kan ifrågasättas även av följande skäl.

Tankegången synes vara, att åldern får beaktas men inte som en automatisk fallucka. Att den dock får beaktas får antas bero på att åldern med ett statistiskt betraktelsesätt går hand i hand med en relevant omständighet, dvs. med egenskaper som är relevanta för skickligheten hos en överlärare eller en besiktningsman, respektive för förmågan att klara av det ansvar som är förenat med ställningen som arrangör av en offentlig tillställning. Dock är denna tankegång inte riktigt i enlighet med den i 6.1 angivna, tredje hypotesen, ty JO menade tydligen i dessa fall, att det måste prövas, om den enskilde verkligen motsvarar det statistiskt typiska mönstret.

Men varför i så fall anse, att det överhuvudtaget finns rättsligt stöd för att ta hänsyn till åldern? Enligt min mening blir problemet klarare, om man också i detta sammanhang gör åtskillnad mellan en åtgärd *på grund av* och en åtgärd blott *som en följd av* en i princip irrelevant omständighet. Det lär vara ett faktum, att äldre människor oftare än yngre brister i fysisk och psykisk vitalitet. Även om inga hänsyn tas till åldern, kan det därför väntas, att ett krav på vitalitet blir en fallucka för flera äldre personer än för yngre.

Det finns diskrimineringsförbud, som är föranledda av en strävan att åstadkomma faktisk likabehandling, så t.ex. diskrimineringsförbudet i 2 § lagen 1979:1118 om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet. Vid tolkningen av ett sådant förbud måste man beakta detta syfte, och det kan medföra, att inte bara det särskilt angivna kriteriet är förbjudet utan också sådana kriterier, som oftast går hand i hand med det förbjudna kriteriet (beträffande könstillhörighet t.ex. muskelstyrka och kroppslängd).[1]

[1] Se avsnittet om indirekt diskriminering i SOU 1978:38 s 93 ff. och Sundberg-Weitman Brita, Discrimination on grounds of nationality, Amsterdam—New York—Oxford 1977, s 107 ff.

Det finns emellertid ingen anledning att tro, att förbudet att utan rättsligt stöd särbehandla någon på grund av ålder har ett motsvarande syfte. Därför finns det inte heller anledning att tolka det så, att det skulle innesluta ett principiellt förbud att ta hänsyn till sådana egenskaper som ofta går hand i hand med åldern. Lagstiftarens syfte med att särskilt ange ålder som ett i princip förbjudet särbehandlingskriterium kan då knappast vara någonting annat än just det att myndigheterna med avseende på åldersdiskriminering skall vara på sin vakt och inte kan försvara hänsyn till ålder utan rättsligt stöd med ett statistiskt betraktelsesätt.

Tanken att ålder får "vägas in" i fall, när det saknas rättsligt stöd för att beakta ålder, finner jag således inte förenlig med saklighetskravet. Däremot är det kanske förenligt med grunderna för detta krav, att en myndighet utan särskilt rättsligt stöd tar hänsyn till ålder *på utredningsstadiet* i sådana fall, då åldern med ett statistiskt betraktelsesätt kan vara relevant i ärendet; åldern skulle då kunna få föranleda särskilda frågor och annan särskild utredning.

Det kan tilläggas, att det numera finns en särskild förordning om förbud mot åldersdiskriminering vid tjänstetillsättning m.m.[2]

6.4. Nationalitet

6.4.1. Saklighetskravet i praxis

16 kap. 9 § brottsbalken straffbelägger olaga diskriminering. Bland annat gäller det diskriminering på grund av nationalitet. Stadgandet lyder:

> Näringsidkare som i sin verksamhet diskriminerar någon på grund av hans ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung eller trosbekännelse genom att icke gå honom till handa på de villkor näringsidkaren i sin verksamhet tillämpar i förhållande till andra, dömes för **olaga diskriminering** till böter eller fängelse i högst sex månader.
>
> Vad i första stycket sägs om näringsidkare äger motsvarande tillämpning på den som är anställd i näringsverksamhet och annan som handlar på näringsidkares vägnar samt på den som är anställd i allmän tjänst, vari han har att gå allmänheten till handa.
>
> För olaga diskriminering dömes även anordnare av allmän sammankomst eller offentlig tillställning och medhjälpare till

[2] SFS 1980:541, dessförinnan 1973:279.

> sådan anordnare, om han diskriminerar någon på grund av hans ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung eller trosbekännelse genom att vägra honom tillträde till sammankomsten eller tillställningen på de villkor som gäller för andra.

Stadgandet tillkom 1970. Rättsfallet *RÅ 1951 ref. 43 (Diskriminerad utlänning)* är alltså från tiden innan straffstadgandet gällde. Bakgrunden i fallet var att bostadsförmedlingen i Stockholm hade en överenskommelse med HSB om att bostadsförmedlingen skulle få ta del i urvalet bland HSB:medlemmar som konkurrerade om bostadsrättslägenhet i nyproducerade HSB-hus. Bostadsförmedlingen beslöt att inte godkänna en statslös, f.d. estnisk medborgares, L, förvärv av en lägenhet, som HSB hade reserverat för honom. Beslutet motiverades med att han inte var svensk medborgare.

L besvärade sig till överståthållarämbetet, som upphävde beslutet. Enligt ämbetet hade L, som var medlem av Stockholms kommun, rätt att oavsett sitt medborgarskap behandlas som övriga kommunmedlemmar.

Bostadsförmedlingen anförde i sin tur besvär. Förmedlingen ifrågasatte därvid om kommunen överhuvudtaget var skyldig att i sin aktiva bostadspolitik iaktta "likställighetsprincipen". Likställighet mellan kommunmedlemmar kunde enligt bostadsförmedlingen i full utsträckning upprätthållas endast i fråga om kommunala avgifter och i fråga om vissa nyttigheter och tjänstbarheter, som det fanns en praktiskt taget obegränsad tillgång på. Förmedlingen argumenterade i övrigt enligt följande. När tillgången är mindre än efterfrågan, måste en viss turordning mellan kommunmedlemmarna tillämpas. Då uppkommer frågan, hur man skall göra upp denna turordning. Flera principer är tänkbara. En fördelningsgrund är tiden för anmälan av behovet, en annan graden av behovet. Likställighetsprincipen torde inte ge företräde åt någon av grunderna. Den torde bara innebära, att en antagen fördelningsgrund tillämpas objektivt. I detta fall hade bostadsförmedlingen, som ur behovssynpunkt funnit, att personer med utländskt medborgarskap borde stå tillbaka för andra bostadssökande, objektivt tillämpat den uppställda principen.

Regeringsrätten fann, att bostadsförmedlingens beslut vilade på orättvis grund. Motiveringen var på den punkt som här är av intresse:

> (Det) tillkommer ——— uppenbarligen bostadsförmedlingen att i sin verksamhet göra den skillnad mellan olika bostadssökan-

de, som kan hänföras till deras större eller mindre behov av bostad, och att taga vissa yttre kännetecken till utgångspunkt och ledning för behovsprövningen, därvid jämväl frågan huruvida sökande är svensk eller utlänning kan få betydelse;

men — — — det åberopade förhållandet att (L) ej vunnit svenskt medborgarskap (utgör) icke ensamt för sig — — — giltig orsak för bostadsförmedlingen att vägra (L) bistånd till anskaffning av bostad, än mindre att, på sätt som skett, söka hindra hans förvärv därav — — —.

Ärendet *JO 1972 s 64 (Utländska trafiksyndare)* gällde en i Danmark bosatt brittisk medborgare, M, som var på tillfälligt besök i Sverige. Han körde bil på Europaväg 4 och blev stoppad av polisen för att ha kört 90 kilometer i timmen på en sträcka, där det inte var tillåtet att köra mera än 70 kilometer i timmen. Han var inte villig att godkänna ett ordningsföreläggande på 200 kronor, och polisen tog då med honom till polisstationen i Linköping. Efter viss diskussion överlämnade han 200 kronor och fick ett kvitto. Polisen redovisade pengarna såsom för godkänt ordningsföreläggande. M klagade hos polis och åklagare och menade, att han aldrig hade avsett att godkänna föreläggandet. Föreläggandet blev då undanröjt, och M blev i stället åtalad. Han dömdes att böta 200 kronor och ålades att dessutom betala statsverkets kostnad för att höra ett vittne. M klagade nu till JO. Han tyckte, att polisens behandling av honom var oacceptabel med hänsyn till sakens obetydlighet.

JO (Thyresson) fann, att det var felaktigt att ta med M till polisstationen, eftersom vidare förhör med honom inte kunde anses erforderligt. Det i detta sammanhang mest intressanta är emellertid inte detta utan vad JO uttalade om särbehandling av utlänningar:

Om en med svenska förhållanden obekant utlänning begår ett lindrigare brott eller förseelse, kan ofta rapporteftergift meddelas. Enligt 14 § andra stycket polisinstruktionen äger polisman underlåta att avge rapport eller att vidarebefordra rapport till åklagare och i stället låta saken bero vid påpekande eller erinran till den felande, om för brott ej är stadgat svårare straff än böter och ej heller normerade böter och brottet med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet är obetydligt. När den felande är en utlänning som tillfälligt besöker landet, torde denna möjlighet att meddela rapporteftergift kunna användas oftare än då det gäller landets egna invånare. Skulle saken likväl ha underställts åklagare kan denne avstå från att åtala. Enligt 20 kap. 7 § första punkten rättegångsbalken får åklagare besluta att inte tala å brott, om det är uppenbart att annan påföljd än böter inte skulle

> komma att ådömas och att den misstänktes lagföring ej är påkallad ur allmän synpunkt. Den omständigheten att den misstänkte är utlänning kan böra medföra att åtal underlåts med stöd av detta stadgande.

JO tillade, att det sagda ingalunda innebar, att polis och åklagare regelmässigt bör avstå från att beivra fall, då utlänningar på tillfälligt besök i landet på ett påtagligt sätt åsidosätter gällande regler om hastighetsbegränsning. Hans yttrande i övrigt — som här kan förbigås — gällde de problem som kan uppkomma om hur lagföring då skall anordnas. Det nyss återgivna uttalandet av JO grundade sig på riksåklagarens cirkulär C 34, som gäller lagföring av utlänningar för brott under tillfällig vistelse i Sverige. Om åtalsunderlåtelse sägs där:

> Det torde vara försvarligt att bedöma vissa lindrigare brott av utlänning mildare än motsvarande brott av en svensk, särskilt när det gäller överträdelse av ordningslagstiftningen och utlänningen har haft svårighet att erhålla kännedom om gällande regler. I sådana fall, men också annars när brottet kan anses ringa, är åtal ofta inte påkallat ur allmän synpunkt. Åtal kan då underlåtas med stöd av RB 20:7 punkt 1.
>
> I mål rörande ifrågasatt vårdslöshet i trafik kan det stundom vara skäligt att bedöma ett felaktigt beteende av en utländsk trafikant mildare än samma beteende av en svensk. Okunnighet om eller ovana vid här gällande detaljregler kan verka i viss mån ursäktande. Detta kan föranleda att den oaktsamhet som utlänningen ådagalagt i trafiken bör anses som ringa och därför inte föranleda ansvar.

6.4.2. Diskussion

Regeringsrättens motivering i "Diskriminerad utlänning" innebär, att en bostadssökandes egenskap av utlänning å ena sidan inte är en irrelevant omständighet men å andra sidan inte ensam för sig får föranleda vägran till bistånd från bostadsförmedlingens sida. Det synes vara samma tankegång som den JO gav uttryck åt i "Åldersgräns för överlärare", "Åldersgräns för besiktningsmän" och "Ung dansarrangör". Som framgår av 6.3.2 finner jag denna tankegång oförenlig med ett förbud att särbehandla någon på grund av hans ålder, och motsvarande gäller naturligtvis regeringsrättens resonemang. Min kritik grundar sig på den argumentering som framförts i 5.1, dvs. att om en viss egenskap hos en person påverkar utgången i ett ärende, där han är part, innebär detta, att vederbörande särbe-

handlas på grund av denna egenskap. Det är inte bara fråga om ett teoretiskt resonemang. Man kan inte av en persons nationalitet dra några som helst slutsatser av hans behov av bostad. Därför finns det enligt min mening inte heller någon anledning att bedöma frågan om en persons bostadsbehov med hänsyn till hans nationalitet. En helt annan sak är att de flesta utlänningar inte har behov av bostad i Stockholm. Den omständigheten kan göra det tillåtet för bostadsförmedlingen att beakta en sökandes nationalitet endast om man godtar ett statistiskt betraktelsesätt.

Beträffande JO:s återgivna uttalande i "Utländska trafiksyndare" var det väl knappast hans mening att utlänningar bör särbehandlas med hänsyn till sitt medborgarskap; han kan antas ha menat, att särskilda hänsyn kan få tas till den som är obekant med svenska förhållanden. Låt vara att detta gäller de flesta utlänningar — liksom de flesta utlänningar saknar behov av bostad i Stockholm. Många utlänningar är förtrogna med svenska förhållanden, och det finns många svenska medborgare som är obekanta med svenska trafikförhållanden, t.ex. för att de bor utomlands och bara är på tillfälligt besök i Sverige.

Det kan synas pedantiskt att göra dessa påpekanden. Men enligt min mening har det stor betydelse för saklighetskravet att man verkligen gör denna distinktion. Säger man i stället, att en persons ålder eller nationalitet m.m. visserligen inte "ensamt för sig" får bestämma utgången i ett ärende men väl får "vägas in" i bedömningen, är det omöjligt att upprätthålla principen om likhet inför lagen i den betydelse som nu diskuteras. Med samma tankegång skulle man kunna säga, att den bestämmelse i 1945 års utlänningslag, som stadgade, att utlänning kunde avvisas på den grund att han var zigenare, inte innebar särbehandling på grund av ras, eftersom det inte *enbart* var egenskapen av zigenare som möjliggjorde avvisning.

Det må emellertid här uppmärksammas, att ett i princip förbjudet särbehandlingskriterium *helt och hållet* kan sammanfalla med ett relevant kriterium. Kriteriet språk är ett bra exempel. Saklighetskravet förbjuder de offentliga organen att i rättstillämpningen särbehandla någon på grund av bl.a. språk. Men de flesta offentliga tjänster torde inte kunna utövas, om inte vederbörande kan svenska språket. Här sammanfaller alltså det i princip förbjudna språkkriteriet helt med ett uppenbarligen relevant kriterium.

6.5. Samhällsställning

6.5.1. Saklighetskravet i praxis

Att någons samhällsställning uttryckligen åberopas som grund för en åtgärd tycks vara ovanligt. Detta behöver dock inte betyda, att sådana hänsyn aldrig tas. Frågan har ibland aktualiserats i JO:s praxis. I begreppet samhällsställning inbegripes här också yrke, eftersom skilda yrken ofta uppfattas så, att de medför olika samhällsstatus.

I ärendet *JO 1929 s 29 (Berusad lärare)* anmälde en hotellvaktmästare: En läroverksadjunkt, E, hade uppträtt synnerligen onykter på det hotell, där anmälaren arbetade, och missfirmat denne. Polisen hade satt E i förvaringsarresten för fyllerister, men till skillnad från andra personer, som denna dag anhållits för fylleri, blev han inte åtalad.

Stadsfiskalen O förklarade till JO: Händelsen hade väckt uppseende och varit synnerligen pinsam för hela lärarkåren i E:s skola. O hade ansett, att E inte borde tillskyndas onödigt lidande genom att schavottera på uppropslistan vid ordinarie ting den 30 maj, då det för det mesta brukade komma många åhörare. O hade i stället tänkt stämma in E till sammanträde med tremansnämnd den 13 juni, då ytterst få mål brukade förekomma, och då några åhörare sällan infann sig. Då hade också skolan haft avslutning.

Medan ärendet var anhängigt hos JO, blev E åtalad och dömd för fylleriförseelsen.

JO (Geijer) såg allvarligt på det inträffade. Han fann, att O hade varit alltför hänsynsfull mot E. JO menade, att O "genom hela det sätt, varpå han utövat sin åklagarbefattning med avseende på (E:s uppträdande vid tillfället) gjort sig skyldig till tjänstefel av beskaffenhet att icke kunna undgå beivran". I sin åtalsinstruktion anförde JO bl.a.:

> Visar en åklagare i ett särskilt fall en hänsynsfullhet, som i allmänhet icke brukar komma envar till del, väcker sådant lätt misstankar om bristande opartiskhet; och rätt betraktad blir då hänsynsfullheten knappast ägnad att i verklig mening avhjälpa eller ens mildra det pinsamma i en sådan situation som den, vilken uppkommit genom den ifrågavarande tilldragelsen på hotellet.

Jösse domsagas häradsrätt dömde O för oförstånd i ämbetet att böta 30 kronor. Svea hovrätt fann ej skäl göra ändring. Hovrättens dom vann laga kraft.

Likhet inför lagen

I *JO 1964 s 537 (Restaurangyrkets frestelser)* hade en länsstyrelse meddelat kocken C varning i hans egenskap av körkortsinnehavare. Förutom en fylleriförseelse fanns det ingen anmärkning mot C. Nykterhetsnämnden hade tvärtom framhållit i ärendet, att C var skötsam, och att fylleriförseelsen var en engångsföreteelse. JO uppmärksammade ärendet vid en inspektion och föranstaltade om utredning. Länsstyrelsen uttalade bl.a., att det befarats, att C, som arbetat inom restaurangbranschen, hade fått vissa alkoholvanor i samband med sin yrkesutövning, utan att detta kommit till berörda myndigheters kännedom.

JO (Bexelius) tog avstånd från ett sådant betraktelsesätt:

> Med anledning av denna länsstyrelsens ståndpunkt får jag framhålla, att länsstyrelsen icke äger grunda sina avgöranden i konkreta fall på allmänna antaganden om alkoholvanor inom vissa yrkesgrupper; avgörandena skola äga objektivt stöd i de omständigheter, som förebringas i de särskilda fallen.

Ärendet *JO 1969 s 463 (Jan Myrdals mamma)* uppkom genom en anmälan av författaren Jan Myrdal. Han gjorde i sin anmälan gällande, att personalkontroll för statliga tjänster tillämpas olika, beroende på vilken socialgrupp den kontrollerade tillhör. Till stöd härför anförde han, att hans moder år 1955 utsågs till svensk ambassadör i New Delhi, trots att Jan Myrdal då var antecknad som säkerhetsrisk, medan personer i socialgrupp 3 inte kunde antas som polismän i motsvarande situation. JO (Bexelius) uttalade:

> Det finns inte något sakligt skäl för mig att i anledning av Myrdals klagomål efterforska om några uppgifter från säkerhetsregistret utlämnats i samband med den påtalade tjänstetillsättningen. Vad Myrdal anfört ger mig dock anledning att helt allmänt framhålla att lämplighets- och riskbedömningen givetvis måste anpassas inte efter vederbörandes socialgruppstillhörighet men väl efter den tjänst det är fråga om.

I ärendet *JO 1970 s 22 (Häradshövdingens svärmor)* anmälde en häradshövding till polisen, att han misstänkte, att hans svåger stod i begrepp att bakom ryggen på andra släktingar föra bort sin omyndigförklarade mor, dvs. häradshövdingens svärmor. Häradshövdingen angav svågern för olaga frihetsberövande och begärde, att polisen skulle ingripa. Med anledning av detta stoppades svärmodern och hennes son (dvs. häradshövdingens svåger) vid ett färjeläge och för-

des till en polisstation. Häradshövdingens svåger gjorde JO-anmälan. JO (Bexelius) fann, att det inte hade funnits någon rimlig grund för polismästaren att misstänka olaga frihetsberövande. Han åtalade polismästaren för tjänstefel, en talan som bifölls; polismästaren ådömdes 15 dagsböter.

JO:s praxis under den tid tjänstefel var ett brott var att inte åtala för sådant brott annat än i mera allvarliga fall, eller om han eljest fann särskilda skäl för åtal. I detta fall fann JO, att polismästaren "säkerligen handlat i bästa avsikt" men ansåg det ofrånkomligt att föranstalta om åtal, emedan "man ofrånkomligen (bibringas) intrycket att handläggningen påverkats av det förhållandet, att anmälaren var en domare i chefsställning".

Bakgrunden till *JO 1972 s 47 (Gynnade journalister)* var, att en grupp personer hade ockuperat en fastighet. De blev gripna av polisen. Bland dem var fem journalister. Sedan de legitimerat sig som journalister och meddelat, att de hade varit på platsen på yrkets vägnar, beslöt polisledningen att släppa dem utan förhör. Ett stort antal andra personer åtalades och dömdes för att de, genom att vid tillfället olovligen uppehålla sig i fastigheten, gjort sig skyldiga till egenmäktigt förfarande. En person gjorde JO-anmälan och undrade bl.a. om det var "principiellt riktigt att massmediarepresentanter genom att åberopa yrkesutövning kan få en särbehandling gentemot andra medborgare i denna typ av ärenden".

JO (Thyresson) uttalade:

> Inledningsvis får jag erinra om att det är en samhällets uppgift att stödja den nyhetsförmedlande verksamhet som bedrivs av press, radio och TV och att verka för att representanter för dessa organ inte onödigtvis hindras i sin yrkesutövning utan får arbeta ostört i största möjliga utsträckning. Jag vill dock samtidigt understryka det i och för sig självklara förhållandet att företrädare för massmedia vid fullgörandet av sina arbetsuppgifter måste respektera gällande lagar och förordningar.
>
> I förevarande fall torde det kunna hållas för visst att — — — (journalisterna) ej haft något annat direkt uppsåt med sitt besök i fastigheten än att göra ett reportage om händelserna där. Emellertid kan enligt min mening inte bortses från att journalisterna med all sannolikhet uppehållit sig i fastigheten i medvetande om att tillträde till densamma inte var tillåtet, med mindre fastighetens ägare lämnat sitt samtycke därtill. Det kan alltså på goda grunder ifrågasättas om inte journalisterna handlat med s.k. indirekt uppsåt, d.v.s. med insikt om att deras i nyssnämnda syfte gjorda besök i fastigheten nödvändigtvis innefattade en olovlig

> vistelse i fastigheten. Jag är för egen del närmast av den uppfattningen att — — — anledning förekom att journalisterna förövat brott som föll under allmänt åtal, i vilket fall förundersökning borde ha inletts mot dem (23 kap. 1 § 1 st. RB). Förundersökningen hade därefter fått visa om åtal bort väckas eller inte mot journalisterna. Ehuru jag sålunda givit uttryck åt en annan uppfattning än den som legat till grund för de bedömningar som polis- och åklagarmyndigheterna — — — gjort i frågan om förundersökning bort inledas mot journalisterna, finner jag det dock uppenbart att ifrågavarande bedömningar inte kan läggas någon befattningshavare vid dessa myndigheter till last såsom fel eller försummelse.

Ärendet *JO 1978/79 s 242 (Affären Ingmar Bergman)* gällde bl.a. frågan om riksskatteverket hade förfarit felaktigt genom att polisanmäla Ingmar Bergman för valutabrott. Åtal för sådant brott får endast ske efter anmälan av riksbanken. I ärendet gjorde tjänstemän vid riksskatteverket gällande, att det bland riksbankens handlingar fanns anteckningar, som tydde på att riksbanken hade tänkt anmäla Ingmar Bergman till åtal men låtit detta bero, eftersom det rörde sig om en känd kulturpersonlighet.

JO (Lundvik) behandlade särskilt denna fråga. Anteckningen befanns ha följande lydelse.

> Som jag ser det skulle det här ärendet lämpa sig väl som "testcase" för att vid rättegång få fastställt vilken räckvidd våra investeringsvillkor har. Men det skulle förstås — om det blev bekant — bli ett väldigt rabalder eftersom en känd kulturpersonlighet är inblandad. Vi får avvakta vilka åtgärder adv. Bauer vidtar i anledning av vår skrivelse.

JO hörde den tjänsteman, som hade gjort anteckningen, S, och återgav i referatet dennes uppgifter sålunda:

> Hörd härom har (S) uppgivit att det ej var tanken att ta hänsyn till Bergmans egenskap av kulturpersonlighet. Med uttrycket "testcase" menade han att sådana bolag som Persona, där riksbanken uppställt vissa investeringsvillkor, hade uppmärksammats. (S) tänkte sig att det kanske skulle vara lämpligt att i något fall pröva dessa investeringsvillkors bärkraft och räckvidd, vilket aldrig tidigare förts under domstolsprövning. (S) ansåg att man då naturligtvis inte valde ut ett ärende där en känd person skulle kunna vållas skada på grund av sin ställning.

JO uttalade:

> Från riksbankens sida har man bestämt förnekat att det skulle vara tal om någon mannamån i Bergmans fall. Jag har för min del inte någon grundad anledning tro att så varit fallet. Fråga är om ett — låt vara frispråkigt — internt tjänstemeddelande mellan två relativt underordnade tjänstemän under handläggningen av ett ärende. — — — Att utifrån innehållet i detta meddelande dra slutsatsen att riksbanken låtit Bergmans egenskap av känd kulturpersonlighet slutligt bestämma ett ställningstagande i åtalsfrågan är att gå för långt.

I *JO 1978/79 s 399 (Professorsauktoritet)* var det faktiskt JO själv som motiverade ett beslut att inte avskriva ett ärende med anmälarens yrke. En professor i juridik hade anmält bankinspektionen och dess generaldirektör för att i olika hänseenden ha överskridit sin kompetens. Preskription hade inträtt på flertalet anmälda punkter. Trots detta upptog JO (Lundvik) anmälningen till materiell prövning. Det intressanta i detta sammanhang är att han gjorde det bl.a. med hänvisning till anmälarens ställning som professor; den kritik professorn framfört skulle nämligen "till följd av hans ställning som juris professor kunna uppfattas som auktoritativ och därmed skada" bankinspektionen och dess generaldirektör. "Av dessa skäl har jag ansett det från allmän synpunkt väsentligt att saken utreds."

Det bör antecknas, att 20 § lagen (1975:1057) med instruktion för justitieombudsmännen stadgar:

> Ombudsman bör ej till utredning upptaga förhållanden, som ligger mer än två år tillbaka i tiden, om det ej är från allmän synpunkt väsentligt att saken utredes.
>
> Även om påföljd för påstått brott i tjänsten har bortfallit, äger ombudsman verkställa utredning om brottet, om det uppkommer fråga angående enskilt anspråk med anledning av detta eller det är från allmän synpunkt väsentligt att saken utredes.

Se även "Hurrande bandyspelare", "Bekanta genom Prins Carl" och "Ödmjuka trafiksyndare" i 6.8.2.

6.5.2. Diskussion

Samtliga fall, som hänför sig till tiden innan den nu gällande regeringsformen trädde i kraft, tyder på att JO då mycket strikt tillämpade principen, att hänsyn till samhällsställning förutsätter särskilt

rättsligt stöd. Märkligt nog kan det förefalla som om denna princip inte längre tillämpas lika bestämt av JO som tidigare.

Mest påfallande med "Berusad lärare" är väl, att JO tog kraftigt avstånd från de humanitära hänsyn, som åklagaren hade tagit, trots att det hade skett inom ramen för en vidsträckt diskretionär prövning; någon rättsregel, som uttryckligen eller implicit förbjöd en åklagare att "ligga på" ett åtal av detta slag några veckor fanns det veterligen inte. JO:s motivering för sitt avståndstagande från de hänsyn, som visades läraren, förefaller också övertygande. Skall principen om likhet inför lagen tas på allvar, kan inte en myndighet på eget bevåg få visa särskilda humanitära hänsyn mot medlemmar av vissa samhällsgrupper.

I "Restaurangyrkets frestelser" tog JO lika bestämt avstånd från ett statistiskt betraktelsesätt, låt vara att åtal inte väcktes i detta ärende. JO:s uttalande var kategoriskt och torde utesluta varje hänsyn till allmänna antaganden om i och för sig relevanta förhållanden hos vissa yrkesgrupper, såvida inte yrkeskriteriet helt och hållet sammanfaller med ett relevant kriterium; jfr 6.4.2. Även i "Jan Myrdals mamma" tog JO klart avstånd från sådana hänsyn, som det nu är fråga om.

"Häradshövdingens svärmor" rör, liksom "Restaurangyrkets frestelser" frågan om ett statistiskt betraktelsesätt. "Häradshövdingens svärmor" är kanske särskilt intressant av den anledningen, att det i och för sig inte kan sägas vara orimligt att utgå från att en domare i chefsställning är trovärdig. Han har av regeringen utsetts till ett ämbete, vars utövande förutsätter objektivitet och integritet. Mot detta kan visserligen invändas, att erfarenheten visar, att även personer i sådan ställning inte så sällan ljuger, när de känner sig trängda eller eljest är känslomässigt starkt engagerade i någonting. För polisen i detta fall gällde det emellertid att fatta ett snabbt beslut. Olaga frihetsberövande är ett allvarligt brott, och om en anmälan mot ett sådant pågående brott är sann, bör polisen genast ingripa. Frågan om anmälaren är trovärdig är i en sådan situation en omdömesfråga, som måste avgöras snabbt. Tänker man bort från principen om allas likhet inför lagen, kan det te sig naturligt att därvid tillämpa ett statistiskt betraktelsesätt och utgå från att en domare i chefsställning inte riskerar det obehag det skulle innebära för honom att avslöjas som en falsk angivare. JO:s skarpa reaktion kan knappast förklaras på annat sätt än så att han menade, att det vid prövningen av en persons trovärdighet inte får tas någon hänsyn till hans samhällsställning.

Den ger sålunda stöd för ett antagande, att det principiella förbudet att särbehandla någon på grund av hans samhällsställning gäller även inom ramen för en allmän och skönsmässig prövning av en persons trovärdighet.

I "Gynnade journalister" var JO:s reaktion inte lika skarp, men han tog likväl klart avstånd från tanken att företrädare för massmedia kan behandlas mildare än andra med avseende på straffansvar för gärningar i nyhetsförmedlande syfte. Det mindre skarpa avståndstagandet i förhållande till "Häradshövdingens svärmor" får antas bero på att journalisternas uppsåt endast var indirekt, inte direkt såsom i fråga om dem som åtalades. Det är lätt att i ett konkret fall förbise, att indirekt uppsåt i princip skall bedömas som direkt uppsåt i ansvarsfrågan.[1]

Till skillnad från de nu behandlade ärendena hänför sig JO:s ställningstagande i "Affären Ingmar Bergman" och "Professorsauktoritet" till tiden efter det att den nya regeringsformen trätt i kraft.

JO:s här redovisade uttalande i "Affären Ingmar Bergman" är inte alldeles lätt att förstå. Den hörda tjänstemannen förklarade ju själv, att man "naturligtvis inte valde ut ett ärende där en känd person skulle kunna vållas skada på grund av sin ställning". Detta innebar ju ett klart medgivande, att åtminstone denne tjänsteman hade tagit hänsyn till Ingmar Bergmans samhällsställning, när han prövade frågan om anmälan skulle ske för åtal. Det framgick också av hans uttalande, att han fann detta riktigt och naturligt. Tankegången är också lätt att förstå. Den är, liksom stadsfiskalens resonemang i "Berusad lärare", ett uttryck för humanitet: ett åtal mot den som är känd får troligen publicitet, och publiciteten kan bli betydligt plågsammare än den påföljd som eventuellt döms ut. Likväl innebär tillämpningen av en sådan tankegång obestridligen särbehandling av någon på grund av hans samhällsställning, och i "Berusad lärare" föranledde den åtal och fällande dom för den berörde åklagaren. JO hade enligt min mening all anledning att i "Affären Ingmar Bergman" klargöra, om tankegången enligt hans mening är eller inte är förenlig med principen om allas likhet inför lagen, något som emellertid inte skedde. Tar man denna princip på allvar, har frågan den allra största betydelse. Många lagstadganden ger utrymme för en skönsmässig bedömning av frågan, om en person skall åtalas eller inte. I 6.8 nedan visas, att åklagarna vid prövning av åtalsunderlå-

[1] Ett sådant förbiseende torde föreligga i domen i ett liknande, av Stockholms tingsrätt behandlat brottmål, Avd. 11 DB 507/79.

telse enligt 20 kap. 7 § första stycket 1 rättegångsbalken alltid skall ta hänsyn till den misstänktes person, detta enligt anvisningar av riksåklagaren.

JO:s återgivna argumentering i "Professorsauktoritet" kan i förstone förefalla oförargligt och förnuftigt. Det är ju inte orimligt att tänka sig, att en JO-anmälan från en juris professor uppfattas av många som mera auktoritativ än en anmälan från "en vanlig Svensson". Men var JO:s hänvisning till anmälarens "ställning som juris professor" verkligen en stringent motivering för hans beslut att pröva saken materiellt? Antag, att professorn hade skrivit klagoskriften utan att uppge vem han var, t.ex. som biträde åt någon anmälare utan särskilt imponerande status i sammanhanget. Skulle JO verkligen i så fall ha avskrivit ärendet? Eller antag, att professorn i eget namn hade avfattat en anmälan med illa underbyggda beskyllningar — hade hans ställning som juris professor då varit ett skäl för JO att inte avskriva saken? Det förefaller som om JO:s motivering inte var riktigt genomtänkt. Det måste väl rimligen vara innehållet i en skrift och andra objektiva omständigheter, som skall vara avgörande för om JO skall behandla en anmälan i sak eller avskriva den. (Däremot är det otvivelaktigt så, att JO kan låta en sådan prövning grundas på *den anmäldes* samhällsställning. Men på den punkten finns det särskilt rättsligt stöd. I 8 § lagen (1975:1057) med instruktion för justitieombudsmännen stadgas, att ombudsman ej bör ingripa mot lägre befattningshavare utan självständiga befogenheter, om det ej påkallas av särskilda skäl.)

6.6. Förmögenhet och därmed jämförliga kriterier

6.6.1. Inledning

En särbehandlingsgrund, som många anser kunna tillämpas även utan särskilt rättsligt stöd, är förmögenhet och inkomst. En lång rad lagstadganden föreskriver sådan särbehandling, framför allt på de ekonomiska och sociala områdena men även i åtskilliga andra sammanhang. Några exempel på sådana lagregler har angivits i avsnitt 6.1. Särskilt intressant är det, att t.o.m. skadeståndslagen tillåter hänsyn till den skadeståndsskyldiges och den skadelidandes ekonomiska förhållanden. Detta synes innebära, att det för skatte- och socialrätt kännetecknande utjämnings- och fördelningssyftet har vunnit insteg också på ett rent civilrättsligt område; en större omfördelning än den som kommer till stånd genom skattelagstiftning och social lagstiftning

kan genom skadeståndslagen åstadkommas med avseende på vissa medborgare, dvs. på dem som råkar ge upphov till eller drabbas av en ersättningsgill skada. Det är då knappast överraskande, om många av dem, som är verksamma i rättskipning och förvaltning, anser att särbehandling på grund av ekonomiska förhållanden får tillämpas utan något särskilt rättsligt stöd i fall, där det har överlämnats till domstolar eller myndigheter att göra en skönsbedömning på grundval av — som det inte sällan heter i förarbeten — "samtliga omständigheter i det individuella fallet".

Likväl hör "förmögenhet" och därmed jämförliga personliga förhållanden till de kriterier som, enligt vad som uttalats i samband med tillkomsten av 1 kap. 9 § regeringsformen, får föranleda särbehandling endast med rättsligt stöd.

I detta sammanhang är det av intresse att något gå in på den kommunalrättsliga grundsats som kallas likställighetsprincipen. Denna princip anses komma till uttryck därigenom att kommunalbesvär kan anföras mot ett kommunalt beslut som "vilar på orättvis grund" (numera 7 kap. 1 § första stycket 5 kommunallagen 1977:179). Till skillnad från saklighetskravet i den innebörd som här avses, gäller den kommunala likställighetsprincipen både i normgivning och rättstillämpning. Principens innebörd anses vara, att en kommun inte får gynna eller missgynna enskilda kommunmedlemmar eller grupper av kommunmedlemmar "på icke objektiv grund".[1] Så definierad har ju likställighetsprincipen inte något materiellt innehåll, lika litet som saklighetskravet eller principen om likhet inför lagen i och för sig. Emellertid har likställighetsprincipen ofta varit i fråga i regeringsrättens praxis, och därigenom har den så småningom fått ett förhållandevis fast materiellt innehåll. Eftersom det skulle vara märkligt om särbehandling, som i ett kommunalt sammanhang anses "orättvis", skulle kunna vara "saklig" när den tillämpas av domstolar och förvaltningsmyndigheter, har denna rättspraxis stort intresse för saklighetskravet. Här skall först en serie rättsfall återges, i vilka regeringsrätten har tagit ställning till särbehandling på grund av förmögenhet eller inkomst.

6.6.2. Saklighetskravet i praxis

I fallet *RÅ 1940 ref. 29 (Sjukhusavgift)* hade stadsfullmäktige i Stockholm beslutit att tillsätta ett särskilt organ, sjukhusavgiftsdelegerade,

[1] Kaijser Fritz, Kommunallagarna II, Stockholm 1975, s 35 och 39.

för att pröva frågor om nedsättning av sjukhusavgift. Delegerade skulle kunna medge, att sjukhuspatienter med hänsyn till sina ekonomiska förhållanden skulle få nedsättning av sjukhusavgifter. Det relevanta lagstadgandet gav fullmäktige behörighet att bestämma "efter vilka grunder och till vilket belopp legosängsavgift skall erläggas för den som är intagen å sjukhuset". En person anförde besvär och menade, att individuell nedsättning av sjukhusavgifter gav anledning befara, att också andra kommunala inrättningar, t.ex. kommunikationsverk, vatten-, gas- och elektricitetsverken bemyndigades ta betalt efter avnämarnas inkomst och förmögenhetsställning.

Överståthållarämbetet undanröjde beslutet. Motiveringen var, att understöd av kommunens medel enligt beslutet kunde beviljas vissa kommunmedlemmar "i annan ordning än enligt gällande lag och författning". Tanken torde ha varit, att det kom an på dåvarande fattigvårdssamhälles organ att besluta om sådan förmån.

Stadsfullmäktige och ett borgarråd besvärade sig. Regeringsrätten fann inte, att stadsfullmäktige hade överskridit sin befogenhet. Motiveringen är intressant. Regeringsrätten framhöll, att mindre bemedlade sedan gammalt hade kunnat få reducering i legosängsavgift. Vidare konstaterade regeringsrätten, att det under förarbetena till gällande lagstiftning inte hade förekommit någonting, som tydde på att avsikten hade varit att göra ändring i denna gamla praxis; tvärtom fanns det, påpekade regeringsrätten, uttalanden i fattigvårdslagstiftningskommitténs betänkande 1915, som visade, att den stod i överensstämmelse med gällande rättsuppfattning.

I fallet *RÅ 1968 ref. 30 (Vårdavgift på ålderdomshem)* hade kommunalfullmäktige i Vikbolandet beslutit om vårdavgifter vid kommunens ålderdomshem. De som bara hade folkpension skulle i vårdavgift betala folkpensionen minus fickpengar med visst belopp. Övriga skulle som vårdavgift betala hela sin inkomst med avdrag för hyror, räntor och skatter; vårdavgiften skulle dock högst motsvara självkostnadspris.

I detta fall fanns det inte något särskilt kompetensstadgande om rätt för kommunen att bestämma avgifter. Det enda som fanns i fråga om reglering av ersättning från vårdtagarnas sida var en kungörelse, som gav kommunen rätt att i vissa fall uppbära vårdtagares folkpension med avdrag för fickpengar.

Länsstyrelsen ogillade besvär över beslutet. Däremot fann regeringsrätten, att det vilade på orättvis grund.

Regeringsrättens motivering var:

> Väl får kommunen anses lagligen oförhindrad att fastställa vårdavgiften vid kommunens ålderdomshem till ett för alla vårdtagare lika stort belopp motsvarande kommunens självkostnad, vilket skulle medföra att, om vårdtagaren icke förmår att gälda hela avgiften, återstoden finge täckas av kommunen genom socialhjälp.
>
> Emellertid har kommunalfullmäktige genom klandrade beslutet bestämt att vårdavgiften får uppgå till ett belopp motsvarande högst självkostnaden och lägst folkpension med avdrag för fickpengar samt däremellan ett belopp som svarar mot varje vårdtagares på visst sätt beräknade nettoinkomst.
>
> Enär vårdavgiften sålunda bestämts till olika belopp efter vårdtagarens betalningsförmåga i varje särskilt fall och klandrade beslutet därför får anses vila på orättvis grund — — —

Numera har lagen (1956:2) om socialhjälp en år 1971 tillkommen 19 a §, enligt vilken avgift för vård i ålderdomshem utgår "enligt grunder som beslutas av kommunen". Det framgår av förarbetena, att detta kompetensstadgande kom till just i syfte att göra det möjligt med differentiering efter inkomst- och förmögenhetsförhållanden.[2]

RÅ 1974 ref. 35 (Utförsäkrade patienter i långtidsvård) gällde ett beslut av Stockholms läns landsting om differentierade avgifter för utförsäkrade patienter i långtidsvård. Beslutet kom under regeringsrättens prövning. Regeringsrätten konstaterade till en början, att det gällde differentiering i tre hänseenden: 1) mellan akutvården och långvården, 2) mellan sjukförsäkrade och utförsäkrade, 3) enligt patientens och makens ekonomiska förhållanden. Regeringsrätten yttrade vidare:

> Enligt 27 § sjukvårdslagen (1962:242) äger den som driver sjukhus bestämma efter vilka grunder och till vilket belopp vårdavgift skall erläggas till sjukhuset. Av lagrummet framgår vidare uttryckligen, att differentiering av avgifter kan ske mellan inom- och utomlänspatienter.
>
> Att avgifterna varierar med hänsyn till beskaffenheten av vården — exempelvis såsom tidigare var fallet skilda avgifter för vård på allmän sal och vård i enskilt rum — strider icke mot det krav på likställighet mellan landstingskommunens medlemmar, som i princip gäller vid avgiftsfinansiering av kommunal verksamhet. I vad mån den skillnad i avgiftsnormerna mellan akutvård och långtidsvård, som överklagade beslutet innebär, kan motiveras av vårdens olika beskaffenhet, framgår ej av utredningen i målet.

[2] Prop. 1971:121.

Ordalydelsen av 27 § sjukvårdslagen utesluter i och för sig icke att vårdavgiften bestämmes till olika belopp efter vårdtagarens betalningsförmåga. Motsvarande bestämmelser i de författningar, som tidigare reglerat vården på sjukhus, har ansetts inrymma befogenhet att sätta ned avgiften för obemedlade och mindre bemedlade personer (RÅ 1940 ref. 29). Varken av förarbetena till nuvarande och tidigare bestämmelser i ämnet eller av hittillsvarande praxis på sjukvårdsområdet kan emellertid belägg hämtas för en så långtgående avgiftsdifferentiering som det här är fråga om.

Den differentiering som genom beslutet sker mellan patienter som omfattas av sjukförsäkringen och utförsäkrade patienter är icke motiverad av skillnader vare sig i vårdens beskaffenhet eller i betalningsförmågan hos patienterna. Stöd för denna differentiering kan överhuvudtaget icke sökas i sjukvårdslagstiftningen. — — — Uttryckligt lagstöd för differentieringen har ej heller givits inom socialförsäkringarnas ram eller annorstädes. Landstinget har således, i allt fall i nu avhandlade hänseende, överskridit sin befogenhet.

RÅ 1970 ref. 11 (Lekskoleavgifter) gällde om en differentiering av avgifter för lekskolor enligt bl.a. föräldrarnas inkomst stod i strid med likställighetsprincipen. Regeringsrättens utslag löd:

Vid bedömande av (klagandens) invändningar mot den beslutade taxan för lekskoleavgifter bör beaktas vad som förekommit i ämnet vid riksdagsbehandlingen av statsbidrag till barnstugeverksamhet m.m.

I prop. nr 62 till 1963 års riksdag om stöd till barnstugor m.m. framhöll föredragande statsrådet att det liksom hittills borde ankomma på kommunerna att fastställa avgifterna. Dessa var starkt differentierade efter betalningsförmågan, och om kommunerna fann en ökad avgiftsfinansiering påkallad utgick statsrådet ifrån att det större uttaget skulle ske från de ekonomiskt bättre ställda familjerna.

I samband med äskande i 1968 års statsverksproposition av anslag till kommunala familjedaghem (V:e huvudtiteln s 49) erinrade föredragande statsrådet vidare om att familjeberedningen (SOU 1967:8) framlagt en del synpunkter på avgiftssystemet för barntillsynen i barnstugor och familjedaghem och på grundval därav redovisat en avgiftstaxa samt att beredningens uttalanden lett till att de kommunala förbunden rekommenderat kommunerna en av den utarbetad taxa, som i flera avseenden ansluter sig till beredningens taxeförslag men innebär en lägre miniminivå för avgifterna. Förenämnda uttalanden har av riksdagen lämnats utan erinran.

Den av stadsfullmäktige beslutade, efter föräldrarnas brutto-

> årsinkomst och barnantal differentierade taxan för stadens lekskolor överensstämmer helt med den av familjeberedningen utarbetade taxan för lekskolor. I målet har icke gjorts gällande att avgiften i något inkomstläge skulle överstiga kommunens självkostnader.
>
> På grund av här angivna omständigheter föranleder vad (klaganden) anfört mot avgiftsdifferentieringen icke till att det klandrade beslutet kan anses vila på orättvis grund eller eljest vara olagligt i något av de hänseenden som omförmäles i 76 § kommunallagen. Regeringsrätten lämnar därför besvären utan bifall.

Fem år senare meddelade regeringsrätten ett utslag som byggde på bedömningen i det nyss återgivna fallet. Nu framträdde emellertid en minoritet, som inte var beredd att fortsätta på denna väg. Det fall, som nu åsyftas, är *RÅ 1975 not Ab 81 (Daghemsavgifter).* Majoriteten (Körlof, Simonsson och Hultqvist) uttalade:

> I enlighet med det betraktelsesätt, som kommit till uttryck i (Lekskoleavgifter) kan inte anses att kommunfullmäktige genom klandrade beslutet överskridit sin befogenhet eller att beslutet vilar på orättvis grund. Ej heller i övrigt har i målet förekommit något, på grund varav beslutet är att anse som olagligt i något av de hänseenden, som anges i 76 § kommunallagen.

Regeringsråden Ringdén och Hellner var skiljaktiga och anförde för sin del:

> Den avgiftstaxa rörande kommunens barntillsynsverksamhet, som kommunfullmäktige antagit, innebär differentiering med hänsyn till dels föräldrarnas ekonomiska förhållanden, såsom deras bruttoinkomst och kapitalinnehav, och dels antalet barn i familjen, i en del fall oberoende av om barnen erhåller kommunal tillsyn eller ej. En avgiftsdifferentiering av det slag, varom fråga är i målet, strider mot de krav på likställighet mellan kommunens medlemmar, som om ej stöd för annat givits i lag gäller vid avgiftsfinansiering av kommunal verksamhet. Något sådant lagstöd finnes ej med avseende på daghemsavgifter. Kommunfullmäktige har därför genom klandrade beslutet överskridit sin befogenhet.

Numera gäller på detta område lag (1976:381) om barnomsorg. Med denna lag har barnomsorgen blivit en lagfäst kommunal uppgift med skyldighet för kommunerna att svara för en planmässig utbyggnad. Barnomsorgen omfattar både barn i förskoleåldern och de yngre skolbarnen. Den innefattar daghem, deltidsförskola, familjedaghem och fritidshem. I 11 § stadgas, att — med visst undantag som här kan förbi-

gås — avgift utgår för plats i förskole- och fritidsverksamhet "enligt grunder som beslutas av kommunen" och vidare, att avgiften inte får vara högre än vad som motsvarar självkostnadspriset. I förarbetena behandlas inte frågan om differentierade avgifter.[3]

Det är inte så enkelt att utanför ramen för den kommunala likställighetsprincipen finna exempel på att kriteriet förmögenhet eller liknande har underkänts eller godkänts som grund för särbehandling, när det inte har haft klart rättsligt stöd. Att sådana hänsyn tas då och då vet jag från min egen verksamhet som domare, men det är inte ofta det kommer till uttryck i domsmotiveringen. Jag har emellertid påträffat två fall, där en parts ekonomiska förhållanden åberopades utan att det fanns ett klart rättsligt stöd att anse sådana förhållanden relevanta.

Det ena fallet är *JO 1975/76 s 487 (Livsmedelslokalen).* Enligt 37 § livsmedelskungörelsen (1971:807, 1972:294) får en livsmedelslokal inte tas i bruk förrän den blivit godkänd för sitt ändamål. Om en livsmedelslokal, som sålunda är godkänd, sedermera blir bristfällig, kan hälsovårdsnämnd enligt 25 § livsmedelslagen (1971:511) och 11 kap. 2 § statens livsmedelsverks allmänna tillämpningskungörelse (SLV 1975:12) förelägga ägaren eller innehavaren av lokalen att rätta till bristerna. Allmänt kan hälsovårdsnämnd meddela föreläggande eller förbud, som uppenbart behövs för efterlevnad av hälsovårdslagen. Det framgår av 25 § livsmedelslagen.

Innehavaren av ett livsmedelsföretag använde en livsmedelslokal, som var godkänd, men som enligt hälsovårdsnämndens mening var klart underdimensionerad. Nämnden ansåg, att vissa kostnadskrävande investeringar var nödvändiga, men av hänsyn till innehavarens svaga ekonomiska ställning meddelade nämnden inte föreläggande om sådana investeringar. I stället valde nämnden att "förbjuda ägaren till fastigheten att efter nuvarande innehavare upplåta lokalerna i nuvarande skick till någon, som ämnar bedriva handel eller hantering av livsmedel i lokalerna".

Beslutet uppmärksammades vid en JO-inspektion. I ärendet inhämtades yttrande av statens livsmedelsverk. Enligt verket hade nämnden

[3] Prop. 1975/76:92, jfr prop. 1973:136 samt SOU 1975/76:28 och SOU 1973:30. Socialtjänstlagen 1980:620 ersätter 1982 lagen om barnomsorg. Dess 35 § ger kommun rätt att "ta ut skäliga avgifter enligt grunder som kommunen bestämmer", dock ej överstigande självkostnaden. I propositionen uttalas, att kommunerna för tjänster av detta slag enligt hittillsvarande rättsliga prövningar har rätt att ta ut differentierade avgifter grundade på hjälptagarens ekonomiska villkor. Se prop. 1979/80:1 s 547 och jfr SoU 1979/80:44 s 84.

ingen befogenhet att pröva, om den person, som övertar en livsmedelslokal, är lämplig att använda den; nämnden hade sålunda saknat stöd för att förbjuda överlåtelse av lokalerna.

JO (Lundvik) uttalade:

> Såsom livsmedelsverket funnit saknade hälsovårdsnämnden laga stöd för (beslutet). — — — Hälsovårdsnämnden har därför gjort sig skyldig till fel av principiellt ganska allvarlig beskaffenhet. Med hänsyn till att (beslutet) tillkom snarast som en följd av nämndens välvilliga inställning mot de personer som vid det aktuella tillfället innehade lokalerna, låter jag det dock stanna vid vad som förevarit.

Det andra fallet är arbetsdomstolens dom *AD 1978:139 (Anställda med alkoholbesvär)*. Målet rörde två anställda vid Volvo i Göteborg. Den ena, S, hade varit anställd där sedan 1971, den andra, K, sedan 1969. De hade båda svåra alkoholproblem och uteblev i stor utsträckning från arbetet utan att anmäla det. Sedan arbetsgivaren förgäves prövat olika hjälpinsatser och efter upprepade varningar, blev de två uppsagda. Den arbetstagarorganisation, där de var medlemmar, gjorde gällande, att det inte fanns saklig grund för uppsägningarna, emedan de båda led av kronisk alkoholism.

7 § första och andra styckena anställningsskyddslagen (1974:12) var tillämpliga. De lyder:

> Uppsägning från arbetsgivarens sida skall vara sakligt grundad.
>
> Saklig grund för uppsägningen föreligger ej, om det skäligen kan krävas att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig.

Arbetsdomstolen fann, att orsaken till frånvaron var de båda uppsagdas kroniska alkoholism.

Domstolen konstaterade, att det skulle vara olyckligt för dem, om de gick miste om sin anknytning till den öppna arbetsmarknaden. Å andra sidan fann domstolen, att det från en företagares synpunkt måste medföra betydande komplikationer att ha arbetstagare anställda, som ofta uteblir från arbetet och som, när de plötsligt inställer sig, inte sällan är i dåligt skick både fysiskt och psykiskt och därför inte under de första dagarna kan anförtros de sedvanliga uppgifterna. Arbetsdomstolen fann emellertid, att uppsägningarna inte var sakligt grundade och tog därvid hänsyn till att det var fråga om ett stort företag med betydande resurser. På denna punkt uttalade arbetsdomstolen:

> Vid bedömningen av vilken verkan de nu berörda omständigheterna (å ena sidan de båda arbetstagarnas intresse av att få behålla sin anställning, å andra sidan komplikationerna för arbetsgivaren) bör tillmätas i uppsägningsfrågan måste beaktas att bolaget är ett av Sveriges allra största företag som förfogar över betydande resurser för att kunna klara dessa problem. Det kan sålunda nämnas att bolaget har omkring 6 500 arbetare samt 850 tjänstemän sysselsatta vid Torslandaverken där (S) och (K) är anställda. Hade det varit fråga om ett utpräglat småföretag med endast ett fåtal anställda skulle de nu berörda svårigheterna måhända ha kunnat tillmätas sådan betydelse att saklig grund för uppsägning hade förelegat. Oavsett hur härmed må förhålla sig är det dock tydligt att någon sådan bedömning inte kan komma i fråga när det gäller ett företag med bolagets storlek och resurser.

Eftersom lagtexten i detta fall inte ger någon materiell ledning, kan det vara anledning att här återge vad som sagts i förarbetena och som kan ha intresse för frågan i vad mån det finns rättsligt stöd för arbetsdomstolen att i ett fall som detta göra åtskillnad mellan olika arbetsgivare på grund av deras förmögenhetsförhållanden.

I propositionen diskuterades frågan om lagtexten skulle ange kriterier för vad som skulle anses vara en "sakligt grundad" uppsägning. Föredragande statsrådet fann emellertid detta omöjligt:

> Förhållandena inom arbetslivet växlar emellertid i utomordentligt stor utsträckning beroende bl.a. på förhållandena i branschen, på arbetsplatsen och på vilket slags anställning det är fråga om. Vad som i ett fall kan anses utgöra saklig grund för en uppsägning behöver inte i andra fall godtas som sådan grund. Uppsägningsfallen är så olika och förhållandena på arbetsplatserna så varierande att det inte är möjligt att generellt slå fast vad som kan betraktas som saklig grund. Det är alltid nödvändigt att ta hänsyn till de särskilda omständigheterna i det individuella fallet.[4]

Sjukdom såsom grund för uppsägning berörs särskilt i propositionen. När lagen kom till, fanns redan viss praxis med avseende på innebörden av kollektivavtalsklausuler som förbjöd uppsägning på icke-saklig grund. Denna praxis behandlas i propositionen:

> Den omständigheten att en arbetstagare av sjukdom är förhindrad att förrätta sin tjänst har — när saklig grund krävts för uppsägning — ansetts inte i och för sig kunna åberopas som saklig grund, åtminstone om sjukdomen inte är obotlig. — — — Saklig grund torde dock anses föreligga, om arbetstagarens allmänna

[4] Prop. 1973:129 s 120.

> hälsotillstånd är sådant att han inte har de fysiska kvalifikationer, som måste anses erforderliga för arbetsuppgifterna, samt han av denna anledning inte längre kan anses lämplig för yrket. En begränsning av uppsägningsrätten i dessa fall kan dock följa av att arbetsgivaren åtagit sig att utge sjukpension. — — — När sjukdom inte utgör giltig uppsägningsgrund får arbetsgivaren inte heller som grund för uppsägning åberopa förseelser, vilka i och för sig är av beskaffenhet att berättiga till uppsägning men som kan antagas bottna i sjukdomen.[5]

Föredragande statsrådet uttalade vidare, att det låg nära till hands att hämta viss ledning för bedömningen i den praxis som sålunda redan hade utbildat sig, men han tillade:

> Jag vill emellertid påpeka att, även om huvudavtalens formulering flyttas över till lagtexten, detta inte innebär att innebörden av uttrycket saklig grund i framtiden måste bli densamma som har kommit till uttryck i hittillsvarande praxis. Tillkomsten av den nya lagen och det allmänna syfte som ligger bakom den, dvs strävandena att tillförsäkra arbetstagarna ett så gott anställningsskydd som möjligt, måste påverka rättsutvecklingen. Allmänt kan sägas att vad som skall anses utgöra saklig grund är beroende av utvecklingen och ändringar i rådande värderingar. Det är fullt tänkbart att utvecklingen kan komma att medföra att utrymmet för uppsägningar med tiden blir allt mindre.[6]

I propositionen diskuteras dock något i vad mån sjukdom bör kunna vara saklig grund för uppsägning:

> (U)ppsägning (bör) normalt inte kunna ske enbart på den grunden att arbetstagaren till följd av tilltagande ålder, sjukdom, nedsatt arbetsförmåga e.d. får svårt att fullgöra de arbetsuppgifter som har lagts på honom. Detta innebär dock inte att en arbetstagare som är sjuk eller handikappad skulle vara fredad mot varje fall av uppsägning. Sålunda kan uppsägning ske, om arbetstagare har gjort sig skyldig till allvarlig misskötsamhet e.d. eller om arbetsbrist har uppkommit.[7]

Beträffande innebörden av bisatsen "om det skäligen kan krävas att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig" uttalades i propositionen bl.a.:

> (L)äget (kan) vara det att arbetstagaren visserligen inte kan fortsätta med det arbete han tidigare utfört men att det finns möjlig-

[5] Prop. 1973:129 s 31 f.
[6] Prop. 1973:129 s 122.
[7] Prop. 1973:129 s 242.

heter att placera honom i annat arbete hos arbetsgivaren. En arbetstagare som inte klarar sina arbetsuppgifter kan kanske sköta ett mindre krävande arbete som kan erbjudas på annat håll inom företaget. — — — Det synes mig naturligt att saklig grund inte skall anses föreligga om arbetsgivaren har möjlighet att undvika friställningar genom omplaceringsåtgärder av detta slag. — — — Principen att arbetsgivaren skall vara skyldig att före uppsägning överväga alla möjligheter att flytta arbetstagaren till annan arbetsuppgift inom företaget är enligt min mening så viktig att den bör slås fast i lagtexten.

— — — Omplaceringsskyldigheten bör gälla endast i fråga om arbete för vilket arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer. Detta betyder att arbetsgivaren inte skall behöva överväga en förflyttning till ett arbete som arbetstagaren inte har förutsättningar att sköta.[8] — — —

Som exempel på att det inte skäligen kan krävas att arbetsgivaren placerar om arbetstagaren kan nämnas det fallet att arbetstagaren har varit grovt misskötsam. Man kan vidare tänka sig att en arbetstagare som haft svårigheter att samarbeta med arbetsledning och arbetskamrater placerats om en eller flera gånger och att samma svårigheter uppkommit efter omplaceringen. — — —

I uttrycket "skäligen kan krävas" ligger vidare att arbetstagaren skall ha tillräckliga kvalifikationer för det arbete vartill en omplacering kan komma i fråga.[9]

6.6.3. Diskussion

De kommunala avgiftsfallen

I de fall, som avsåg den kommunala likställighetsprincipen, synes regeringsrätten konsekvent ha upprätthållit ett krav på särskilt rättsligt stöd för särbehandling på grund av ekonomiska förhållanden, ehuru inte alltid i enighet med avseende på uppfattningen om vad som är rättskälla. I "Sjukhusavgift" ansågs en allmän kompetensregel — i detta fall att huvudmannen "bestämmer efter vilka grunder — — — avgift skall erläggas" — att döma av motiveringen inte räcka som rättsligt stöd för särbehandling enligt ekonomiska förhållanden. Att regeringsrätten godkände stadsfullmäktiges beslut motiverades ju med sedvanerätt och uttalanden i förarbetena till gällande lagstiftning.[10]

[8] Prop. 1973:129 s 120 f.

[9] Prop. 1973:129 s 242 f.

[10] Enligt Halvar Sundberg är samtliga domskäl i målet oriktiga i sak; se Sundberg Halvar, Kommunalrätt, Stockholm 1964 s 414 not 1 och Förvaltningsrättslig Tidskrift 1941 s 1 ff. Detta spelar dock inte någon roll för de här behandlade frågorna.

I "Vårdavgift på ålderdomshem" ansågs kompetensen att fastställa avgifter motsvarande självkostnaden i och för sig gälla utan särskilt rättsligt stöd men inte en kompetens att därvid differentiera mellan dem som kunde betala avgiften. På den senare punkten synes regeringsrätten dock ha varit något tveksam i "Utförsäkrade patienter i långtidsvård". Regeringsrätten tog ju i det målet klar ställning endast till differentieringen mellan sjukförsäkrade och utförsäkrade och uttalade, att landstinget "i allt fall i nu avhandlade hänseende" hade överskridit sin befogenhet. I detta fall fanns, liksom i "Sjukhusavgift", ett allmänt kompetensstadgande om rätt för landstinget att bestämma grunder och belopp för avgifter. Man skulle därför kunna tycka, att det efter "Sjukhusavgift" stod klart, att tillräckligt rättsligt stöd för en differentiering knuten till patienternas ekonomiska förhållanden fanns i form av sedvanerätt. Regeringsrätten fäste sig emellertid tydligen vid att det här var fråga om en mera långtgående avgiftsdifferentiering än den som det var fråga om i "Sjukhusavgift". Den principiella skillnaden kanske kan uttryckas så här. I "Sjukhusavgift" gällde det särbehandling av obemedlade och mindre bemedlade patienter. I "Utförsäkrade patienter i långtidsvård" däremot var det fråga också om differentiering mellan bemedlade patienter. En sådan differentiering hade inte stöd i sedvanerätt. Man kan naturligtvis göra gällande, att så snart hänsyn till patienternas ekonomi överhuvudtaget befunnits rättsenligt, är vägen öppen för att ta sådana hänsyn även för en differentiering mellan mer eller mindre "rika" patienter. Bärkraften i den argumenteringen är dock inte självfallen. Det är en principiell skillnad mellan, å ena sidan, syftet att göra det möjligt för alla att få den sjukvård var och en behöver — för detta syfte krävs särskilt ekonomiskt bistånd åt obemedlade och mindre bemedlade — och, å andra sidan, syftet att via differentierade avgifter åstadkomma en ekonomisk utjämning mellan de patienter, som inte kan betecknas som obemedlade eller mindre bemedlade. Den automatik, som skall tillgodose ett sådant utjämningssyfte, sker genom statliga skatter och genom olika sociala bidrag. Förutsättningarna för dessa system rubbas i viss mån, om en längre gående utjämning åstadkoms för dem som råkar bli sjuka.

I "Lekskoleavgifter" och i "Daghemsavgifter" synes regeringsrätten i princip ha vidhållit kravet på rättsligt stöd för differentiering, som knyts till ekonomiska förhållanden, men godtog som rättsligt stöd uttalanden i statsverkspropositionen, vilka av riksdagen lämnats utan erinran. En minoritet i "Daghemsavgifter" fann dock, att sådana ut-

talanden inte räcker som rättsligt stöd. Rune Lavin har kritiserat majoritetens ståndpunkt i Förvaltningsrättslig Tidskrift 1975.

Det bör i detta sammanhang uppmärksammas, att grundlagberedningen gjorde ett uttalande om vilka rättskällor som myndigheterna skall beakta. Det skedde med anledning av ett föreslaget stadgande, enligt vilket domstolar och förvaltningsmyndigheter "skall handlägga ärenden, träffa sina avgöranden och även i övrigt handla i enlighet med rättsordningen, sådan denna framgår ur grundlagarna samt ur andra lagar, förordningar, föreskrifter och rättsregler".

Grundlagberedningen uttalade härom:

> Domstolarna och förvaltningsmyndigheterna är i sin verksamhet bundna av rättsordningen. I stadgandet anges vidare vilka rättskällor som myndigheterna skall beakta. Uttrycket "andra rättsregler" syftar på folkrättens och sedvanerättsliga regler. Föreskriften om myndigheternas skyldighet att tillämpa gällande rättsregler innebär härvidlag bl.a. att domstolarna får stöd för rådande praxis som innebär att domstolarna i viss omfattning anser sig kunna bygga på stabiliserat handelsbruk o.d. I fråga om sådana rättsregler som har utvecklats genom myndigheternas egen praxis skall grundlagsregeln inte tolkas så att en domstol eller förvaltningsmyndighet generellt skulle vara bunden av högre myndighets prejudikat. En sedvanerättslig regel torde nämligen i sådana fall inte uppkomma genom ett enda avgörande utan först genom en lång tids oomtvistad tillämpning.[11]

Av uttalandet följer inte, att propositionsuttalanden överhuvudtaget är att anse som rättskälla. Emellertid torde det i vårt land vara vedertaget, att lagtext tolkas i ljuset av uttalanden som gjorts i regeringspropositionen och vid riksdagsbehandlingen i samband med att lagtexten antogs. Det synes emellertid, om inte annat så av praktiska skäl, finnas anledning att göra en skillnad mellan sådana uttalanden och sådana som gjorts i ett annat sammanhang. Eljest måste man förutsätta, att domstolar och myndigheter, liksom de medborgare som vill sätta sig in i rättsläget i en fråga, läser inte bara de motivuttalanden som gjorts i samband med antagandet av en lagtext, utan också alla statsverkspropositioner och motivuttalanden som gjorts i samband med antagandet av andra lagtexter, ja, kanske rentav alla riksdagsdebatter.

11 SOU 1972:15 s 196.

"Livsmedelslokalen"

I "Livsmedelslokalen" fann JO, att hälsovårdsnämnden hade gjort sig skyldig till ett fel "av principiellt ganska allvarlig beskaffenhet" genom att med hänsyn till partens svaga ekonomiska ställning inte ålägga honom de kostnadskrävande investeringar, som nämnden fann i och för sig påkallade ur hälsovårdssynpunkt.

Ingenting tyder på att vare sig livsmedelsverket eller JO såg fallet som en fråga om likhet inför lagen. Att i varje fall verket inte gjorde det framgår av att det påpekade, att nämnden "i stället kunde under hand ha skriftligen meddelat rörelsens innehavare — — — att förbättringsåtgärder skulle aktualiseras om det blev fråga om överlåtelse av (livsmedelokalen) till ny innehavare". JO tog inte avstånd från detta förslag, som ju skulle ha inneburit precis lika mycket hänsyn till person som det felaktiga beslutet.

"Anställda med alkoholbesvär"

Arbetsdomstolens dom i "Anställda med alkoholbesvär" aktualiserar ett problem, som kan uppkomma vid tillämpningen av åtskilliga lagar från 1970-talet. Kan motivuttalanden, som uppmanar de rättstillämpande organen att på egen hand ge innehåll åt i och för sig innehållslösa rättsbegrepp, ses som ett rättsligt stöd att differentiera mellan enskilda enligt ett kriterium, som tar sikte på deras ekonomiska ställning?

Oavsett hur man besvarar den frågan var det enligt min mening i "Anställda med alkoholbesvär" felaktigt, att arbetsdomstolen såg arbetsgivarens resurser som ett skäl att finna uppsägningarna icke sakligt grundade. Denna bedömning kan grundas redan på motivuttalanden som visar, att lagstiftaren har tagit avstånd från tanken att vissa arbetsgivare skall ha ett större socialt ansvar än andra arbetsgivare.

Också i detta sammanhang synes problemet blir klarare, om man, på sätt som skett i 5.2.3, skiljer mellan en särbehandling *på grund av* och en särbehandling bara *som en följd av* en i princip irrelevant omständighet. I propositionen med förslag till anställningsskyddslagen finns visserligen, såsom framgått, uttalanden som ger stöd för att arbetsdomstolen i sin tillämpning av 7 § får och skall beakta, om en arbetstagare, som är uppsagd på grund av rationaliseringsskäl, kan beredas annat arbete vid företaget. En sådan möjlighet finns naturligtvis oftare på en stor arbetsplats än på en liten.

Om arbetsdomstolen i ett fall finner, att en arbetstagare, som är uppsagd för att hans arbete skall "rationaliseras bort", kan ompla-

ceras därför att det är en stor arbetsplats med möjligheter till omplacering, sker domstolens ogiltigförklaring av uppsägningen inte på grund av, utan bara som en följd av arbetsplatsens storlek. Också på en stor arbetsplats kan det hända, att möjligheter till omplacering saknas, liksom det på en liten kan hända, att det finns sådana möjligheter. Uttalandena i propositionen tyder inte på att arbetsdomstolen i detta hänseende får underlåta att ta ställning till frågan, om möjligheterna finns i det enskilda fallet.

Uttalandena i propositionen tyder inte heller på att avsikten överhuvudtaget var att ålägga någon arbetsgivare att sysselsätta en arbetstagare, som inte kan fylla någon för företaget nyttig funktion. Det betonades — utan något förbehåll för stora företag — att det "givetvis" inte kan fordras av en arbetsgivare, att han håller i gång verksamhet "enbart för att tillgodose arbetstagarnas anställningstrygghet", och departementschefen tillfogade: "Ett effektivt fungerande näringsliv är en nödvändig förutsättning för att vi skall få en fortsatt ekonomisk tillväxt och därmed det behövliga utrymmet för reformarbetet."[12]

Även uttalandena om att omplacering inte kan begäras annat än om arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det tyder på att avsikten inte var att ålägga någon arbetsgivare — oavsett storlek och resurser — att ha arbetstagare anställda för ett rent humanitärt syfte.

Visserligen är det klart, att svensk lagstiftning av i dag ålägger arbetsgivare ett socialt och humanitärt ansvar. Ett uttryck för detta är lagen (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder. Enligt denna lag kan arbetsmarknadsmyndigheterna bl.a. anvisa en arbetsgivare att i samband med nyanställningar öka andelen äldre arbetstagare och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga, en anvisning, som i sista hand sanktioneras med böter och fängelse. Och visserligen har arbetsmarknadsmyndigheterna formella befogenheter att vid tillämpningen rikta in sig på stora företag eller på vissa stora företag. Men det finns ingenting, som tyder på att arbetsgivarnas sociala ansvar har olika kvalitet beroende på deras storlek och resurser. Uttalanden om att detta *icke* avsågs gjordes i samband med antagandet av föregångaren till nyssnämnda lag, lag (1971:202) om vissa åtgärder för att främja sysselsättning av äldre arbetstagare på den öppna arbetsmarknaden. Sålunda klargjorde departementschefen, att lagstiftningen inte var inriktad på att vissa arbetsgivare skulle "ta hand om" den arbetskraft

[12] Prop. 1973:129 s 123.

lagen avsåg att stödja utan i stället gick ut på, dels att bryta inställningen att denna kategori generellt skulle vara "sämre arbetskraft", dels att arbetsplatser och arbetsuppgifter vid behov skulle anpassas så, att dessa arbetstagare skulle kunna fullgöra "arbetsprestationer som är jämförbara med de yngre arbetstagarnas".[13] Detta uttalande gjordes till yttermera visso med anledning av att ett par remissinstanser hade uttalat farhågor för att lagen skulle komma att tillämpas så, att vissa arbetsgivare i särskilt stor utsträckning ålades att "ta hand om" arbetskraft som har ett utsatt läge. Och i riksdagsbehandlingen betonades behovet av balans olika arbetsgivare emellan, så att inte vissa arbetsgivare skulle få fördelar på andra arbetsgivares bekostnad.[14] Att 1971 års lag inte var tillämplig på arbetsgivare med mindre än fem anställda motiverades uteslutande med att sådana arbetsgivare ansågs ha små möjligheter att vidta åtgärder för att främja sysselsättningsmöjligheter för äldre arbetskraft.[15] 1974 års lag gäller i princip alla arbetsgivare, oavsett antalet anställda, och den skyddar inte bara äldre arbetstagare utan också handikappade. Men det är ingenting som tyder på att inte de här återgivna uttalandena i förarbetena till 1971 års lag skulle gälla också för tolkningen av 1974 års lag.

Ett stöd för att arbetsdomstolen likväl får i ett fall som "Anställda med alkoholbesvär" göra åtskillnad mellan arbetsgivare med hänsyn till deras storlek och ekonomiska resurser skulle möjligen kunna ses i de uttalanden av allmän natur, som departementschefen gjorde i regeringspropositionen med förslag till anställningsskyddslagen. Man skulle då se det rättsliga stödet för sådan särbehandling däri, att målsättningen angavs vara att ge arbetstagare "ett så gott anställningsskydd som möjligt", och att lagens saklighetsbegrepp skulle "bero av utvecklingen och ändringar i rådande värderingar". Men om ett kompetensstadgande av typ att kommun "bestämmer efter vilka grunder avgift skall utgå" inte i och för sig utan endast i förening med tydliga uttalanden i en proposition anses utgöra rättsligt stöd för differentiering av avgifter enligt ekonomiska förhållanden, kan det enligt min mening omöjligt antas, att ett i och för sig innehållslöst lagrekvisit i förening med så obestämda motivuttalanden skulle kunna ses som rättsligt stöd för domstolar och myndigheter att tillämpa sådan särbehandling. Om man intar motsatt ståndpunkt, innebär det att

[13] Prop. 1971:107 s 123.
[14] InU 1971:18 s 16.
[15] Prop. 1971:107 s 67, InU 1971:18 s 19.

principen om likhet inför lagen knappast har något innehåll med avseende på denna typ av lagstiftning.

Även frånsett denna aspekt synes man — med avseende på rättsfallet — kunna ifrågasätta, om de rådande värderingarna i vårt samhälle verkligen är sådana att arbetsdomstolens bedömning kan hängas upp på dem. Om inte, aktualiseras frågan om en domstol eller en myndighet genom sin rättstillämpning får gå i bräschen för nya värderingar. Detta förefaller mig stå i strid mot stadgandet i 1 kap. 1 § regeringsformen, att den offentliga makten utövas under lagarna.

6.7. Sociala och humanitära hänsyn till person

6.7.1. Inledning

I det i 6.2.2 återgivna fallet "Livmedelslokalen" underkände JO, att en hälsovårdsnämnd tog särskild hänsyn till en parts svaga ekonomiska ställning. Skälet för att nämnden tog sådana hänsyn kan antas ha varit, att nämnden tyckte synd om den berörda affärsinnehavaren och inte ville gå så hårt fram mot denne som mot andra innehavare av bristfälliga livsmedelslokaler. Man kan sätta in detta fall i ett större sammanhang än det som gäller särbehandling på grund av förmögenhet. Det är naturligen så att den som utrustats med en maktbefogenhet gärna vill använda den på ett sätt som beaktar sociala och humanitära aspekter, och därvid kan uppenbarligen en rad andra personliga förhållanden än de i det föregående behandlade kriterierna komma i fråga som grund för särskilda hänsyn.

Det är tydligt, att sådana hänsyn ger upphov till problem med avseende på principen om allas likhet inför lagen. I det följande skall en rad fall redovisas, där dessa problem har aktualiserats.

6.7.2. Saklighetskravet i praxis

I fallet *RÅ 1971 not C 242 (Kiosker för handikappade)* har regeringsrätten tagit ställning till frågan om kommunerna får använda sin vetorätt enligt ordningsstadgan för att gynna handikappade. En kioskförsäljare klagade på att Stockholms stad hade använt denna vetorätt för att inte låta honom få polisens tillstånd att ha en kiosk på allmän plats i Stockholm. Staden tillämpade principen, att kioskplatser skulle förbehållas partiellt arbetsföra. Länsstyrelsens utslag, som regeringsrätten sedan inte ändrade, uttalade, att denna åtskillnad mellan olika

grupper av kioskhandlare ej innebar ett befogenhetsöverskridande och inte heller vilade på orättvis grund.

I ärende *JO 1949 s 26 (Gravid fästmö)* hade en stadsfiskal, O, intygat, att en person, som ett halvår tidigare dömts för rattfylleri, K, efter brottet hade gjort sig känd för ett nyktert levnadssätt. O visste emellertid, när han skrev intyget, att det fanns flera personer, som påstod sig efter rattfylleridomen ha sett K i synbart spritpåverkat tillstånd. Intyget skulle användas för att K skulle kunna få tillbaka sitt körkort.

Någon gjorde JO-anmälan mot O. O anförde, att han hade haft anledning att tro, att K hade "rättat till sig". Han förklarade vidare, att en bidragande orsak hade varit, att han inte ville nedslå K:s levnadsmod genom att neka honom intyget; det skulle ha kunnat medföra, att K:s sinnestillstånd försämrades till skada inte bara för honom själv utan också för hans gravida fästmö.

JO (Rudewall) godkände inte, att O hade tagit sådana hänsyn:

> Vad (O) till försvar — — — anfört kan enligt min mening icke lända honom till ursäkt. Ett ställningstagande till fråga om en körkortssökande bör erhålla nykterhetsintyg eller icke måste — — — ske på objektiva grunder och får icke influeras av känsloskäl.

Åtal väcktes mot O. Han dömdes för försummelse i tjänsten till 20 dagsböter.

JO 1954 s 26 (Förskingrande landskanslist) gällde en landssekreterares passivitet, sedan det upptäckts, att en underordnad tjänsteman vid länsstyrelsen hade förskingrat pengar, som en advokat hade skickat till länsstyrelsen som köpeskillingar i ensittarärenden. Advokaten gjorde JO-anmälan. Den förskingrande tjänstemannen kallas här nedan för N. Landssekreteraren förklarade till JO sin underlåtenhet att inleda något rättsligt förfarande mot N bl.a. med följande.

> Ett rättsligt förfarande mot (N) hade förefallit (landssekreteraren) i hög grad motbjudande med tanke på de följder detta skulle få för (N:s) familj — hustrun och tre minderåriga barn. Dessutom hade (landssekreteraren) ansett det sannolikt, att (N) vid tiden för tillgreppen hade befunnit sig i ett sådant psykiskt tillstånd att han knappast varit helt ansvarig för sina handlingar.

Medan ärendet var anhängigt hos JO, åtalades N och dömdes för grov förskingring i förening med åsidosättande av tjänsteplikt till straff-

arbete fem månader, villkorlig dom, samt till suspension tre månader från sin tjänst vid länsstyrelsen.

JO (Rudewall) lät åtala landssekreteraren och anförde i sin skrivelse till riksåklagaren bl.a.:

> Enligt 47 § landshövdinginstruktionen den 19 november 1937 skall länsstyrelsen vid svårare tjänstefel av icke-ordinarie befattningshavare låta ställa denne under åtal vid vederbörande domstol. — — —
>
> Vad (landssekreteraren) anfört till sitt försvar för sin underlåtenhet — — — synes mig, även om man vill medgiva att hans handlande dikterats av rent mänskliga hänsyn och därför kan vara förståeligt, icke kunna lända honom till ursäkt.

Hovrätten över Skåne och Blekinge dömde landssekreteraren för tjänstefel till 15 dagsböter. Vad han anfört till sitt försvar ansågs inte vara av beskaffenhet att befria honom från ansvar men beaktades vid straffmätningen.

I ärendet *JO 1964 s 146 (Human stadsfogde)* hade en stadsfogde av humanitära skäl uppskjutit verkställighet av en avhysningsdom. Detta JO-anmäldes av hyresvärdens ombud.

Stadsfogden argumenterade enligt följande. Hyresgästen, en kvinna, var gift och hade tre barn i åldern fyra, tre och två år. Barnen fostrades och vårdades väl. Det skulle strida mot elementära etiska och humanitära begrepp att sätta ut föräldrar och bohag på gatan och överlämna barnen till kommunal myndighet för omhändertagande. Han hade handlat i lagens anda. Lagstiftaren hade aldrig avsett att bestämmelserna om avhysning skulle kunna få leda till den konsekvensen att människor skulle kastas på gatan utan möjlighet att få tak över huvudet eller att familjen skulle skingras för obestämd tid.

Det fanns en särskild bestämmelse i utsökningslagen om anstånd med vräkning. Jämlikt 193 § fick vräkning inte verkställas, om ej den, som skulle vräkas, sist fyra dagar före vräkningen hade fått underrättelse genom utmätningsmannen om att verkställighet sökts. Enligt samma lagrum kunde utmätningsmannen, "där förhållandena därtill föranleda", medge skäligt anstånd med verkställighet, dock högst sex dagar utöver den tid som eljest skall föregå verkställigheten.

JO (Bexelius) tog bestämt avstånd från förfarandet:

> Av vad som förevarit i samband med den ifrågavarande bestämmelsens (193 § utsökningslagen) tillkomst framgår — — —, att anstånd med vräkning icke kan på grund av ömmande omstän-

digheter medgivas utöver vad som uttryckligen föreskrives i 193 § UL.

Denna slutsats rubbas icke därav att i undantagsfall hinder kan möta mot att verkställa vräkning inom den i lagen angivna tiden. Sådant hinder kan bestå däri att andra trängande tjänsteförrättningar föranleda att utmätningsmannen icke hinner verkställa vräkningen. Även eljest kan under vissa förhållanden hinder föreligga mot verkställighet inom den tid anstånd kan medgivas. Är t.ex. hyresgästen eller någon av hans familj så svårt sjuk, att en tvångsförflyttning medför fara för liv och hälsa, är utmätningsmannen otvivelaktigt icke blott berättigad utan även förpliktad att uppskjuta verkställigheten av vräkningsdom. Har hyresgästen minderåriga barn och finnes ej annan bostad att tillgå, måste verkställigheten uppskjutas så mycket att tillfälle beredes vederbörande barnavårdsnämnd att taga hand om barnen. Av lagens begränsning av den tid anstånd kan beviljas följer emellertid, att hinder mot vräkning inom nämnda tid kan förekomma endast i nödsituationer av så allvarligt slag, att en omedelbar vräkning framstår såsom stridande mot allmänt vedertagna rättsgrundsatser. Enbart avsaknad av annan bostad kan icke anses innefatta hinder mot vräkning. Hade lagstiftaren avsett att ett dylikt ofta förekommande förhållande skulle kunna medföra uppskov med vräkning utöver den i lagen uppställda anståndstiden, hade detta måst uttryckligen föreskrivas i lagen. Eljest vore en begränsning av anståndstiden meningslös.

Stadsfogden hade nyligen dömts för ett liknande tjänstefel, och JO fann det inte nödvändigt att föranstalta om åtal också för detta förfarande. Han framhöll dock, att felet var "av allvarlig beskaffenhet" och uttalade "en allvarlig erinran om vikten ur rättssäkerhetssynpunkt av att alla tjänstemän vid utövningen av sin tjänst noga ställa sig lagens bud till efterrättelse". Och han tillade:

> Jag vill därvid särskilt framhålla att medborgarna — om varje tjänsteman skulle äga frångå lagen, när han för sin del finner sådant påkallat av ömmande skäl — icke skulle kunna förutse hur myndigheterna komma att handla, med påföljd att själva grunden för rättssäkerhet och möjlighet att planera för framtiden rubbas till allvarligt men för ordning och trivsel i samhället.

Två andra JO-fall från 1960-talet gällde båda frågan, om en lantbruksnämnd i sin rationaliseringsverksamhet får beakta sociala och humanitära synpunkter. I det ena fallet besvarades frågan nekande, i det andra jakande. I båda fallen var det JO Bexelius, som tog ställning till frågan. Det har därför sitt speciella intresse att granska de båda ärendena och jämföra dem med varandra.

Till en början bör följande upplysas. Lantbruksnämnderna är statliga organ för jordbrukets rationalisering i varje län. De inrättades 1948 som lokala organ för den statliga jordbrukspolitiken. Lantbruksnämnderna köper och säljer mark för komplettering av jordbruk m.m. Tillstånd av lantbruksnämnd fordras enligt jordförvärvslagen (numera 1965:250) för förvärv av jordbruksfastighet. Lantbruksnämnden beslutar också om bidrag och lån till rationaliseringsåtgärder och om statlig lånegaranti m.m. Lantbruksnämnd består av nio ledamöter, varav regeringen utser ordföranden, som regel landshövdingen i länet, och tre andra ledamöter, medan landstingen utser fyra. Av det sagda kan man dra slutsatsen, att lantbruksnämndernas policy måste bestämmas av den statliga jordbrukspolitiken. Jordbrukspolitiken i Sverige under 1960-talet grundade sig till stor del på riksdagsbeslut 1947. Det uttalades därvid, att det närmaste målet för de statliga åtgärderna på jordbrukets område bör vara, att den i jordbruket arbetande befolkningen skall få samma möjligheter som utövarna av andra näringar att uppnå en skälig inkomstnivå och att bli delaktig i den allmänna välståndsstegringen.[1] Detta skulle åstadkommas genom en fortsatt yttre och inre rationalisering inom jordbruket, genom gränsskydd och genom ekonomiskt stöd från samhällets sida.[2] Lantbruksnämndernas kompetens har alltid varit mycket allmänt bestämd. Enligt 21 § 1) Kungl. Maj:ts instruktion (1960:634) för lantbruksstyrelsen och lantbruksnämnderna hade lantbruksnämnd "att inom sitt verksamhetsområde med uppmärksamhet följa lantbrukets tillstånd och utveckling samt att själv vidtaga eller hos lantbruksstyrelsen göra framställning om de åtgärder, vartill läget giver anledning"; särskilt ålåg det lantbruksnämnderna bl.a. att "handhava de statliga åtgärderna för jordbrukets och skogsbrukets yttre rationalisering, däri inbegripet förvärv och försäljning av fast egendom". (Motsvarande gällde enligt 22 och 23 §§ Kungl. Maj:ts instruktion 1965:793 för lantbruksstyrelsen och lantbruksnämnderna. Genom Kungl. Maj:ts instruktion 1967:425 har kompetensen utvidgats, dock knappast i något hänseende som kan vara relevant för de frågor JO hade att ta ställning till i de båda ärenden som nu skall redovisas.)

I ärendet *JO 1963 s 386 (Den filantropiska lantbruksnämnden)* hade lantbruksnämnden i Blekinge av en lantbrukare A köpt hans fastighet på ön Utlängan i Blekinge. Priset var drygt 21.000 kr jämte ersättning åt A för en tomt på fastlandet. I avtalet förbehölls A bl.a. nyttjande-

[1] Prop. 1974:75 s 123, jfr särskilda utskottet 1947:2 s 13.
[2] Prop. 1947:75 s 124, jfr särskilda utskottet 1947:2 s 11 ff.

rätten till fastighetens byggnader och visst fiske. Nämnden arrenderade sedan ut delar av fastigheten till stiftelsen Blekinge Naturvård för tio år. Arrendeavgiften bestämdes till 100 kr om året.

JO (Bexelius) lade märke till detta vid en inspektion. Han fann det tveksamt om lantbruksnämnden fick göra så och företog utredning. Denna gav vid handen, att lantbruksnämnden med köpet hade velat skapa ett naturreservat och samtidigt tillgodose A:s intresse av att få sälja sin fastighet på skäliga villkor.

JO uttalade, att det inte låg i nämndens befogenhet att förvärva fastigheter vare sig i syfte att bilda naturreservat eller i syfte att se till, att lantbrukare fick sälja på skäliga villkor. JO var på dessa punkter kategorisk och yttrade bl.a.:

> Jag delar visserligen helt nämndens uppfattning om det behjärtansvärda i att befolkningen i avfolkningsområdena får skälig ersättning, då den avvecklar sina fastighetsinnehav inom dessa områden, och det önskvärda i att hithörande fastigheter få bilda ett naturreservat. Då emellertid några medel för dessa ändamål icke stodo till förfogande för nämnden, borde nämnden ha gjort framställning i saken till Kungl. Maj:t. Huru beaktansvärda dessa syften med fastighetsförvärvet än må ha varit, tillkom det icke nämnden att använda jordfondens medel för annat ändamål än det av statsmakterna bestämda. Det är av största vikt, att en myndighet icke, med åsidosättande av gällande föreskrifter, självrådigt handlar efter vad den anser motsvara det allmännas intresse.

I *JO 1967 s 338 (Den kallsinniga lantbruksnämnden)* kritiserades en lantbruksnämnd i stället för att den brustit i socialt ansvarskännande inställning. Lantbruksnämnden i fråga hade 1962 köpt en fastighet, som omfattade ett inägoskifte och ett skogsskifte. På inägoskiftet fanns en tomt med stuga och ett uthus. Där bodde H och hans hustru. De hade hyrt byggnaderna sedan 1948 av förra ägaren. H gav lantbruksnämnden ett anbud på tomten och byggnaderna. Han framhöll, att han hade bott där i över fjorton år och lagt ned mycket arbete på reparationer m.m. Men nämnden sålde i stället tomten jämte skogsskiftet till en annan person. I köpekontraktet skrevs bl.a.: "Köparen är medveten om att (H) med familj bebor egendomens hus. Säljaren fritager sig från ansvar för (H:s) avflyttning från egendomen."

H klagade till JO. Han anförde, att den som hade köpt tomten och byggnaderna hade försökt sälja den vidare till utomstående spekulanter.

Lantbruksnämnden framhöll i sitt remissvar till JO bl.a. att det

enligt nämndens mening knappast fanns förutsättningar för nämnden att anlägga sociala synpunkter. Köparen hade till nämnden uppgivit, att han behövde byggnaderna som bostäder till skogsarbetare. Nämnden visste inte, om han sedermera hade försökt sälja byggnaderna vidare.

JO (Bexelius) var starkt kritisk till nämndens ståndpunkt att den inte kunde anlägga sociala synpunkter. Han uttalade:

> Lantbruksnämndernas uppgift är att verka för jordbrukets rationalisering i enlighet med statsmakternas intentioner, såsom de framgår av gällande jordförvärvslagstiftning och instruktionsbestämmelser. Härav följer dock icke, att lantbruksnämnd bör vid sitt handlande helt bortse från andra synpunkter. Självfallet möter icke hinder att beakta sociala och humanitära synpunkter, när så kan ske utan att eftersätta de rationaliseringsbehov som lantbruksnämnd har att tillgodose. Om t.ex. en fastighet — varå finnas byggnader som uthyrts — uppdelas för att komplettera olika brukningsenheter, kan ofta det område, varå de uthyrda byggnaderna finnas, avskiljas och säljas för sig utan att detta på något sätt behöver påverka den rationalisering som eftersträvas. Vidare kan ofta en köpare som icke har något påtagligt behov av uthyrda byggnader å den egendom som förvärvas förbindas att låta den, som förhyr byggnaderna, kvarbo viss tid utan att detta behöver nämnvärt påverka köpeskillingen. I sådana fall bör givetvis all möjlig hänsyn tagas till sociala och humanitära synpunkter, även om detta icke blivit fastslaget i instruktion.
>
> I det nu aktuella ärendet hade (H och hans maka) ett starkt personligt intresse av att få förvärva tomten med påbyggnader, som i fjorton år varit deras hem. — — — I detta fall var omständigheterna uppenbarligen sådana att det var sakligt befogat att beakta (makarnas) särskilda anknytning till fastigheten och det arbete de nedlagt på densamma och därför ingående överväga huruvida (makarnas) önskemål att förvärva byggnaderna med tillhörande område kunde tillgodoses.
>
> Lantbruksnämnden har icke uppgivit och i ärendet har icke heller eljest förekommit något som tyder på att något rationaliseringsbehov skulle ha eftersatts, om byggnaderna med tillhörande område försålts till (makarna).
>
> — — — Direkt stötande förefaller den förut återgivna friskrivningsklausulen i köpekontraktet, som ger klart besked att lantbruksnämnden insåg och räknade med de ödesdigra konsekvenser försäljningen kunde väntas få för (makarna).
>
> Såsom av det anförda framgår finner jag mig icke kunna godtaga lantbruksnämndens uttalande att nämnden icke skulle kunna anlägga sociala synpunkter. Resultatet av den skedda försäljningen framstår som olyckligt och oförenligt med den socialt ansvarskännande inställning, som bör prägla och i regel även

präglar nutida förvaltning. Särskilt betänkligt är att (makarna) ej ens tillförsäkrades fortsatt hyresrätt under en skälig övergångstid.

Dock fann JO inte, att nämndens ledamöter eller någon dess befattningshavare hade gjort sig skyldiga till straffbart tjänstefel.

Ur JO:s praxis må också följande två fall från 1970-talet återges.

Det ena är *JO 1975 s 431 (Onyktert lokbiträde).* Lokbiträdet W rapporterades för onykterhet i tjänsten vid fyra tillfällen. Han fick tillfälle att förklara sig och hänvisade då till ett läkarintyg utfärdat av SJ:s rådgivande psykiater. Enligt intyget var W vid tiden för de rapporterade förseelserna i ett tillstånd av psykisk sjukdom, depressiv neuros med alkoholism; tillståndet var enligt läkaren att jämställa med sinnessjukdom och uteslöt straffbarhet.

Enligt 5 § kungörelsen (1965:844) om handläggning av disciplinärenden skulle fråga om bestraffning eller åtalsanmälan i första hand prövas av vederbörande distriktssekreterare. Denne kunde enligt 6 § till godkännande förelägga tjänsteman disciplinstraff i form av varning eller löneavdrag. Vederbörande distriktssekreterare utfärdade i detta fall ett sådant föreläggande; W förelades löneavdrag under 30 dagar. W vägrade att godkänna föreläggandet, och distriktssekreteraren hänsköt då ärendet till bestraffningskollegiet vid SJ.

Bestraffningskollegiet begärde utlåtande från socialstyrelsen. Styrelsen uttalade, att W under ifrågavarande tid hade lidit av psykisk sjukdom, depressiv neuros och alkoholism, av sådan art och grad att den uteslöt straffbarhet för de förseelser han gjort sig skyldig till. Bestraffningskollegiet beslöt med anledning därav att avskriva disciplinärendet från vidare handläggning.

En jurist hos Statsanställdas förbund gjorde JO-anmälan mot distriktssekreteraren. I anmälningen ifrågasattes, om distriktssekreteraren hade bort utfärda strafföreläggande för W, när denne hade åberopat läkarintyget från SJ:s rådgivande psykiater.

Det fanns inte några särskilda regler om behandlingen av ett disciplinärende i det fall att förseelsen begåtts under inflytande av psykisk sjukdom. Däremot fanns den allmänna bestämmelsen i 33 kap. 2 § brottsbalken om nedsättning eller uteslutning av påföljd i dylika fall:

> För brott som någon begått under inflytande av sinnessjukdom, sinnesslöshet eller annan själslig abnormitet av så djupgående natur, att den måste anses jämställd med sinnessjukdom, må ej

tillämpas annan påföljd än överlämnande till särskild vård eller, i fall som angivas i andra stycket, böter eller skyddstillsyn.

Till böter må dömas, om det finnes ändamålsenligt för att avhålla den tilltalade från fortsatt brottslighet. Skyddstillsyn må ådömas, därest sådan påföljd med hänsyn till omständigheterna finnes lämpligare än särskild vård.

Finnes påföljd som här sagts icke böra ådömas, skall den tilltalade vara fri från påföljd.

Chefen för SJ:s juridiska avdelning, Clas Nordström, avgav i JO-ärendet ett yttrande. Han fann, att distriktssekreteraren hade handlat korrekt. I yttrandet uttalades bl.a.:

(D)isciplinförfarandet (tillhandahåller icke) den, framför allt från rättssäkerhetssynpunkt, noga utmejslade form för utredning av gärningsmannens sinnesbeskaffenhet som ingår som led i brottmålsprocessen. Myndigheten äger ej såsom en domstol förordna om sinnesundersökning att ligga till grund för bedömning av gärningsmannens ansvar och straffmottaglighet. Det får likväl icke därför förutsättas att myndigheten skall utan vidare godtaga läkarintyg som vederbörande själv presenterar rörande sin sinnesbeskaffenhet i syfte att, sedan disciplinförfarande inletts, värja sig mot ansvar. Myndigheten har f.ö. knappast den erfarenhet att den kan antagas vara i stånd att rätt bedöma värdet av ett sådant intyg. — — —

(D)isciplinförfarandet (är icke) utformat för handläggning av ärenden som kräver vidlyftig och svårbedömd utredning utan är avsett att fungera som ett mer eller mindre summariskt förfarande företrädesvis beträffande erkända gärningar. Detta framgår måhända klarast av stadgandet i 20 § under d) i statstjänstemannalagen enligt vilket anmälan till åtal skall ske bl.a. om tjänstemannen bestrider vad som lägges honom till last och tillfredsställande utredning ej kan åstadkommas hos myndigheten. Motsvarande torde få anses gälla då tjänstemannen väl ej bestrider gärningen men ansvar för densamma på grunder som myndigheten icke finner sig äga förutsättningar att närmare utreda och bedöma.

JO (Lundvik) fann, att 33 kap. 2 § brottsbalken var analogt tillämpligt på disciplinstraffrätten. Enligt detta synsätt kunde påföljder som avsättning eller suspension inte tillämpas, när gärningen förövats under inflytande av sinnessjukdom eller vad därmed är likställt; löneavdrag torde däremot kunna komma i fråga såsom jämförbart med böter i allmän straffrätt. På dessa punkter var JO, såvitt man kan utläsa av referatet i ämbetsberättelsen, ense med SJ:s jurist.

Men i motsats till SJ:s jurist fann JO det felaktigt av distriktssekre-

teraren att utfärda strafföreläggande för W, låt vara att JO med hänvisning till bristen på särskilda bestämmelser inte ville "över hövan kritisera honom för vad han gjorde". Han uttalade bl.a.:

> Jag vill — — — påpeka att det inom disciplinstraffrätten inte föreligger någon oavvislig skyldighet — motsvarande åklagares åtalsplikt i brottmål — att i alla de fall då tjänsteman gjort sig skyldig till någon förseelse i tjänsten inskrida med disciplinförfarande. Visst utrymme anses finnas för myndighet att underlåta att tillgripa disciplinstraff i mindre allvarliga fall. — — —
>
> Den föreliggande möjligheten att avstå från disciplinstraff är av särskild betydelse när det — såsom här var fallet — gäller onykterhet i tjänsten och omständigheterna tyder på att vederbörande har verkliga alkoholproblem. Enligt ett synsätt, som alltmer vunnit insteg, är alkoholism ett sammansatt socialt-medicinskt problem, som man bättre kommer till rätta med genom nykterhetsvårdande och medicinska insatser än genom straff. — — —
>
> (Jag vill) ifrågasätta SJ:s uppfattning att det skulle föreligga skyldighet för en myndighet att med en analogisk tillämpning av 20 § d) statstjänstemannalagen göra åtalsanmälan även i sådana fall då tjänstemannen väl ej bestrider själva gärningen men däremot ansvar för densamma på grunder som myndigheten finner sig inte äga förutsättningar att närmare utreda och bedöma. En annan sak är att myndigheten måhända har rätt därtill — — — Det är emellertid i så fall en utväg som myndigheten bör använda med stor försiktighet *med tanke på den skadliga publicitet som en offentlig rättegång kan medföra för en tjänsteman som lider av alkoholsjukdom eller psykisk ohälsa.* (Kurs. av förf.)

6.7.2. Diskussion

"Kiosker för handikappade"

Utgången i "Kiosker för handikappade" bör sammanställas med kommunernas skyldighet att ge socialhjälp åt den, som på grund av "ålderdom, sjukdom, lyte eller eljest bristande kropps- eller själskrafter icke kan försörja sig genom arbete" i den mån han själv saknar medel och hans behov icke tillgodoses på annat sätt; skyldigheten framgår av 12 § lagen (1956:2) om socialhjälp i den lydelse paragrafen har enligt en ändring 1960 (1960:98). Regeringsrättens bedömning av det fallet bör vidare sammanställas med lagen (1970:663) om vissa kommunala befogenheter i fråga om sysselsättning för handikappade, en lag som under vissa förutsättningar ger kommunerna rätt att bedriva affärsverksamhet i syfte att bereda arbetsanställning åt handikappade. JO

(Bexelius) uttalade sig redan i 1960 års ämbetsberättelse i samma riktning som länsstyrelsen och regeringsrätten i "Kiosker för handikappade".[3] JO framhöll där, att kommun genom vetorätten kunde påverka polisens tillståndsgivning i ärenden om tillstånd enligt ordningsstadgan till förmån för personer, som är i behov av socialt stöd. Det rättsliga stödet för en sådan åtskillnad var väl inte så klart, innan lagen om vissa kommunala befogenheter i fråga om sysselsättning för handikappade fanns. Ett alldeles klart stöd ger f.ö. inte heller den lagen. Kanske ansågs det finnas ett sedvanerättsligt stöd för detta; det synes vara ett gammalt betraktelsesätt, att det ingår i samhällets uppgifter att ordna arbete åt handikappade genom särskilda åtgärder.[4]

JO-fallen

Vad så JO-fallen beträffar ger de knappast intryck av ett konsekvent sätt att se på förutsättningarna för att myndigheterna utan särskilt rättsligt stöd kan ta sociala och humanitära hänsyn. Betraktar man fallen närmare, synes kanske dock vissa principer kunna skönjas.

"Gravid fästmö", "Förskingrande landskanslist", och "Human stadsfogde" har det gemensamt, att JO för sin bedömning kunde stödja sig på jämförelsevis klara bestämmelser. Dessa fall kan ses som ett vederläggande för svensk rätts del av norrmannen Bernts uppfattning, att det av vanliga tolkningsprinciper följer, att förvaltningen inte får utföra sina i lag pålagda uppgifter utan hänsyn till biverkningar för berörda enskilda (jfr 2.3).

De övriga JO-fallen — de båda, som gällde en lantbruksnämnd och "Onyktert lokbiträde" — har däremot det gemensamt, att JO inte kunde ha någon nämnvärd hjälp av bestämmelser, som reglerade den kompetens som det var fråga om.

De båda fallen om lantbruksnämnds befogenhet att ta sociala och humanitära hänsyn ter sig i förstone motsägelsefulla. Uppenbarligen finns det dock skillnader mellan de båda fallen. Frågan är vilken av dessa skillnader som är den viktiga i sammanhanget.

En skillnad synes vara, att JO i det första ärendet fann, att de sociala hänsynen jämte naturvårdsintresset ensamma hade förorsakat inköpet av fastigheten, medan han i det andra ärendet framhöll, att de sociala hänsyn, som nämnden enligt hans mening borde ha tagit, inte stod i strid mot de intressen nämnden hade att tillvarata. Man

[3] JO 1960 s 395.
[4] Se SOU 1946:24 s 49 ff.

påminner sig i detta sammanhang den åtskillnad som norrmännen Bernt och Boe gör mellan en lags "obligatoriska hovedformål" och "nøytrale hensyn", dvs. sådana som varken främjar eller motverkar "hovedformålet". Enligt dem får en myndighet inte handla i strid mot "hovedformålet" men däremot ta "nøytrale hensyn" (2.3).

Emellertid är det knappast troligt, att ett sådant betraktelsesätt skulle ha föresvävat JO Bexelius, som under sin mångåriga gärning som JO ständigt underströk legalitetsprincipens betydelse i förvaltningen. Det finns en annan skillnad mellan de båda fallen. Den generositet med allmänna medel som lantbruksnämnden i det första fallet visade kunde omöjligt generaliseras så att den kom alla lantbrukare i avfolkningsorter till del. Däremot kunde sådana sociala och humanitära hänsyn som JO ansåg att lantbruksnämnden borde ha tagit i det andra fallet mycket väl generaliseras. Det var i detta senare fall inte fråga om sociala och humanitära hänsyn *till person;* ingenting tyder på att JO menade att det hade någon betydelse, vad den familj som tvingades till uppbrott, hade för personliga förhållanden. Ser man fallen på detta sätt, gällde "Den filantropiska lantbruksnämnden" men däremot inte "Den kallsinniga lantbruksnämnden" principen om allas likhet inför lagen. Dessutom var de hänsyn som lantbruksnämnden enligt JO borde ha tagit i det senare fallet sådana, att man skulle vänta beaktande av dem även av ett bolag som drivs i vinstsyfte.

I "Onyktert lokbiträde" ansåg JO tydligen, att det fanns rättsligt stöd för distriktssekreteraren att inte rapportera W:s onykterhet i tjänsten. Det var enligt JO påkallat att analogt tillämpa 33 kap. 2 § brottsbalken. Enligt min mening är det dock märkligt, att JO ansåg sig kunna kritisera distriktssekreteraren för att han utfärdat strafföreläggande och även fann, att saken inte borde hänskjutas till bestraffningskollegiet, samt att SJ inte borde göra åtalsanmälan i ett dylikt fall. Ty för det första är tanken att SJ analogt skulle tillämpa 33 kap. 2 § brottsbalken svår att förena med utgången i "Förskingrande landskanslist", där landssekreteraren ansågs ha handlat felaktigt genom att *inte* göra åtalsanmälan, detta trots att gärningen enligt landssekreterarens uppfattning var straffri enligt det stadgande i strafflagen, som vid denna tid motsvarade 33 kap. 2 § brottsbalken. Det är tvivelaktigt om ens en länsåklagare får underlåta att beivra ett brott på den grund att han finner 33 kap. 2 § brottsbalken tillämplig, såvida inte stadgandet är uppenbart tillämpligt och institutionsvård kommer till stånd; se 20

kap. 7 § 4 rättegångsbalken. En distriktsåklagare kan inte besluta om åtalsunderlåtelse ens i sådana fall, om svårare straff än böter är stadgat för brottet.[5] Hur kunde JO bortse från grunderna för de restriktioner som sålunda lagts på åklagare?

För det andra ansåg ju JO själv, att löneavdrag kunde komma i fråga såsom jämförbart med böter i allmän straffrätt. Enligt 33 kap. 2 § brottsbalken kan böter utdömas för fall som avses i denna paragraf, om det anses ändamålsenligt för att avhålla den tilltalade från fortsatt brottslighet.[6] Hur kunde JO utesluta, att löneavdrag var ändamålsenligt i detta fall?

För det tredje är det egendomligt, att JO menade, att SJ borde underlåta åtalsanmälan "med tanke på den skadliga publicitet som en offentlig rättegång kan medföra för en tjänsteman som lider av alkoholsjukdom eller psykisk ohälsa". Det torde vid den aktuella tiden inte ha funnits något rättsligt stöd för att ta sådana hänsyn vid åtalsprövning, och ett liknande betraktelsesätt hade föranlett åtal och fällande dom för oförstånd i tjänsten i "Berusad lärare" (6.5.1).

Det bör emellertid framhållas, att rättsläget på avgörande punkter nu är ändrat. Beträffande åklagarnas åtalsplikt hänvisas till 6.8 nedan. Sedan straffstadgandet för tjänstefel avskaffats, anses det inte finnas någon rättslig grund för åtal eller disciplinförfarande mot ett lokbiträde, som är onykter i sin tjänst, inte ens om det sker, medan han kör ett tåg. Förande av lok i onyktert tillstånd anses inte i och för sig kunna hänföras till vare sig rattfylleri eller allmänfarlig vårdslöshet och inte heller till något annat straffstadgande. Vidare framgår det av 14 kap. 2 § lagen om offentlig anställning, att vederbörande myndighet i ett ärende om disciplinansvar numera kan införskaffa läkarutlåtande genom att hänvända sig till domstol. Detta stadgande kan kanske ses som ett rättsligt stöd för att numera tillämpa 33 kap. 2 § brottsbalken i disciplinärenden.[7]

Sammanfattande omdöme

Sammanfattningsvis fanns det sålunda rättsligt stöd för regeringsrättens slutsats i "Kiosker för handikappade", och om JO-fallen kan man konstatera, att JO dock i allmänhet synes ha ansett, att det krävs

[5] Se 21 § åklagarinstruktionen (1964:739 och 1974:910 i lydelse enligt 1980:627).
[6] Beträffande skäl att döma till böter i fall, som avses i 33 kap. 2 § brottsbalken, se Beckman Nils m.fl., Brottsbalken jämte förklaringar, Band III, Påföljder m.m., Stockholm 1971 s 276 f.
[7] Jfr prop. 1975:78 s 197 f.

särskilt rättsligt stöd för en myndighet att ta hänsyn till person av social eller humanitär natur. Det bör märkas, att JO i de fall, då han har tagit avstånd från hänsyn av denna typ, har betonat det principiellt allvarliga i att utan rättsligt stöd ta hänsyn till person. O:s hänsyn i "Gravid fästmö" kunde "icke lända honom till ursäkt", och han blev åtalad och dömd. I "Human stadsfogde" underströk JO, att humanitära hänsyn utan lagstöd får tas endast med stöd av allmänt vedertagna rättsgrundsatser, och att avvikelse härifrån är ett fel av allvarlig beskaffenhet, som rubbar själva grunden för rättssäkerhet. Och i "Den filantropiska lantbruksnämnden" framhöll JO återigen, att det inte hjälper hur beaktansvärda myndighetens syften än må vara.

I det i 6.6 behandlade fallet "Livsmedelslokalen" däremot använde JO ett något mildare uttryck, "fel av principiellt ganska allvarlig beskaffenhet", och han fann tydligen, att sådana hänsyn i strid mot lag är mera försvarliga, om de är en följd av tjänstemannens välvilliga inställning till någon person. I själva verket kan man förutsätta, att humanitära hänsyn alltid tas till följd av en välvillig inställning till någon. Rättssäkerheten och principen om likhet inför lagen skadas inte mindre fördenskull.

Enligt min mening visar fallen, att principen om allas likhet inför lagen inte kan upprätthållas i någon rimlig mening, om domare och tjänstemän ger fritt utlopp för sin i och för sig sympatiska önskan att ta särskilda hänsyn till dem de tycker synd om. Medlidande är en subjektiv känsla, som till stor del beror på vår förmåga att identifiera oss med andra människor. I vad mån man känner medlidande med andra beror till stor del på personliga erfarenheter och fantasi; ibland tycks det bero på politiska värderingar.

Det finns också en annan aspekt på detta. För att den som företräder det offentliga skall kunna veta om särskilda humanitära hänsyn är motiverade i ett ärende måste han ha tillgång till omfattande information om den berörde enskildes personliga förhållanden. Om domare och förvaltningstjänstemän anser sig fria att utan rättsligt stöd ta sådana hänsyn, drivs medborgarna att i allt umgänge med domstolar och myndigheter åberopa sjukdomar, handikapp, nervösa besvär, familjeproblem, alkoholproblem etcetera. Detta står knappast i överensstämmelse med principen om privatlivets helgd, och man kan också fråga, var den enskilda människans värdighet blir av.

6.8. Åklagarna och likheten inför lagen

6.8.1. Generalklausulen om åtalsunderlåtelse vid bötesbrott

Det i föregående avsnitt diskuterade fallet "Anställda med alkoholbesvär" gällde tillämpningen av ett lagrekvisit, vars innebörd enligt lagmotiven skulle bero av utvecklingen och ändringar i rådande värderingar. En sådan lag kan, såsom också framgick, ge upphov till problem med avseende på principen om allas likhet inför lagen. Likväl framgick det, att åtminstone anställningsskyddslagen kan — och även torde vara avsedd att — tillämpas utan hänsyn till sådana personliga förhållanden som arbetsgivarens "tro, åskådning, ras, hudfärg, ursprung, kön, ålder, nationalitet, språk, samhällsställning eller förmögenhet".

Finns det möjligen lagstiftning, som överhuvudtaget inte kan tillämpas enligt sina intentioner utan att komma i konflikt med principen om allas likhet inför lagen? Finns det, med andra ord, lagstiftning med inbyggt godtycke?

Frågan kan ställas med avseende på åtskillig av 1970-talets lagstiftning, framför allt sådan, som förutsätter, att bara en utvald del lagöverträdare blir föremål för sanktioner, och där varken lagtext eller lagmotiv ger några kriterier för urvalet.[1] Det skulle emellertid föra för långt att här granska problemet i dess helhet. För syftet med denna undersökning räcker det med ett enda stadgande. Jag har därvid valt ett stadgande, som gäller ansvar för brott. Det torde inte finnas något rättsområde, som i större grad än detta engagerar människors känsla för principen om allas likhet inför lagen.

Även på detta rättsområde finns det många stadganden, som skulle kunna granskas ur perspektivet likheten inför lagen. I det följande skall emellertid uppmärksamheten inriktas på 20 kap. 7 § första stycket 1 rättegångsbalken.

Där stadgas:

> *Åklagare må besluta att icke tala å brott — — — om det kan antagas, att i händelse av lagföring annan påföljd än böter icke*

[1] Så t.ex. utgick man vid tillkomsten av den i föregående avsnitt nämnda lagen 1974:13 om vissa anställningsfrämjande åtgärder från att resurserna inte skulle räcka för att tillämpa lagen på alla arbetsgivare. Konsumentombudsmannen lär inte tillämpa marknadsföringslagen 1975:1418 annat än på en godtyckligt utvald näringsidkare i fall, då många näringsidkare enligt ombudsmannens mening handlar otillbörligt på samma sätt, något som möjligen förutsattes redan vid lagens tillkomst.

skulle komma att ådömas och den misstänktes lagföring ej finnes påkallad ur allmän synpunkt — — —

För att stadgandet må sättas in i sitt omedelbara sammanhang bör följande noteras. I princip är åklagare skyldig att åtala brott, som hör under allmänt åtal (20 kap. 6 § rättegångsbalken). Åtalsunderlåtelse kan emellertid meddelas, dels i vissa speciella situationer, dels enligt endera av två generalklausuler. Speciella situationer, då åtalsunderlåtelse kan meddelas under vissa förutsättningar, är t.ex. att den misstänkte är intagen på kriminalvårdsanstalt eller på sjukhus för psykiatrisk vård eller på nykterhetsvårdsanstalt eller i ungdomsvårdsskola; för underåriga kan åtalsunderlåtelse också meddelas under vissa förutsättningar, om de är eller blir föremål för någon annan åtgärd enligt barnavårdslagen. (Se respektive 20 kap. 7 § första stycket 2 och 4 rättegångsbalken, 57 § nykterhetsvårdslagen 1954:579, 69 § barnavårdslagen 1960:97 och 1 § lagen 1964:167 med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare). I flertalet av dessa fall måste åklagaren göra en viss diskretionär prövning, t.ex. om åtal "lämpligen bör ske" eller om åtal är "påkallat ur allmän synpunkt". Utöver de stadganden, som reglerar speciella situationer, finns dels den här återgivna generalklausulen för bötesbrott, dvs. den som skall göras till föremål för undersökning i detta avsnitt, dels en generalklausul för grövre brott: åklagare må besluta att icke tala å brott "om det i annat fall av särskilda skäl är uppenbart, att påföljd ej erfordras för att avhålla den misstänkte från vidare brottslighet och att det med hänsyn till omständigheterna ej heller eljest är påkallat, att åtal väckes" (20 kap. 7 § första stycket 3 rättegångsbalken). Det stadgande, som här skall undersökas, handhas av länsåklagarna, om svårare straff än böter är stadgat för brottet (21 § första stycket 1 åklagarinstruktionen 1974:910 i lydelse enligt 1980:627); generalklausulen för grövre brott handhas av riksåklagaren (20 kap. 7 § andra stycket rättegångsbalken).

I princip har stadgandet i 20 kap. 7 § första stycket 1 rättegångsbalken funnits ända sedan rättegångsbalkens tillkomst 1942, och redan dessförinnan hade i praxis antagits, att en åklagare i bagatellmål kunde underlåta åtal av ursäktliga förseelser. Stadgandet i rättegångsbalken löd ursprungligen så att allmänt åtal fick eftergivas "om å brottet icke kan följa svårare straff än böter och det är uppenbart, att den misstänktes lagföring ej är påkallad ur allmän synpunkt".

Såsom nu skall visas, torde motivuttalanden, som gjordes i sam-

band med en ändring av lagtexten 1971, ha medfört svårigheter att numera tillämpa stadgandet enligt lagstiftarens intentioner och samtidigt beakta principen om allas likhet inför lagen.

Det ursprungliga syftet med bestämmelsen framgår bäst av vad processlagberedningen uttalade i samband med de föreslagna reglerna om åtalsplikt och åtalseftergift:

> I fråga om skyldigheten för åklagare att åtala brott, som hör under allmänt åtal, ha olika uppfattningar gjort sig gällande. Enligt den s.k. legalitetsprincipen skall åklagaren vara skyldig att väcka åtal, så snart tillräckliga skäl föreligga mot den misstänkte. I motsats häremot innebär den s.k. opportunitetsprincipen, att åklagaren, ehuru dylika skäl föreligga, skall äga att verkställa en prövning av åtalets lämplighet ur det allmännas synpunkt och, därest han på grund av omständigheterna i det föreliggande fallet finner, att straffets utkrävande ej är påkallat av något allmänt intresse, besluta, att åtal för brottet ej skall äga rum.
>
> — — —
>
> Att medgiva åklagare en diskretionär rätt att underlåta åtal, då en gärning enligt strafflagen är belagd med straff, står säkerligen icke i överensstämmelse med den allmänna rättsuppfattningen och skulle lätt leda till missbruk. Liksom hittills bör därför legalitetsprincipen gälla såsom allmän grundsats i förevarande hänseende.
>
> — — —
>
> Ehuru — — — legalitetsprincipen bör gälla såsom allmän regel i fråga om åklagares skyldighet att beivra brott, ha dock skäl ansetts föreligga att i vissa undantagsfall medgiva åklagaren rätt att eftergiva åtal. — — —
>
> Eftergift av åtal kan enligt första stycket 1 ske i fall, då i strafflatituden för brottet icke ingår svårare straff än böter. Syftet med stadgandet är att skapa möjlighet att eftergiva åtal vid ringare brott, särskilt vid smärre förseelser mot ordningsbestämmelser o.dyl. Då beträffande brott av nu antydda slag stundom föreligga omständigheter, som komma brottet att framstå såsom ursäktligt, kan ett undantagslöst beivrande av varje sådant brott ej anses betingat av straffrättsskipningens ändamål. Åklagaren har därför ansetts böra äga att eftergiva åtal, om det är uppenbart, att den misstänktes lagföring ej är påkallad ur allmän synpunkt. Ofta kan emellertid ett allmänt intresse kräva, att åtal anställes med hänsyn såväl till brottets art och straffets syfte som till omständigheterna vid dess begående, t.ex. vid brott mot taxeringsförordningen eller då en person ånyo gör sig skyldig till samma förseelse eller om flera personer överträda samma ordningsföreskrift.[2]

[2] SOU 1938:44 s 256 f.

Uttalandet visar, att åtalseftergift var avsedd att användas bara i undantagsfall och bara för överträdelser, som med hänsyn till speciella omständigheter framstod som ursäktliga.

I samband med arbetet på de reformer inom straffrätten, som sedermera tog sig uttryck i brottsbalken och dess följdförfattningar, kom frågan om åtalsunderlåtelser upp i ett större sammanhang. En av reformerna var en allmän befogenhet för domstol att i undantagsfall döma till lindrigare straff än det som är stadgat för ett brott eller att helt efterge påföljd för brott. En sådan befogenhet följer numera av 33 kap. 4 § andra och tredje styckena brottsbalken. Sålunda får domstol döma till lindrigare straff än vad som är stadgat för brottet, "om synnerliga skäl äro därtill och hinder uppenbarligen ej möter av hänsyn till allmän laglydnad", och påföljd får helt efterges, om det "på grund av särskilda omständigheter (är) uppenbart, att påföljd för brottet ej är erforderlig". Denna befogenhet för domstol ansågs motivera, att åtalsunderlåtelse borde kunna meddelas även i fråga om allvarligare brott än enligt stadgandet i 20 kap. 7 § första stycket 1 rättegångsbalken. Så tillkom befogenheten för riksåklagaren att besluta om åtalsunderlåtelse "om det i annat fall av särskilda skäl är uppenbart, att påföljd ej erfordras för att avhålla den misstänkte från vidare brottslighet och att det med hänsyn till omständigheterna ej heller eljest är påkallat, att åtal väckes".

Strafflagberedningen fäste stor vikt vid att åtalsunderlåtelser inte fick ske till skada för principen om allas likhet inför lagen:

> Få ting är så ägnade att stärka tilliten till rättsordningen som detta, att envar kan konstatera, att vid rättstillämpningen tages ingen hänsyn till person, att alla de yttre olikheter, som i övrigt kan finnas mellan människor, blir betydelselösa inom rättens område. Det kan icke betvivlas att allmänhetens förtroende för straffrättskipningen delvis beror på den rigorösa tillämpningen av den absoluta åtalsplikten.[3]

Av detta skäl ansåg beredningen det "nödvändigt att tillse, att garantier skapas för att rätten till åtalseftergift blir brukad på sådant sätt att tilltron till rättsvårdens objektivitet och opartiskhet icke ledervågas".[4] Beredningen behandlade utförligt frågan, vilka förutsättningar som borde uppställas för att åtalseftergift skulle få äga rum.

[3] SOU 1948:40 s 31.
[4] SOU 1948:40 s 31.

Detta skedde i anslutning till en rad typfall. De är många och skall här återges endast översiktligt:

1. Den skada eller fara, som har följt av gärningen, är osedvanligt ringa i förhållande till det kriminaliserade normalfallet.
2. Gärningen står i samband med gärningsmannens ungdom eller bristande insikt, erfarenhet eller omdöme.
3. Gärningsmannen har handlat i okunnighet om att gärningen var belagd med straff.
4. Gärningsmannen har handlat under vissa speciella psykologiska förutsättningar; brottet har t.ex. föranletts av annans kränkande beteende.
5. Gärningsmannen har frivilligt sökt förebygga eller gottgöra gärningens skadliga verkningar.
6. Gärningsmannen har uppnått hög ålder eller lider av svår sjukdom eller har blivit illa skadad i samband med brottet.
7. Brottet preskriberas inom kort.
8. Gärningsmannen har handlat av hedervärda bevekelsegrunder, dock ej "då lagstiftaren trots motivens aktningsvärdhet har velat förhindra dylika gärningar, t.ex. åsiktsförbrytelser och politiska brott".
9. Gärningsmannen har frivilligt angivit sig själv och avlagt full bekännelse.
10. Målsäganden skulle genom att saken kom till offentligheten tillfogas oproportionerligt lidande.
11. Gärningsmannen har varit utsatt för utpressning eller försök till utpressning. "Utgångspunkten har här varit den, att det ur det allmännas synpunkt ofta är angelägnare att lagföra utpressaren än utpressarens offer."
12. Det gäller okynnesanmälan av ett bagatellbrott.[5]

Beredningen betonade, att det i första hand måste föreligga en speciell undantagssituation av det slag, som angivits i något av typfallen eller som eljest är jämförlig därmed.[6] Och detta var endast en grundförutsättning. Det skulle också krävas, att åtal i det särskilda fallet inte ansågs erforderligt för att avhålla gärningsmannen från att ånyo begå brott. Vidare måste, framhöll beredningen, undersökas, om de skäl, som anförts till förmån för den absoluta åtalsplikten, i det särskilda fallet gjorde sig gällande med sådan styrka, att åtal inte kunde underlåtas. "Man har sålunda att beakta att grundsatsen om

[5] SOU 1948:40 s 34—35, jfr s 16—23.
[6] SOU 1948:40 s 35.

allas *likhet inför lagen* i möjligaste mån upprätthålles, så ock *allmänpreventionens* krav — — —".[7]

Som garantier mot obehörigt användande av institutet åtalseftergift hänvisade beredningen till målsägandens subsidiära åtalsrätt, JO:s och justitiekanslerns tillsynsverksamhet samt den fria pressen.[8]

Strafflagberedningens 1948 avgivna förslag remissbehandlades, och remissvaren beaktades i beredningens 1953 lämnade betänkande.[9] Beträffande de grundläggande synpunkterna på frågan om åklagares rätt att underlåta åtal hänvisade beredningen till 1948 års betänkande.[10] En under remissförfarandet väckt fråga om lekmannadeltagande i beslut om åtalsunderlåtelse togs upp i 1953 års betänkande. Beredningen fann dock sådant deltagande onödigt med hänsyn till att åtalseftergift endast skulle kunna meddelas i okontroversiella fall:

> Åtalseftergift i de fall som nu avses skall endast meddelas där det för alla som är underkunniga om omständigheterna framstår såsom självklart att åtal ej bör väckas. Några särskilda åtgärder för att stärka tilltron till avgörandenas opartiskhet inför den allmänna opinionen torde i detta läge icke behöva vidtagas.[11]

I beredningens 1956 framlagda slutbetänkande hänvisade beredningen beträffande synpunkter på åtalseftergift till 1953 års betänkande.[12]

Vid den därpå följande remissbehandlingen var det flera instanser, som uttryckte farhågor med avseende på principen om likhet inför lagen och tilltron till rättsväsendets objektivitet.[13] Justitiekanslern framhöll, att en gång väl infört "kan institutet lättare komma att erhålla en gestaltning, som medförde allvarliga vådor särskilt beträffande allas likhet inför lagen". Föreningen Sveriges stadsfiskaler uttalade bland annat:

> (J)u högre social position någon besitter, desto mer skrämmande ter sig en offentlig rättegång för denne. På grund härav finnes risk för, att just dessa kategorier och framförallt deras försvarare komma att göra allt för att utverka åtalseftergift. — — — Man har — — — anledning frukta, att hur snäva regler som än begränsar detta instituts tillämpningsområde, det kommer att bliva

7 SOU 1948:40 s 35 f.
8 SOU 1948:40 s 37.
9 SOU 1953:17.
10 SOU 1953:17 s 127 ff.
11 SOU 1953:17 s 133.
12 SOU 1956:55 s 423.
13 Se prop. 1962:10 C s 144 ff.

> mycket svårt, att träffa ett materiellt riktigt avgörande i varje särskilt fall. Och om beslutet om åtalseftergift i något fall skulle komma till allmänhetens kännedom, kan med kännedom om allmänhetens djupa känsla för "allas likhet inför lagen", förutsättas uppkomma en livlig diskussion, om denna princip följts i det aktuella fallet. Att dylika diskussioner icke äro ägnade att stärka tilltron till rättssamhället är uppenbart. — — — Det kan icke nog understrykas, att denna princip varit av utomordentligt värde för åklagarna att hänvisa till vid sina åtalsbeslut.[14]

Med anledning av dessa farhågor yttrade chefen för justitiedepartementet:

> Vad som anförts om att en diskretionär åtalsprövningsrätt för åklagarna kan medföra vissa risker för att principen om allas likhet inför lagen eftersättes är värt beaktande. Om ifrågavarande befogenhet ej ges alltför vid ram samt utnyttjas objektivt och i möjligaste mån enhetligt, synes dock ej vara anledning att räkna med konsekvenser av sådan art. Från denna utgångspunkt hyser jag för egen del icke några större betänkligheter mot att inom vissa gränser utvidga åklagarnas diskretionära prövningsrätt i förevarande avseende. Åklagarkåren i riket torde numera vara så väl kvalificerad, att en sådan utvidgning kan ske utan risk för att rättsväsendets objektivitet skall sättas i fara. Det förutsättes därvid att, i den mån prövningsrätten tillkommer underordnade åklagare, viss kontroll över tillämpningen sker från överåklagarnas och riksåklagarämbetets sida.[15]

I propositionen med förslag till lag om införande av brottsbalken m.m. föreslog chefen för justitiedepartementet, att tillämpningsområdet för 20 kap. 7 § första stycket 1 skulle utvidgas så, att åtalsunderlåtelse enligt detta stadgande fick meddelas, inte bara när fängelse ej ingick i straffskalan för brottet, utan också när det i andra fall var uppenbart, att annan påföljd än böter inte skulle komma att ådömas i händelse av lagföring. Stadgandet ändrades också i enlighet med detta förslag. Om denna utvidgning av tillämpningsområdet uttalade chefen för justitiedepartementet bland annat:

> Utöver att brottet skall synas ringa bör i allmänhet krävas, att omständigheter föreligger, som kommer den ifrågavarande gärningen att te sig mindre straffvärd i jämförelse med de flesta andra, som faller under straffbudet. Sådana ringa fall, som åsyf-

[14] Prop. 1962:10 C s 145.
[15] Prop. 1962:10 C s 149 f.

tas med regeln, kan förekomma ej blott då enbart böter ingår i straffskalan utan även då jämte böter är stadgat frihetsstraff. — — — Det är otillfredsställande, att den lagtekniskt icke konsekventa utformningen av straffskalorna skall lägga hinder i vägen för beslut att underlåta åtal beträffande ringa brott av nu ifrågavarande art, då frihetsstraff ingår i skalan.

— — —

Jag kan icke dela den från några håll framförda åsikten, att en i åklagarens hand lagd befogenhet att underlåta åtal för förseelser av ifrågavarande obetydliga svårhetsgrad skulle vara ägnad att minska tilltron till de rättsvårdande organens objektivitet. Tvärtom torde aktioner mot enskilda för bagatellartade förseelser mången gång ha varit mera skadliga för rättsväsendets anseende än åtalseftergifter. Blotta existensen av målsägandens subsidiära åtalsrätt torde, trots att den under nuvarande förhållanden ytterst sällan tages i anspråk, utgöra en garanti för att åtalsfrågan handlägges samvetsgrant. Möjligheten att begära överprövning hos högre åklagare, pressens kontroll och den envar till buds stående möjligheten att vända sig till justitieombudsmannen och justitiekanslern innebär ytterligare sådana garantier.[16]

1971 gjordes på initiativ av riksåklagaren ytterligare en ändring i stadgandet om åtalsunderlåtelse för bötesbrott. Själva lagtexten ändrades visserligen bara så, att man eftergav kravet på att det skulle vara "uppenbart", att bara böter skulle ådömas vid lagföring och att åtal inte var påkallat ur allmän synpunkt, men motiveringen till lagändringen drog in nya hänsyn i bilden. 1965 hade 8.254 personer meddelats åtalsunderlåtelse enligt stadgandet. Motsvarande siffra 1966 var 9.784, 1967 9.680 och 1968 6.572. Till böter dömdes 1967 395.316 personer och 1968 332.826 personer. Dessa siffror visade att stadgandet i 20 kap. 7 § första stycket 1 rättegångsbalken mycket sällan kom till användning.

Riksåklagaren framhöll, att resurserna för brottsbekämpning måste utnyttjas bättre. Ämbetet föreslog därför utvidgning av möjligheterna att ge åtalsunderlåtelse vid ringa brott. Vidare åberopade ämbetet kriminalpolitiska skäl. I den departementspromemoria som låg till grund för lagändringen framhölls, att det inte var möjligt att generellt ange, vilka omständigheter som borde föranleda, att åtal fick underlåtas.[17]

Under remissförfarandet påpekade justitiekanslern, att en bestämmelse, som öppnar möjlighet att i stor utsträckning underlåta åtal

[16] Prop. 1964:10 s 131 f.
[17] Ds Ju 1970:26.

kunde få konsekvenser, som inte var önskvärda. "Sålunda kan den uppfattningen vinna utbredning att grundsatsen om allas likhet inför lagen inte längre står orubbad."[18] Föreningen Sveriges tingsrättsdomare fann, att det hade varit motiverat att i lagstiftningsärendet få närmare belyst vilka slags omständigheter som vid prövning av det enskilda fallet kunde tänkas medföra, att åtal inte väcks.[19] Överåklagaren i Göteborgs åklagardistrikt framhöll, att man av de uttalanden departementschefen gjort i olika sammanhang knappast fick någon ledning för tolkningen av begreppet "ur allmän synpunkt", och menade, att tveksamheten på denna punkt hade varit en återhållande faktor vid beslut om åtalsunderlåtelse.[20] Hovrätten över Skåne och Blekinge uttalade:

> Det ligger i sakens natur att en någorlunda invändningsfri tillämpning kan åstadkommas endast så länge denna håller sig till vad som framstår som undantagsfall. Söker man vidga den med stöd av en mera allmän lämplighetsregel och tillämpa den också på fall som inte är ringa, blir det avsevärt svårare för åklagarna att hålla en enhetlig praxis. Besluten kan lätt framkalla ett intryck av godtycke och tillämpningen kommer att skifta starkt från ort till ort. Enligt hovrättens mening finns det behov av lagändringar i en helt annan riktning. Det ter sig synnerligen betänkligt att vidmakthålla ett system som utmärks av alltför omfattande och vagt utformade straffbestämmelser, kompenserade och korrigerade genom en vidsträckt underlåtenhet att åtala. — — — Hovrätten — — — föreslår i stället en allmän genomgång och granskning av straffbestämmelser vilkas betydelse kan anses ringa och som därför kan antingen helt upphävas eller preciseras noggrannare.[21]

Riksåklagarämbetet förklarade sig ha för avsikt att utfärda vägledande anvisningar i en cirkulärskrivelse och menade, att sådana anvisningar jämte särskild uppmärksamhet vid riksåklagarens inspektionsverksamhet torde ge rimliga garantier för att enhetliga principer skulle komma att tillämpas i praxis.[22]

Departementschefen uttalade bland annat:

> Enligt min mening medför utökade möjligheter till åtalsunderlåtelse i fråga om mindre allvarliga brott sådana processekonomiska

[18] Prop. 1971:100 s 20.
[19] Prop. 1971:100 s 22.
[20] Prop. 1971:100 s 22.
[21] Prop. 1971:100 s 21 f.
[22] Prop. 1971:100 s 23.

> fördelar att det finns starka skäl överväga en ordning som innebär en betydligt friare åtalsprövning än för närvarande. — — — (Beträffande uttrycket "allmän synpunkt") är det inte möjligt att generellt ange vilka omständigheter som bör föranleda att åtal kan underlåtas. — — — Det får ankomma på RÅ att genom anvisningar och vid inspektioner verka för att enhetlighet upprätthålls i tillämpningen i detta avseende.[23]

Lagrådet fann, att en invändningsfri tillämpning av rätten att underlåta åtal kunde åstadkommas endast så länge denna höll sig till vad som framstår som undantagsfall och fortsatte:

> Även ett beslut att underlåta åtal måste grundas på tillförlitlig utredning i det särskilda fallet både om brottet och om den misstänktes förhållanden, och det kan därför ifrågasättas om en vidgad tillämpning av förevarande paragraf medför en sådan arbetslättnad för de rättsvårdande organen, vars uppnående är det aktuella syftet med det remitterade förslaget.[24]

Enligt lagrådets mening måste åtal anses påkallat ur allmän synpunkt i praktiskt taget alla fall, som inte kunde hänföras till ringare brott eller lagöverträdelse av föga allvarlig beskaffenhet.[25]

Varken departementschefen eller justitieutskottet synes ha fäst något avseende vid dessa påpekanden från lagrådets sida.[26]

Redan innan denna lagändring kom till stånd, hade chefen för justitiedepartementet tillsatt en kommitté (åtalsrättskommittén) för att utreda frågan om underlåtelse av åtal m.m. Kommittén har lagt fram sitt betänkande "Färre brottmål; år 1976.[27] Däri föreslås bl.a., att 20 kap. 7 § första stycket 1 ändras så, att åklagare beträffande bötesbrott får underlåta åtal "om hinder ej möter med hänsyn till viktigt allmänt eller viktigt enskilt intresse". I samband därmed föreslås också sådan ändring av 33 kap. 4 § brottsbalken, som gör, att domstolarna får vidgade möjligheter att ge påföljdseftergift; sådan eftergift skall enligt förslaget ges, om brottet förskyller lägre bötesstraff än 20 dagsböter eller 200 kronor, såvida inte ådömande av straff är påkallat av viktigt intresse. Förundersökning skall enligt förslaget inte inledas eller skall nedläggas, om det kan antagas, att brottet i händelse av lagföring skulle leda till bötesstraff och därjämte

[23] Prop. 1971:100 s 33 f.
[24] Prop. 1971:100 s 46 f.
[25] Prop. 1971:100 s 47.
[26] Prop. 1971:100 s 48, JuU 1971:11 s 12 f.
[27] SOU 1976:47.

befinnes, att fortsatt utredning skulle kräva kostnader, som inte står i rimligt förhållande till sakens betydelse. Kommittén har framhållit, att man för tillämpningen inte kan komma fram till mer än högst allmänna handlingslinjer; en given hållpunkt anges vara, att allmänpreventiva hänsyn inte i samma grad som nu skall ges företräde framför individualpreventiva synpunkter och ej heller framför processekonomiska behov. Kommitténs förslag har ännu inte lett till lagstiftning.

Riksåklagaren har i Cirkulär C 67 den 15 juni 1971 gett anvisningar för tillämpningen av stadgandet i 20 kap. 7 § första stycket 1 rättegångsbalken. Där framhålls till en början, att det är nödvändigt att utnyttja tillgängliga resurser för brottsbekämpning på bästa möjliga sätt, och att det ur kriminalpolitisk synpunkt är önskvärt att undvika, att personer genom åtal och dom blir stämplade som tillhörande en viss brottslingskategori.

Principen om allas likhet inför lagen berörs i två stycken:

> En förutsättning för åtalsunderlåtelse är att "lagföring ej finnes påkallad ur allmän synpunkt". Detta rekvisit tolkas på sina håll på ett sätt som leder till en alltför restriktiv tillämpning av åtalsunderlåtelse. Under förarbetena till brottsbalken (prop. 1962:10 del C s 153) angavs att bedömningen får ske med hänsyn såväl till brottets art och straffets syfte som till omständigheterna vid brottets begående; det borde även tas sociala hänsyn exempelvis till målsäganden. Begreppet innesluter hänsynstagande till allmän laglydnad. Tillämpningen måste ske under beaktande av principen om allas likhet inför lagen. Avstegen får inte kännas oriktiga eller orättvisa. Samtidigt måste man hålla i minnet att det inte finns två fall som är helt identiska.
>
> Hänsyn skall alltid tas till brottslingens person. Om en 40-åring och en 80-åring begår objektivt sett alldeles likadana brott, kan detta hänsynstagande leda till att 40-åringen åtalas medan åtalsunderlåtelse meddelas för 80-åringen. Det kan vara ytterst besvärande för en person att bli avslöjad, också när det är fråga om en bagatellartad förseelse. Åtal och rättegång kan i sådana fall framstå som ett oproportionerligt strängt ingripande, även om domstolen sedan tillämpar 33 kap 4 § tredje stycket brottsbalken. Det förtjänar påpekas, att för sådana och många övriga fall strafföreläggande är den smidigaste handläggningsformen och inte kan uppfattas som något avsteg från principen om allas likhet inför lagen, vilket däremot kan bli fallet när åtal underlåts av hänsyn till den brottsliges person.

Antalet åtalsunderlåtelser enligt 20 kap. 7 § första stycket 1 rättegångsbalken var år 1978 3.011. Böter genom dom förekom i 43.714

fall. Den markanta nedgången av både åtalsunderlåtelser och bötesdomar bör ses mot bakgrunden av att fylleri och felparkering avkriminaliserades 1977.

Antalet strafföreläggganden var år 1967 292.904, år 1968 227.876 och år 1978 110.330.

6.8.2. Åtalsplikten i praxis

JO har, såvitt man kan utläsa av ämbetsberättelserna, inte haft anledning att ta ställning till åklagarnas åtalsplikt efter det att området för åtalsunderlåtelser utvidgades i samband med brottsbalkens ikraftträdande. I äldre JO-praxis däremot aktualiserades principen om åklagarnas åtalsplikt inte så sällan.

Ett sådant fall är *JO 1926 s 283 (Hurrande bandyspelare).* Efter en bandymatch i Karlstad mellan ett Stockholms-lag och ett Karlstadslag skulle Stockholms-laget med nattåg resa tillbaka till Stockholm. De båda lagen hurrade för varandra vid stationen. Enligt vissa uppgifter uppträdde de därvid högröstat och brydde sig inte om stationsinspektorens erinringar om att de måste vara tysta för att inte störa de sovande på tåget. Saken polisanmäldes, och Stockholms-spelarna blev åtalade. Vid rättegångsförhandlingarna nedlade åklagaren emellertid åtalet, sedan spelarnas ombud hade sagt, att de skulle komma att bli diskvalificerade som bandyspelare, om de blev dömda.

JO (Geijer) upptog på eget initiativ saken till prövning, sedan den påtalats i en tidningsartikel. Han uttalade bl.a.:

> (A)tt svarandena i händelse av en fällande dom skulle bliva diskvalificerade såsom idrottsmän — — — saknade — — — givetvis betydelse för avgörandet av frågan, huruvida åtalet mot svarandena skulle fullföljas eller icke. Att straffet för den dömde medförde kännbara följder, även utöver de med straffet avsedda, vore en icke ovanlig företeelse, och även om vederbörande domstol i vissa fall kunde taga hänsyn därtill vid målets prövning, medgåve gällande lagstiftning icke av sådan orsak straffrihet.
>
> — — —
>
> Förvisso vore det i och för sig icke av stor betydelse, om någon, som fört oljud, skulle lyckas undgå ansvar därför. — — — Men varje underlåtenhet av en åklagare att beivra ett brott vore i och för sig betänklig, ej minst därför, att den så lätt kunde uppväcka en misstanke om ett avsiktligt gynnande av den eller de till brottet skyldiga, om ett åsidosättande av grundsatsen om likheten inför lagen.

Sedan åklagaren fått tillfälle att yttra sig över JO:s bedömning, återupptogs åtalen, och JO fann då någon ytterligare åtgärd från hans sida inte påkallad.

I ärendet *JO 1935 s 92 (Betala eller jag åtalar 1)* hade en åklagare förklarat, att han inte skulle väcka åtal, om den misstänkte godtog ett förlikningserbjudande från målsägandens sida. JO (Gyllenswärd) föranstaltade om åtal mot åklagaren, och denne dömdes av hovrätten över Skåne och Blekinge för oförstånd i tjänsten till 12 dagsböter. Liknande förhållanden förelåg i *JO 1938 s 45 (Betala eller jag åtalar 2)*. Också här väcktes åtal. JO (Ljunggren) menade, att det var ett missbruk av en åklagares tjänsteställning att begagna åtalsmakten som en press för att förmå den misstänkte till en ekonomisk prestation. I detta fall dömdes åklagaren till 75 dagsböter, även nu av Hovrätten för Skåne och Blekinge. I ett senare fall, *JO 1950 s 132 (Betala eller jag åtalar 3)* fann däremot JO (Bexelius), att det inte i och för sig var felaktigt att uppställa det villkoret för åtalsunderlåtelse, att den misstänkte gottgör målsäganden. Han hänvisade till ett uttalande av processlagberedningen:

> Tydligt är emellertid, att en viss betydelse måste tillmätas målsägandens ställning till frågan liksom ock den misstänktes beredvillighet att ersätta målsäganden den genom brottet uppkomna skadan.

Fallet *JO 1944 s 58, 1945 s 9 och 1947 s 8 (Bekanta genom prins Carl)* gällde överträdelse av ett fridlysningsbeslut. Under påskhelgen 1941 tog en italiensk medborgare, B, ett fotografi av en svensk kvinna, W, på radiostationens avspärrade område i Motala; det var förbjudet för allmänheten att beträda detta område. B och W blev anhållna av en furir, som hade i uppdrag att hålla området under militär bevakning och hindra allmänhetens tillträde. Furiren förde B och W till polisstationen och anmälde vad som inträffat. Något åtal kom dock inte till stånd. Detta kom, på anmälan av furiren, under JO:s prövning.

I JO-ärendet yttrade den ansvarige stadsfiskalen följande. Fotograferingen hade säkert inte företagits i skadlig avsikt. Han kände W och hennes mor och satte odelad tilltro till W:s uppgift att B på hennes önskan hade tagit ett foto av henne med hennes egen kamera. B hade förklarat, att han vistades i Sverige på officiellt uppdrag, och W hade vid polisförhöret berättat, att hon hade blivit bekant med honom genom prins Carl.

Medan ärendet var föremål för handläggning hos JO åtalade stadsfiskalen W. B hade vid denna tid lämnat landet.

JO (Ljunggren) beslöt om åtal mot stadsfiskalen på den grund att han hade underlåtit att åtala B och dröjt med att åtala W. Rådhusrätten i Motala dömde stadsfiskalen för försummelse i tjänsten att böta tio dagsböter. Domen överklagades till Göta hovrätt och till högsta domstolen, men den blev inte ändrad .

I *JO 1951 s 219 (Ödmjuka trafiksyndare)* hade en stadsfiskal utfärdat två strafföreläggande för överskridande av tillåten hastighet (25 kilometer i timmen) på Lidingöbron, ett för L och ett för M; båda föreläggandena löd på tio dagsböter. Sedermera meddelade han emellertid åtalseftergift för L och utfärdade för M ett nytt strafföreläggande, nu på fem dagsböter.

Vid en inspektion på stadsfiskalskontoret lade JO (Rudewall) märke till detta och företog utredning. Stadsfiskalen gav en förklaring enligt följande. L hade, sedan han fått föreläggandet, på telefon lämnat upplysningar, som gav vid handen, att det gällde ett förbiseende. L hade inte känt till, att tillåten hastighet hade begränsats från tidigare 35 kilometer i timmen till nu gällande 25 kilometer i timmen. Vid ett besök hos stadsfiskalen hade L vidare utvecklat sina synpunkter och visat ett intyg, att trafikmätaren vid tillfället hade varit mindre tillförlitlig. L hade körkort sedan 1939 och hade inte någon anmärkning förut. Han hade försäkrat för stadsfiskalen, att han alltid körde hänsynsfullt och försiktigt, och att han för framtiden noggrant skulle iaktta hastighetsbestämmelsen på Lidingöbron. Stadsfiskalen hade ansett, att han med hänsyn till detta kunde efterge åtal. — M:s make, en advokat, hade ringt upp stadsfiskalen med anledning av det för M utfärdade föreläggandet och uppgivit, att det var fråga om ett rent förbiseende, som berodde på att M bara sällan körde på Lidingöbron och inte kände till, att hastigheten nyligen hade satts ner från 35 till 25 kilometer i timmen. Stadsfiskalen hade med hänsyn till vad M:s make anförde funnit förseelsen lindrig och beslöt därför, att 5 dagsböter kunde vara lagom.

JO fann, att det som stadsfiskalen åberopat för att besluta om åtalseftergift för L ingalunda utgjorde skäl för att meddela just L åtalseftergift. "Detsamma hade med största sannolikhet kunnat åberopas till ursäkt för flertalet övriga bilförare, ett tjugotal, som (denna dag) ertappats med att ha kört för fort på Lidingöbron och som därför erhållit strafföreläggande."

Beträffande strafföreläggandet för M uttalade JO bl.a., att det

måste anses felaktigt att bifalla en framställning om nedsättning av straffet bara för att få strafföreläggandet godkänt.

Slutligen skall ärendet *JO 1964 s 115 (Vittna så slipper du åtal)* återges.

Två personer, L och S, åtalades för grovt bedrägeri. I målet kunde det ha betydelse, om två utomstående personer, EA och VA, hade fått 5.000 kr "under bordet" av målsäganden. Åklagaren i målet, en landsfogde, instruerade i en skrivelse kriminalpolisen att fråga EA och VA, om det var riktigt, att de hade mottagit dessa pengar. I skrivelsen stod det sedan:

> Samtidigt böra de underrättas om att jag ej kommer att vidtaga någon åtgärd mot dem om det är så att de mottagit pengarna och ej deklarerat för dem. Vikten av att erhålla bevisning mot de för grovt bedrägeri tilltalade L. och S. är nämligen större än deras eventuella falskdeklarationer.

Ärendet kom under JO:s prövning. Landsfogden försvarade sig med att han inte hade någon skyldighet att åtala EA och VA, eftersom deras eventuella skattebrott hade begåtts utanför landsfogdens län. "En bestämd skyldighet för mig att till vederbörande myndighet vidarebefordra en så pass obestämd misstanke om ett brott, som endast brukar föranleda bötesstraff, kan jag ej finna."

Riksåklagarämbetet anförde i ärendet, att det var fråga om "ett klart felaktigt förfarande", och tillade bland annat:

> Det borde ha stått klart för (landsfogden), att en åklagare med hänsyn till den allmänna åtalsplikten icke kan underlåta att åtala ett brott, om vilket tillräcklig bevisning föreligger. Här bortses givetvis från fall, där åtalseftergift kan ske.

JO (Bexelius) förklarade, att han helt anslöt sig till vad riksåklagareämbetet uttalat.

6.8.3. Diskussion

Av den föregående framställningen framgår, att befogenheten för åklagare att besluta om åtalsunderlåtelse enligt 20 kap. 7 § första stycket 1 rättegångsbalken fram till 1971 ansågs gälla endast i undantagsfall, där särskilda omständigheter gör att brottet framstår som ursäktligt eller åtminstone mindre straffvärt än det straffbelagda normalfallet. Strafflagberedningen framhöll, att ingen hänsyn fick tas

till person, och chefen för justitiedepartementet framhöll i 1962 års proposition, att befogenheten förutsattes "utnyttjas objektivt".

Dock tycks strafflagberedningens avsikt inte ha varit, att personliga förhållanden hos gärningsmannen alltid skulle sakna relevans för åtalsprövningen. Det framgår av de typfall, som angavs med avseende på grundförutsättningen om en undantagssituation. Flertalet av dessa typfall gällde visserligen omständigheter utan samband med gärningsmannens personliga förhållanden, men alla gjorde det inte. Typfall 2 gällde, att gärningen står i samband med gärningsmannens ungdom eller bristande insikt, erfarenhet eller omdöme, typfall 3 att gärningsmannen handlat i okunnighet om att gärningen var belagd med straff och typfall 6 att gärningsmannen uppnått hög ålder eller lider av svår sjukdom eller har blivit illa skadad i samband med brottet. Vad kan strafflagberedningen då ha menat med att ingen hänsyn fick tas till person?

Vid tillämpningen av brottsbalkens straffbud gäller alltid ett subjektivt rekvisit såtillvida, att straffbarhet förutsätter uppsåt eller oaktsamhet hos gärningsmannen. I den meningen måste i straffrättstillämpningen tas hänsyn till person. I typfall 2 jämställde strafflagberedningen ungdom med bristande insikt, erfarenhet eller omdöme. Det synes troligt, att beredningen på denna punkt endast menade, att bristande insikt, erfarenhet eller omdöme kan innebära en försvagning av det subjektiva rekvisitet, och att man kan utgå från att den som är mycket ung saknar dessa egenskaper. Föräldrabalkens regler om underåriga utgår ju från samma förutsättning.

Typfall 3 kan också ses som en situation, som gäller ett försvagat subjektivt rekvisit. Även den i typfall 6 angivna situationen att gärningsmannen uppnått hög ålder kan ses på detta sätt, om gärningsmannen är senil. Dessutom kan mycket hög ålder göra det mindre troligt, att gärningsmannen skall överleva en rättegång. Att gärningsmannen lider av svår sjukdom kan antingen göra det troligt, att det subjektiva rekvisitet var försvagat — ifall sjukdomen förelåg vid tiden för brottet — eller göra det osannolikt, att en rättegång skall kunna genomföras. Har slutligen gärningsmannen blivit illa skadad vid brottet, har brottet redan åsamkat honom väsentligt lidande, och då finns varken individualpreventiva eller generalpreventiva skäl att låta brottet föranleda ytterligare lidande.

Kännetecknande för alla de av strafflagberedningen nämnda typfallen synes sålunda vara, att de avsåg undantagssituationer, där det föreligger särskilda förhållanden som har ett omedelbart samband

med själva gärningen, eller som gör det osannolikt att en rättegång skall kunna genomföras. Hänför man till en objektiv bedömning alla omständigheter — även personliga — som har ett omedelbart samband med själva brottet eller med möjligheten att genomföra en process, kan samtliga de av strafflagberedningen nämnda typfallen anses gälla en objektiv bedömning.

Visserligen kan de nu berörda typexemplen också tolkas så, att strafflagberedningen ansåg, att det vid åtalsprövningen borde vara relevant, om åklagaren anser, att det är särskilt synd om lagöverträdaren. Men detta förefaller inte troligt. Överlåter man en fri skönsmässig prövning av sådan natur till åklagaren — med typfallen fick ju jämställas "jämförliga" fall — synes det omöjligt att samtidigt beskriva prövningen så att "vid rättstillämpningen tages ingen hänsyn till person".

Enligt min mening får det därför, fram till lagändringen 1971, ha ansetts uteslutet, att åklagaren fick ta någon annan hänsyn till gärningsmannens personliga förhållanden än sådana som antingen hade ett omedelbart samband med själva gärningen eller också gjorde det osannolikt, att en rättegång skulle kunna genomföras.

Har lagändringen 1971 inneburit, att denna förutsättning inte längre gäller? Frågan får inte något svar genom motiven till lagändringen. Syftet med lagändringen gör emellertid, att stadgandet måste antas ha fått en ny innebörd. Dittills gällde det speciella undantagssituationer. Det nya syftet kan, enkelt och drastiskt, uttryckas så här: "Samhället har inte längre råd att beivra alla beteenden som det kriminaliserar. Ett urval måste ske." Hur urvalet skall ske, därom ger motiven inte något besked.

Det förutskickades i 1971 års lagstiftningsärende, att en enhetlig tillämpning skulle komma till stånd genom vägledande anvisningar av riksåklagaren. Det synes dock knappast berättigat att i det cirkulär, som utfärdats, se någon vägledning i fråga om innebörden av rekvisitet, att lagföring ej är påkallad ur allmän synpunkt, och vad det betyder, att principen om allas likhet inför lagen skall beaktas.

I cirkuläret förklaras principen om allas likhet inför lagen endast så: "Avstegen får inte kännas oriktiga eller orättvisa. Samtidigt måste man hålla i minnet att det inte finns två fall som är helt identiska."

Hänvisningen till vad som kan "kännas" riktigt eller oriktigt antyder, att riksåklagaren uppfattar principen om allas likhet inför lagen som en subjektiv fråga. Erfarenheten visar emellertid, att människors känslor på denna punkt varierar mycket. Om principens innehåll be-

stäms från fall till fall av den som är "bunden" av principen, kan den inte ha något rättsligt innehåll annat än så långt okontroversiella värderingar räcker. Ett sådant antagande är knappast förenligt med stadgandet i 1 kap. 9 § regeringsformen.

Utan något förbehåll uttalas i cirkuläret, att hänsyn alltid skall tas till brottslingens person. Exemplet med en 40-åring och en 80-åring, som begått likadana brott, är i detta sammanhang intetsägande, eftersom åtalsunderlåtelse för 80-åringar omöjligt kan väntas innebära den besparing av kostnader som 1971 års lagändring och cirkuläret går ut på.

Påpekandet att det "kan vara ytterst besvärande för en person att bli avslöjad, också när det är fråga om en bagatellartad förseelse" kan inte heller gärna vara till någon hjälp vid prövningen. Det torde alltid vara tillämpligt, åtminstone såvitt den prövande åklagaren kan veta. Möjligen är det, såsom föreningen Sveriges stadsfiskaler uttalade i lagstiftningsärendet 1962 så, att ju högre social position någon besitter, desto mer skrämmande ter sig en offentlig rättegång för honom. Innebär riksåklagarens nyss återgivna yttrande, att åklagarna vid sin prövning får ta hänsyn till den misstänktes sociala ställning och underlåta åtal, om den är särskilt hög?

Eller förhåller det sig kanske tvärtom? Man skulle kunna argumentera så, att allmänpreventiva hänsyn gör sig starkt gällande i de fall, när den misstänkte är en känd person eller en person i hög social ställning. Man kan i sådana fall räkna med att brottet och straffet får publicitet, något som eljest praktiskt taget aldrig inträffar när det gäller bötesbrott. Vad som ur allmänpreventiv synpunkt kan uppnås med åtal i ett enskilt normalfall är praktiskt taget alltid så ringa, att det inte kan sägas uppväga samhällets kostnader för en rättegång. Anlägger man en sådan ekonomisk syn på varje enskilt fall, blir slutsatsen, att det endast är kända personer och personer i hög social ställning som bör åtalas.

I juni 1980 framgår av dagspressen följande. Så många människor har ertappats med att ha tillskansat sig bostadsbidrag, som de inte varit berättigade till, på ett brottsligt sätt, att en Stockholms-åklagare finner det nödvändigt av ekonomiska skäl att bland de fall han har välja ut ett mindre antal för förundersökning och eventuellt åtal. Han överväger att som kriterier för urvalet använda, förutom storleken på det belopp som felaktigt uppburits, även den brottsliges inkomst.

Det belopp, som en misstänkt bedrägligt tillskansat sig, är ett ob-

jektivt kriterium, ej hänförligt till personliga förhållanden av den art som inte utan rättsligt stöd får föranleda särbehandling. En persons inkomst är däremot ett personligt kriterium, jämförligt med förmögenhet. Finns det rättsligt stöd för länsåklagaren att använda detta kriterium vid prövning av frågan om åtal bör ske eller underlåtas? Ja, om man argumenterar enligt följande. I propositionen till 1971 års ändring av 20 kap. 7 § 1 rättegångsbalken uttalade departementschefen, att det inte är möjligt att ange, vilka omständigheter som "ur allmän synpunkt" påkallar åtal, och att det bör ankomma på riksåklagaren att ge närmare anvisningar. Riksåklagaren har i sin tur i cirkulär med anvisningar sagt, att hänsyn alltid skall tas till brottslingens person. Därmed finns rättsligt stöd för åklagarna att ta hänsyn till personliga förhållanden, som eljest skulle anses ovidkommande enligt principen om likhet inför lagen.

Något utrymme för principen om allas likhet inför lagen finns det med denna argumentering knappast längre, när det gäller frågan om en medborgare skall åtalas för ett brott eller ej.

Det bör erinras om att 20 kap. 7 § 1 rättegångsbalken bara är ett av många rättsliga sammanhang, som aktualiserar frågor av den typ som här diskuterats.

6.9. Översiktlig diskussion

Inledning

Undersökningen i detta kapitel gäller saklighetskravet i dess betydelse av ett förbud att utan rättsligt stöd särbehandla någon på grund av vissa personliga förhållanden. I det följande kommer jag att kalla detta förbud för tumregeln. Det förutsattes, att uttrycket "rättsligt stöd" här har samma betydelse som det befunnits ha i 5.7, men det förutskickades, att frågan skulle uppmärksammas också i detta kapitel. I 6.1 ställdes frågan, om tumregeln endast är tillämplig i sådana fall, där personliga förhållanden överhuvudtaget är irrelevanta, eller om den är tillämplig även när personliga förhållanden är relevanta. Det frågades också om, i det senare fallet, ett statistiskt betraktelsesätt är tillåtet, så att ett offentligt organ t.ex. får dra slusatser av en persons samhällsställning, om det kan sägas, att de flesta i hans samhällsställning motsvarar något relevant kriterium.

Genomgången i de föregående avsnitten tyder inte på att tumregeln skulle vara begränsad till fall, där personliga förhållanden överhuvudtaget inte är relevanta. Grundsatsen om privatlivets helgd har JO

funnit böra beaktas även vid tillämpningen av bestämmelser som hänvisar till personlig lämplighet (SJ och Posten frågar, Konfirmerad körkortsinnehavare). Ålder och nationalitet har ansetts i och för sig inte få bestämma bedömningen av personlig lämplighet i olika yrkesutövningar m.m. eller av en persons bostadsbehov (Åldersgräns för överlärare, Åldersgräns för besiktningsmän, Ung dansarrangör, Diskriminerad utlänning). Samhällsställning har inte ansetts få inverka på bedömningen av en persons trovärdighet (Häradshövdingens svärmor), pålitlighet (Jan Myrdals mamma) eller skötsamhet (Restaurangyrkets frestelser).

Vad så den andra frågan beträffar — om ett statistiskt betraktelsesätt är tillåtet — aktualiserades den bara i åldersfallen, nationalitetsfallen och "Häradshövdingens svärmor". Och det var bara i "Häradshövdingens svärmor" som ett sådant betraktelsesätt kan anses ha blivit klart avvisat.

Det är påfallande, att varken domstolarna eller JO i något enda av alla här återgivna fall hänvisade till tumregeln. Men kanske är det inte så underligt. 1809 års regeringsform upptog inte någon sådan regel. Och i 1974 års regeringsform fanns den med i lagtexten bara under två år, från den 1 januari 1975 till den 31 december 1976. Därefter måste man gå till motivuttalanden för att veta att den gäller (jfr 1.2). Man kan nog utgå från att de flesta domare och tjänstemän aldrig har hört talas om den.

Behövs tumregeln?

Behövs egentligen tumregeln? Frånsett de kommunala avgiftsfallen synes bedömningen i de här genomgångna fallen helt allmänt ha gått ut på om de hänsyn saken gällde tedde sig godtagbara i sitt sammanhang. Ibland ansågs slutsatser kunna dras av den tillämpade lagtexten, eventuellt i förening med motivuttalanden, så t.ex. i "Human stadsfogde" och "Livsmedelslokalen". Åklagarnas åtalsplikt var otvivelaktigt av avgörande betydelse i "Hurrande bandyspelare", "Bekanta genom prins Carl" och "Ödmjuka trafiksyndare" och hade sannolikt betydelse också för bedömningen i "Berusad lärare" och "Förskingrande landskanslist". I andra fall besvarades frågan om tillåtna eller otillåtna hänsyn med ledning av ett allmänt förnuftsresonemang, så t.ex. i "Samvetsäktenskap", "Kritisk domare", "Homosexuella officerer" och "Onyktert lokbiträde". Endast i de fall, som gällde den kommunala likställighetsprincipen, synes frågan om det fanns rättsligt stöd för särbehandling ha betraktats som avgörande.

När man begrundar frågan om tumregeln egentligen har någon viktig funktion, bör det inte förbises, att svensk rätt under 1970-talet har tillförts ett stort antal generalklausuler och obestämt angivna kompetensstadganden, där varken lagtext eller motivuttalanden ger någon ledning för att bedöma problemet med tillåtna och otillåtna hänsyn. När det gäller tillämpningsområdet för sådana generalklausuler och kompetensstadganden torde frågan om principen om allas likhet inför lagen har något innehåll väsentligen stå och falla med tumregelns användning.

Den helt centrala frågan i sammanhanget hänför sig till den situationen att en person är misstänkt för brottslighet eller anses ha gjort sig skyldig till någon annan typ av lagöverträdelser än brottslighet; jag tänker på t.ex. sådana förfaranden som kan föranleda ett slags åtal enligt marknadsföringslagen.

Åklagarens åtalsplikt har, såsom framgått i 6.8, förlorat sin tidigare stadga genom motivuttalanden i samband med en ändring i 20 kap. 7 § 1 rättegångsbalken år 1971. Vilka typer av hänsyn, som numera får tas, kan i detta sammanhang lämnas därhän; klart är att kretsen tillåtna hänsyn nu är betydligt större än vad den var före lagändringen, och att den inte kan bestämmas med ledning av de motivuttalanden, som gjordes i samband med lagändringen 1971. Det nu sagda gäller direkt bara brottslighet som faller inom tillämpningsområdet för 20 kap. 7 § 1 rättegångsbalken. Men denna uppmjukning av åtalsplikten när det gäller 20 kap. 7 § 1 rättegångsbalken får antas ha återverkningar i andra ärenden än de, som avses med nämnda stadgande. Dels innebär 1971 års lagändring sannolikt, att många åklagare anser de typer av hänsyn, som får föranleda åtalsunderlåtelse enligt 20 kap. 7 § rättegångsbalken, tillåtna också vid tillämpning av andra stadganden om åtalsunderlåtelse och vid bedömning av frågan, om förundersökning överhuvudtaget skall inledas mot en misstänkt. Dels kan man anta, att sådana hänsyn av många betraktas som tillåtna också när andra offentliga organ än åklagare skall ta ställning till om ett brott eller någon annan form av lagöverträdelse skall föranleda någon åtgärd; jämför t.ex. "Förskingrande landskanslist", "Onyktert lokbiträde" och "Affären Ingmar Bergman".

Får beivran numera underlåtas med hänsyn till att den misstänkte är utlänning, alkoholist (utan att 57 § nykterhetsvårdslagen är tillämplig), deprimerad (utan att 20 kap. 7 § 4 rättegångsbalken är tillämplig), har minderåriga barn, är idrottsman, journalist eller en känd kulturpersonlighet?

Om svaret är nej — vilket förefaller mig alldeles nödvändigt, om man skall kunna tala om likhet inför lagen i någon rimlig mening — kan detta inte numera motiveras med åklagarnas åtalsplikt. Tillämpar man däremot tumregeln, får sådana hänsyn till person tas bara under förutsättning att de har rättsligt stöd. Det kan diskuteras, om meningen "Hänsyn skall alltid tas till brottslingens person" i riksåklagarens cirkulär C 67 utgör rättsligt stöd för att ta hänsyn av denna typ. Frågan lämnas här därhän, då det viktiga i detta sammanhang synes vara, att det av den ställda frågan framgår, att tumregeln i de situationer, som nu avses, skulle kunna ge principen om allas likhet inför lagen ett innehåll, som den eljest saknar.

Kan man då inte i stället för att använda tumregeln nöja sig med att fråga, om det i ett enskilt fall tillämpade kriteriet är oförnuftigt eller irrationellt i sammanhanget? Nej, enligt min mening visar de i detta kapitel redovisade fallen, att ett sådant sätt att angripa problemet inte ger principen om likhet inför lagen något nämnvärt innehåll. Om man bortser från vissa frågor i "SJ och Posten frågar" och "Konfirmerad körkortsinnehavare" kan man inte om något enda av de återgivna fallen säga, att det var fråga om hänsyn som kan avvisas som oförnuftiga eller irrationella.

Till och med det som brukar anses vara kärnan i läran om "détournement de pouvoir" torde vittra sönder, om man nöjer sig med att de hänsyn som tas av myndigheterna är förnuftiga och rationella. Antag t.ex. att en misstänkt hotar att "märka" en åklagare, om denne åtalar honom. (Sådana hotelser lär förekomma i verkligheten och blir naturligtvis mera frestande för misstänkta att komma med, ju större frihet åklagaren har att bestämma om någon skall åtalas eller inte åtalas.) Antag att åklagaren blir rädd och beslutar att inte åtala. Enligt den klassiska kärnan i läran om détournement de pouvoir får räddhåga inte påverka ett beslut. Men låt oss säga, att åklagaren i det tänkta fallet motiverar sitt beslut så här: "Ett åtal mot den misstänkte skulle kosta samhället stora pengar. Jag finner inte, att det som ur allmän synpunkt kan vinnas med ett åtal är värt dessa pengar och beaktar därvid, att det är ett allmänt intresse att jag inte blir skadad." Åklagarens motivering för att inte åtala innebär, att man inte kan säga att hans rädsla har påverkat beslutet, ty det motiverades ju uteslutande med allmänna intressen. Man kan inte bestrida, att det är ett allmänt intresse, att människor inte blir skadade. Och åklagarens tänkta motivering för sitt beslut kan på intet sätt sägas vara oförnuftigt eller irrationellt, tvärtom.

Jag menar sålunda, att tumregeln kan ha en ytterst praktisk och betydelsefull funktion för att ge något innehåll åt principen om allas likhet inför lagen vid tillämpning av generalklausuler och obestämda kompetensstadganden av den typ, som blivit vanlig i svensk lagstiftning under 1970-talet. Med detta är dock inte angivet vilken eller vilka särskilda funktioner som tumregeln kan ha.

Olika funktioner

Det är emellertid till en början tydligt, att tumregeln kan säkra att inga subjektiva hänsyn tas i mål och ärenden, för vilka lagstiftaren har avsett en objektiv bedömning. Om i "Anställda med alkoholbesvär" arbetsdomstolen hade känt till och tillämpat tumregeln, skulle domstolen ha prövat frågan, om det fanns saklig grund för uppsägningarna, utan hänsyn till arbetsgivarens ekonomiska ställning.

Hur förhåller det sig då i ärenden, där det är klart, att hänsyn till personliga förhållanden skall tas, t.ex. i tjänstetillsättningsärenden och i ärenden om behovsprövade bidrag? Kan tumregeln fylla någon funktion i sådana ärenden och i så fall vilken eller vilka? Det framgår enligt min mening av här redovisad praxis, att tumregeln i dessa fall kan fylla två funktioner: dels att ge skydd för privatlivets helgd, dels att hindra att statistiskt motiverade slutsatser dras om en persons lämplighet, behov, trovärdighet m.m. av sådana kriterier som ålder, nationalitet eller samhällsställning.

Om man anser, att principen om privatlivets helgd innebär något mera än bara skydd mot sådana åtgärder, som sker med våld — och för detta talar starkt grunderna för 2 kap. 6 § regeringsformen — då är tumregeln ett rättsligt redskap att skydda medborgarna mot sådan utredning om hans privatliv, som inte är nödvändig för prövningen i ett ärende. I "Hyresgäst eller sambo" fanns det rättsligt stöd för förmedlingsorganet att i vissa fall betrakta en sökandes sexuella förhållanden som en angelägenhet för förmedlingsorganet. Men i andra stadganden om bidrag m.m. framgår det ibland inte av vare sig lagtext eller motivuttalanden, om "äktenskapsliknande förhållanden" kan vara relevanta. Om man anser, att hänsyn till sådana förhållanden inte får tas utan rättsligt stöd, torde tumregeln säkra, att privatlivets helgd respekteras i tillämpningen, medan enbart ett krav på ett förnuftigt och rationellt urval av hänsyn däremot inte kan åstadkomma detta. Det har visserligen här hävdats, att kriteriet "äktenskapsliknande förhållanden" är oförnuftigt och irrationellt i bidragsärenden. Men så länge lagstiftaren själv använder kriteriet i sådana ärenden,

kan denna argumentering uppenbarligen bara föras de lege ferenda.

Om man anser, att nu gällande rätt innebär att en persons trovärdighet aldrig får bedömas med hänsyn till hans samhällsställning och att hans bostadsbehov inte får bedömas med hänsyn till hans nationalitet, kan denna ståndpunkt motiveras med tumregeln, medan den däremot inte kan motiveras med ett allmänt förnuftsresonemang. Lagstiftaren utgår ju själv mycket ofta, och måste göra det, från ett statistiskt mer eller mindre välmotiverat betraktelsesätt, t.ex. att konsumenter är svaga och näringsidkare starka eller att den som är under 18 år inte uppnått samma mognad som den som fyllt 18 år. Ett motsvarande betraktelsesätt i andra sammanhang kan då inte avfärdas som oförnuftigt.

Förslag till en närmare bestämning

Med hänvisning till det sagda och till den föregående diskussionen i detta kapitel föreslår jag, att tumregelns innehåll bestäms närmare enligt följande tre punkter.

1. *Presumtion om objektiv prövning.* I rättstillämpningen förutsätts rättsligt stöd för att domstolar och myndigheter skall kunna ta hänsyn till annat än objektiva förhållanden. Exempel: Frågan om uppsägningen av en arbetstagare är sakligt grundad skall avgöras utan hänsyn till parternas ekonomiska förhållanden (jfr "Anställda med alkoholbesvär" i 6.6.2). Frågan om ett hos JO anmält ärende bör utredas eller ej skall avgöras utan hänsyn till anmälarens yrke (jfr "Professorsauktoritet" i 6.5.1). Frågan om en hälsovårdsnämnd skall meddela ett tvångsföreläggande eller ej skall avgöras utan hänsyn till den försumliges ekonomiska förhållanden (jfr "Livsmedelslokalen" i 6.6.2).

2. *Presumtion om privatlivets helgd.* När det finns rättsligt stöd för att ta hänsyn till någons personliga förhållanden — om det t.ex. gäller en tjänstesökandes lämplighet eller en bidragssökandes behov — får privatlivets förhållanden inte dras in i prövningen, om det ej finns rättsligt stöd för detta. Exempel: I bidragsärenden krävs rättsligt stöd för att i prövningen dra in kriteriet "äktenskapsliknande förhållanden" (jfr diskussionen med anledning av "Hyresgäst eller sambo" i 6.2.3). I tjänstetillsättningsärenden får det att en person är homosexuell inte beaktas annat än om det är motiverat av hänsyn till rikets säkerhet (jfr 6.2.2).

3. *Presumtion om individuell prövning när personlig lämplighet, personligt behov m.m. skall bedömas.* När det finns rättsligt stöd

för att ta hänsyn till någons personliga förhållanden, måste prövningen inriktas på individen, och man måste bortse från att han må tillhöra någon grupp som kännetecknas av vissa egenskaper. Exempel: Ett vittnes trovärdighet får inte bestämmas med hänsyn tagen till hans samhällsställning (jfr "Häradshövdingens svärmor" i 6.5.1). En offentlig försvarare får inte avvisas på den grund att han uppnått en ålder, i vilken de flesta inte skulle klara av ett sådant uppdrag (jfr diskussionen i anslutning till åldersfallen i 6.3.2).

Rättsligt stöd

Beträffande frågan om vad som formellt är rättsligt stöd vid tillämpning av tumregeln kan man konstatera, att regeringsrätten i "Lekskoleavgifter" (6.6.2) nöjde sig med ett uttalande av ett statsråd i en statsverksproposition, och att JO i "Betala eller jag åtalar 3" (6.8.2) hänvisade till ett uttalande av processlagberedningen. Det synes mig i båda fallen ha varit fråga om onöjaktiga rättskällor (jfr 6.6.3).

Mycket svåra problem uppkommer, när man i belysning av fallen skall försöka reda ut vilka krav som materiellt bör ställas på rekvisitet rättsligt stöd i detta sammanhang. Det förefaller mig som om det här är omöjligt att nå samma klarhet som i fråga om de i kap. 5 behandlade hänsynen. Ty det är lätt att se vilka hänsyn som är ägnade att störa funktionerna av de i 2 kap. 1 § regeringsformen proklamerade rättigheterna, men det kan ibland vara svårt att skilja mellan objektiva och personliga förhållanden. Tag t.ex. 36 § avtalslagen i dess lydelse enligt lag 1976:185. Det sägs där, att ett avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt "med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt". Av lagtext och lagmotiv framgår att det är relevant om den ena parten var överlägsen den andra.

Visserligen finner jag det klart oförenligt med tumregeln, om en domstol skulle resonera så, att den här parten bör vinna målet, därför att honom är det synd om eller därför att han har det dåligt ställt ekonomiskt. Ett sådant betraktelsesätt skulle vara helt oförenligt med principen om likhet inför lagen, och för något sådant ger stadgandet inte något rättsligt stöd. Men om nu den ena parten är ung och oerfaren och den andra parten erfaren och rävaktig, kan detta sägas gälla personliga förhållanden, och samtidigt kan man se den enes ungdom och oerfarenhet och den andres erfarenhet och rävaktighet

som objektiva förhållanden hänförliga till omständigheterna vid avtalets tillkomst.

Jag kan inte se någon klar lösning på detta problem vid tumregelns tillämpning. Det viktigaste för upprätthållandet av principen om allas likhet inför lagen synes mig emellertid vara, att domstolar och myndigheter är förtrogna med tumregeln och dess funktioner och så att säga har den i ryggmärgen, så att den aldrig förbises.

Kap 7 Den organisatoriska specialitetsprincipen

7.1. Inledning

Vad det nu gäller är frågan, om det i svensk rätt finns en princip, som säger, att en förvaltningsmyndighet inte får använda en maktbefogenhet för någon uppgift, som har lagts på en annan förvaltningsmyndighet eller på domstolarna. Därvid avses inte sådana fall, där man genom tolkning av det författningsstadgande myndigheten tillämpar kan dra slutsatsen, att vissa hänsyn, som har avseende på en annan myndighets uppgifter, är irrelevanta för den första myndigheten. Vid tillämpningen av lagar, som har ett konkret angivet och begränsat syfte, kan andra hänsyn än sådana, som kan hänföras till detta syfte självfallet inte anses relevanta. Det erinras emellertid om att denna undersökning främst är inriktad på fall, där författningstext och motiv inte ger tillräcklig ledning; undersökningen går ut på att se, om det finns några allmänna rättsgrundsatser, som då kan tillämpas.

Naturligtvis avses inte heller sådana fall, där det finns rättsligt stöd — i den i avsnitt 5.7 angivna meningen — för en myndighet att använda en maktbefogenhet för en uppgift, som i första hand har lagts på en annan förvaltningsmyndighet eller på domstol.

I detta fall finns det inte något grundlagsstadgande att utgå från. Men som framgått av kap. 2 har det både i svensk och i utländsk doktrin antagits, att en myndighets maktbefogenhet inte får influeras av ett syfte, som den inte är avsedd för, och att en myndighet därför inte får använda sina diskretionära befogenheter för uppgifter, som har lagts på andra myndigheter.

En sådan princip kan motiveras både med ordningssynpunkter och med aspekter, som gäller idén om ett rättssamhälle.

Förvaltningen är ju omsorgsfullt organiserad, så att olika organ har tilldelats skilda uppgifter. Till följd härav kan t.ex. inte byggnadsnämnden i en kommun få komma överens med hälsovårdsnämnden i kommunen om ett för ledamöterna kanske praktiskt byte, så att de

under var sin vecka sköter både byggnads- och hälsovårdsmål. De får inte göra så, inte ens om vardera nämnden har förberett ärendena så, att själva besluten bara är en formalitet. Av detta bör logiskt följa att, i den mån det inte finns rättsligt stöd för annat, en myndighet inte får använda en maktbefogenhet för en uppgift, som det kommer an på en annan myndighet att fullgöra.

Ur denna aspekt är det fråga om en ren ordningssak. Generaladvokaten Lagrange har inför EG-domstolen i ett mål om EG-rättens begrepp "détournement de pouvoir" eller "misuse of power" uttryckt den här synpunkten så att "(the) concept of specialization — — — is quite simply dictated by the need for order and organization".[1]

En annan aspekt är, att myndigheterna genom att självrådigt sammanblanda de uppgifter, som lagstiftaren har lagt på var och en av dem, kan rubba den materiella rättsordning, som lagstiftaren har inrättat. Ty om t.ex. en länsstyrelse enligt 58 § lagen (1977:293) om handel med drycker vägrar någon utskänkningstillstånd på den grund att han vägrar att samarbeta med barnavårdsnämnden i ett ärende om fastställande av faderskap, innebär detta, att länsstyrelsen självrådigt handlar som om riksdagen skulle ha stadgat en sådan skyldighet.

Ur medborgarens synpunkt har den organisatoriska specialitetsprincipen stor betydelse. Om myndigheterna "räcker varandra handen" i den meningen, att de utan någon avgränsning av materiella kompetensområden använder sina maktbefogenheter för att tillvarata alla offentliga intressen , kommer medborgaren att insnärjas i ett nät av tvång och känna trycket av en obegränsad tvångsmakt. Denna aspekt har accentuerats särskilt i västtysk doktrin. Wolff-Bachof beskriver polisstaten så, att dess inre politik behärskas av en centralt sammanfogad, obestämd tvångsmakt, som sätts in för samtliga samhällsmål.[2] Och Forsthoff motiverar den organisatoriska specialitetsprincipen sålunda:

[1] Court of Justice of the European Coal and Steel Community. Reports of Cases before the Court. 1954 to 1956. S 76.

[2] Wolff Hans och Bachof Otto, Verwaltungsrecht I, München 1974, s 39: "Verwaltungswissenschaftlich wird der absolute Staat 'Polizeistaat' genannt, weil seine innere Politik beherrscht war von zentral gelenkter, *un*bestimmter Zwangsgewalt, die für alle sozialen Ordnungs- und Gestaltungszwecke (Insbes. zur Wirtschaftsförderung) eingesetzt wurde." — Definitionen i Svenska Akademins Ordbok lyder: "stat där all värksamhet är reglerad o. kontrollerad av en stark polismakt". Ordboken anger, att ordet polis i sammansatta ord kan betyda en stats förvaltning, "politi".

> Hela systemet med rättsstatlig måttfullhet för maktfunktionerna kommer i gungning, om — — — fördelningen av statsfunktionerna på behöriga myndigheter ändras därigenom, att i lag inte förutsedda samband mellan sådana funktioner uppkommer, något som måste resultera i en potentiering av statsmakten.[3]

Schweizaren Giacometti har i sitt verk om rättssamhällets förvaltningsrätt framhållit, att den organisatoriska specialitetsprincipen ligger i rättsstatsbegreppet. Han pekar på att maktkoncentration erfarenhetsmässigt leder till maktmissbruk, och principen är enligt honom en del av kravet på normmässighet.[4]

Även principen om allas likhet inför lagen rubbas, om den organisatoriska specialitetsprincipen inte upprätthålls. Ty om t.ex. en länsstyrelse tillämpar den praxis, att den som dömts för allvarliga trafikbrott inte bara får sitt körkort indraget utan dessutom vägras utskänkningstillstånd i förekommande fall, betyder detta, att de trafiksyndare inom länet, som för sin yrkesutövning är beroende av utskänkningstillstånd, drabbas av hårdare sanktioner än andra för allvarliga trafikbrott.

Mot detta betraktelsesätt kan naturligtvis invändas, att myndighetsutövning ofrånkomligen drabbar människor olika. Om den som får sitt körkort indraget är chaufför till yrket, drabbas han hårdare än om han inte för sin yrkesutövning är beroende av körkort. Det finns dock en betydelsefull skillnad. Trafiksäkerheten gör sig lika starkt gällande, oavsett hur kännbar körkortsåterkallelsen är för den som drabbas därav. Däremot går det inte att rationellt förklara, varför trafiklagstiftningen skall genomdrivas med större energi på restaurangidkare än på andra trafikanter. Som redan nämnts, har principen om allas likhet inför lagen ett nära samband med godtyckesbegreppet, som i sin tur — i den mån det inte kan definieras med handfasta regler av den typ som behandlats i kap. 5 och 6 — har ett nära samband med det irrationella (se 6.1).

Såsom framgått av 2.3 ser emellertid norrmannen Bernt den orga-

[3] Forsthoff Ernst, Lehrbuch der Verwaltungsrechts, 1. Band Allgemeiner Teil, München 1973, s 99 f.: "Das ganze System rechtsstaatlicher Mässigung der Hoheitsfunktionen kommt ins Wanken, wenn die im Behördenorganisationsrecht geregelte Verteilung der Staatsfunktionen auf die zuständigen Behörden dadurch verändert wird, dass gesetzlich nicht vorgesehene Verbindungen solcher Funktionen hergestellt werden, was eine Potenzierung der Staatlichkeit zur Folge haben muss."

[4] Giacometti Z, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates), Zürich 1961, s 10, 18, 243.

nisatoriska specialitetsprincipen som en anakronism i en tid "hvor de enkelte forvaltningslover er deler av et sammenhengende nettverk som gjennomtrenger og binder sammen samfunnet".

I nästa avsnitt skall undersökas, hur hithörande problem har bedömts i svensk praxis, och därefter är det anledning att återkomma till frågan om principens motivering.

7.2. Saklighetskravet i praxis

7.2.1. Allmän domstols uppgift

Fallet *RÅ 1943 ref. 48 (Skyddsrummet)* gällde tillämpning av 5 § lagen (1940:119) om skyldighet för ägare av anläggningar och byggnader att anordna skyddsrum m.m. Om två eller flera närbelägna fastigheter ej lämpligen kunde var för sig förses med skyddsrum, fick gemensamt skyddsrum anordnas. Föreskrift om detta skulle meddelas av länsstyrelsen. Om överenskommelse inte kunde träffas om fördelningen av kostnaderna för skyddsrummet, kunde länsstyrelsen "bestämma de grunder efter vilka kostnaden skall fördelas mellan fastigheterna". I ett sådant ärende, som gällde två fastigheter, bestämde länsstyrelsen, att kostnaderna skulle fördelas i proportion till skyddsplatserna, och att ägaren till den fastighet, som fick skyddsrum i den andra fastigheten, skulle betala hyra med 10 kronor i månaden.

Regeringsrätten fann, att fråga om ersättning för det intrång, som ägaren till fastigheten med skyddsrum kunde åsamkas genom anordningen, "icke kan i förevarande ordning prövas".

Ärendet *JO 1949 s 38 (Priskontoret)* avsåg tillämpning av 1940-talets priskontrollreglering. Prispolitiken gick ut på att hindra, att priserna höjdes över en skälig nivå. För olika varor och tjänster gällde normalpris, som prövats skäliga. Normalpriset fick inte överskridas utan särskilt tillstånd. Bland de organ, som handhade tillämpningen, var priskontoren. De hade enligt sin instruktion i uppgift, bland annat, att "på bästa möjliga sätt stå allmänheten till tjänst med alla begärda upplysningar i prisfrågor, som enligt gällande författningar kunde lämnas".

Ett sågverksbolag avtalade med en chaufför om transport av massaved och sågtimmer. Sedermera uppkom oenighet mellan dem om betalningen. Bolaget gjorde gällande, att man hade kommit överens om särskilda grunder för ersättningen. Normalpriset för transport av massaved var olika, beroende på om transporten avsåg rå eller torr

massaved; enligt bolaget hade man för enkelhetens skull bestämt att räkna hälften som rå och hälften som torr massaved, och att ersättningen för massaveden sålunda skulle vara mitt emellan normalpriset för rå och för torr massaved. Beträffande transport av sågtimmer fanns bara ett normalpris. Enligt bolaget avsåg det rått sågtimmer, och eftersom den överenskomna transporten avsåg både rått och torrt sågtimmer skulle man ha kommit överens om att ersättningen skulle ligga mitt emellan normalpriserna för, å ena sidan, torr massaved och, å andra sidan, sågtimmer. Chauffören bestred emellertid, att en sådan överenskommelse hade träffats, och ställde krav på ersättning som enligt hans uppfattning motsvarade gällande normalpris. Bolaget gick till en början inte med på detta. Chauffören vände sig då till priskontoret i Östersund och vädjade om hjälp. Priskontoret ansåg, att chauffören hade rätt, och uppmanade bolaget att reglera sin skuld till chauffören enligt viss beräkning. Så skedde också. En advokat, som sedermera fick kännedom om detta, reagerade och gjorde JO-anmälan. Han ansåg, att priskontoret hade överskridit sin kompetens genom att lägga sig i mellanhavandet mellan bolaget och chauffören.

I JO-ärendet yttrade föreståndaren för priskontoret, S:

> Då delade meningar uppstått mellan parterna angående normalpriset i förevarande fall, hade (chauffören) vänt sig till priskontoret i Östersund för att få dess medverkan till meningsskiljaktigheternas undanröjande. — — — Med hänsyn till det ringa belopp tvisten gällt hade (S) ansett, att de allmänna domstolarna i första hand icke borde besväras med detta priskontrollmål, som synts (S) sakna prejudicerande betydelse i fråga om sina ekonomiska konsekvenser. Däremot hade (S) ansett det föreligga risk för att trafikbilägarna skulle uppfatta priskontorets verksamhet såsom ensidigt riktad mot dem, om icke kontoret i detta fall sökte att vinna rättelse även av den part, som normalt hade största nyttan av priskontorets verksamhet. — — — (S ville) icke förneka, att priskontorets uppmaning till bolaget att reglera sitt mellanhavande med (chauffören) enligt gällande normalpris saknade direkt stöd i prisregleringslagen, men (S) vågade hysa den uppfattningen, att de vidtagna åtgärderna icke fölle utanför ramen för priskontorets verksamhet och att de vore i full överensstämmelse med priskontrollens anda och mening.

JO (Rudewall) fann emellertid, att priskontoret hade överskridit sin kompetens, och föranstaltade om åtal mot S. Rådhusrätten i Östersund dömde S för oförstånd i tjänsten till 15 dagsböter, med denna motivering:

> (P)riskontoret (har) genom att anmoda bolaget att till (chauffören) erlägga betalning för körslorna enligt kontorets uträkning, som efter bolagets uppfattning stått i strid med den mellan bolaget och (chauffören) träffade överenskommelsen, ingått i prövning av det tvistiga rättsförhållandet och härigenom överskridit sina befogenheter jämlikt den för priskontoren gällande instruktionen.

Domen vann laga kraft.

Ärendet *JO 1955 s 233 (Sänkt grundhyra för standardsänkning)* gällde frågan om 1942 års lag om hyresreglering m.m. gav hyresnämnd och hyresråd befogenhet att sänka grundhyra därför att en lägenhets standard försämrats genom nedslitning. Det var 3 § i lagen som var relevant:

> Hyresvärden må icke mottaga eller träffa avtal om högre hyra än som motsvarar den för lägenheten tillåtna grundhyran, där ej annat föranledes av vad nedan sägs. Såsom grundhyra anses det hyresbelopp, som lägenheten betingade d. 1 jan. 1942. Var lägenheten då ej uthyrd, fastställes grundhyran av — — — hyresnämnden efter hyresläget vid nämnda tid. För lägenhet i hus eller del av hus, som färdigställts senare än d. 1 jan. 1942, fastställer nämnden grundhyran till det belopp, som med hänsyn till byggnadskostnaderna och övriga omständigheter finnes skäligt.
>
> Var hyran för viss lägenhet d. 1 jan. 1942 avsevärt lägre än hyran för jämförliga lägenheter eller har lägenhetens värde avsevärt ökats genom ombyggnads- eller ändringsarbete eller föreligger för visst fall annat skäl av därmed jämförlig betydelse, äger nämnden på framställning av hyresvärden höja grundhyran till det belopp, som därav föranledes. Betingade lägenheten d. 1 jan. 1942 en hyra, som i avsevärd mån översteg hyran för därmed jämförliga lägenheter, äger nämnden på framställning av hyresgästen eller hyressökande nedsätta grundhyran till skäligt belopp.
>
> Höjning av hyran medför ej ändring av gällande hyresavtal. Nedsättes grundhyran, skall nedsättningen lända till efterrättelse, oavsett vad parterna avtalat.
>
> — — —

En hyresgäst i Ludvika yrkade hos hyresnämnden i staden, att grundhyran för hans lägenhet måtte nedsättas, därför att lägenhetens standard hade försämrats genom vanvård.

Hyresnämnden konstaterade vid besiktning framträdande sprickbildningar i taket och sprickor samt talrika kalkblåsor i väggarna. Den konstaterade vidare, att målningen på diskbänken i köket hade nötts av till stor del, och att lägenheten med hänsyn till sitt vanvår-

dade skick hade tett sig otrivsam. Nämnden nedsatte grundhyran på den grund att lägenhetens skick måste medföra väsentlig vantrevnad.

Hyresvärden anförde besvär hos statens hyresråd och anförde bl.a., att beslutet uppenbart inte kunde vara lagligen grundat. Hyresrådet fann emellertid ej skäl att göra ändring i hyresnämndens beslut. Två ledamöter var skiljaktiga och ville med ändring av hyresnämndens beslut lämna hyresgästens ansökan utan bifall.

En advokat gjorde JO-anmälan och anhöll om utredning i anledning av hyresrådets utslag. Han menade, att det av 3 § andra stycket hyresregleringslagen följde, att nedsättning av grundhyran endast kunde ske, om en lägenhet den 1 januari 1942 hade betingat en hyra, som i avsevärd mån översteg hyran för därmed jämförliga lägenheter. Klaganden framhöll, att sänkning av hyra på grund av standardförsämring var en sak, som hörde hemma under allmän domstols prövning.

JO (Rudewall) föranstaltade om en mycket vidlyftig utredning. Därvid framkom olika meningar om lagens rätta innebörd. Enligt en mening var hyresnämndens och hyresrådets beslut i enlighet med hyresregleringslagens anda och mening, ehuru det inte hade stöd i själva lagtexten. Enligt den meningen — som hade stöd i hyresrådets praxis — skulle det uppenbart strida mot lagens anda och mening, om de hyresreglerande myndigheterna tillämpade lagen så, att oförändrad grundhyra fick utgå även vid konstaterad standardsänkning. Hyresrådets vice ordförande, Carl Svennegård, tillhörde denna meningsriktning och uttalade bl.a.:

> Därest myndigheterna medverkade till att grundhyran beräknades på hyresförmåner, som i verkligheten icke komme hyresgästen till godo, bleve de i viss mån medansvariga för uttagande av ett icke motiverat hyresvederlag och för ett kringgående av hyreskontrollen. Genom den generella hyreshöjningen stegrades orättfärdigheten. — — — Hyresregleringen borde handhavas på sådant sätt, att den tjänade rättvisan.

Enligt den motsatta meningen saknade hyresnämndens och hyresrådets beslut allt stöd i lagen. Denna mening företräddes bl.a. av hyresrådets ordförande, Gustaf Lindstedt. Han stödde sig därvid bl.a. på uttalanden i förarbetena.

JO tog i sin prövning klart avstånd från den rättsuppfattning som Svennegård stod för. Han uttalade bland annat:

> Svennegård har — med instämmande av hyresrådets övriga, för det påtalade utslaget ansvariga ledamöter — anfört, att det ifråga-

varande hyresmålet avgjorts icke med ledning av någon direkt lagtolkning utan med ledning av den i hyresrådets praxis antagna rättsprincipen att en minskning av hyresförmånerna kunde leda till nedsatt hyra, vilken princip vore grundad på hyresregleringens anda och mening.

— — — Svennegårds uppfattning synes mig icke bygga på lagens lydelse och vad vid statsmakternas lagstiftningsverksamhet förekommit, utan på den anda och mening som Svennegård anser borde vara den riktiga. Såsom argument för en ändrad lagstiftning på området torde hans uttalanden mycket väl kunna ha fog för sig, men icke såsom en utveckling av vad gällande rätt innehåller. Här föreligger icke, såsom Svennegård gör gällande, en lucka i lagen som måste igenfyllas, utan lagstiftaren har fullt medvetet ansett en särskild reglering av förhållandena i det ifrågavarande hänseendet obehövlig och hänvisat till vad de allmänna rättsreglerna i nyttjanderättslagen innehålla.

— — — Utslaget synes mig utgöra ett talande exempel på den hos kristidsmyndigheter stundom iakttagna benägenheten att i sin strävan efter effektivitet icke hålla sig inom de gränser, som statsmakterna utstakat för myndighetens handlande.

JO utgick från att hyresrådet i framdeles uppkommande fall av liknande beskaffenhet skulle ta principfrågan under förnyat övervägande. Någon åtgärd mot de ansvariga ledamöterna ansåg han ej påkallad; han hänvisade till att de handlat efter bästa förstånd och kunnat stödja sin tolkning på vissa uttalanden i en handbok och på en inom hyresrådet tillämpad praxis. Ärendet föranledde emellertid JO att i framställning till Konungen ifrågasätta, om inte talan mot hyresrådets beslut borde i viss omfattning få fullföljas till regeringsrätten.

Det bör tilläggas, att enligt lag (1939:364) fanns det en allmän civilrättslig reglering av förhållandet mellan hyresvärd och hyresgäst i det fall att utan hyresgästens förskyllan skada uppkommit på lägenheten; bl.a. hade hyresgästen under vissa förutsättningar rätt att avhjälpa bristen på hyresvärdens bekostnad (3 kap. 16 § jämförd med 11 §).

I fallet *RÅ 1952 ref. 26 (Betala vattenräkningen)* gällde det frågan om hälsovårdsnämnden kunde förelägga en fastighetsägare att betala en vattenräkning.

I 1919 års hälsovårdsstadga fanns vid den aktuella tiden en föreskrift om att bostadslägenhet under alla förhållanden skulle ha "ymnig och lätt tillgång till gott dricksvatten" (8 § 3 mom. tredje stycket).

Ägarna till ett par bostadshus tvistade med vattenverket om vatten-

avgifter, som de hade blivit krävda på. Med anledning av utebliven betalning hade vattenverket stängt av tillförseln. Husägarna hade deponerat de omtvistade beloppen i avbidan på tvistens avgörande. Hälsovårdsnämnden förelade ägarna att — såsom beslutet återges i RÅ — "vidtaga erforderliga åtgärder för att vattenledningarna i fastigheterna genom vattenverkets försorg åter öppnades, så att samtliga bostadslägenheter i fastigheten erhölle sedvanlig ymnig och lätt tillgång till vatten för i 1 § hälsovårdsstadgan angivna ändamål".

Husägarna anförde besvär och menade, att hälsovårdsnämnden i stället borde antingen själv ha betalat vattenavgifterna för att sedan återkräva dem av rätt gäldenär, eller också ha ålagt vattenverket att öppna vattentillförseln.

Länsstyrelsen och regeringsrätten lämnade besvären utan bifall. Regeringsrättens motivering var, att det hade ålegat klagandena att — oavsett vad som må ha avtalats mellan dem och deras hyresgäster rörande slutliga gäldandet av vattenavgifterna — till vattenledningsverket erlägga dessa avgifter och därmed föranstalta om att ledningarna åter öppnades. Ett regeringsråd (Quensel) hade en tydligare motivering: "Enär det ej kan antagas att klagandena kunna fullgöra sin skyldighet att tillhandahålla vatten annorledes än genom att till vattenledningsverket erlägga ifrågakomna avgifter — — —."

Se även det under rubriken "Hälsovårdsmyndighets uppgift" återgivna fallet "Minkfarmarna"; det målet gällde, förutom hälsovårdsnämnds uppgift även allmän domstols uppgift. Se även "Spanska musiker" och "Ansvarig arbetsledare" i 8.2.1.

I åtskilliga fall har det varit fråga om att en förvaltningsmyndighet har använt en i författningstext inte närmare avgränsad maktbefogenhet för att tillgodose intressen, vars bevakning är anförtrodd åt någon annan förvaltningsmyndighet enligt särskilda regler. Fallen redovisas här under rubrik, som hänför sig till den "främmande" uppgift myndigheten har påtagit sig.

7.2.2. Byggnadsnämnds uppgift

I byggnadslagen (1947:385) finns en rad bestämmelser, som går ut på att bebyggelse inte skall ske i strid mot en fastställd eller förberedd plan. I enlighet med dessa bestämmelser kan nybyggnadsförbud gälla, antingen direkt på grund av lagen eller genom särskilt förord-

nande. Dispens kan dock meddelas; kompetensen att ge dispens tillkom i de fall som här berörs länsstyrelsen. Vid sidan härom gäller, att byggnadsarbete i regel inte får utföras utan byggnadslov. Byggnadslov meddelas av byggnadsnämnden. I dessa ärenden går byggnadsnämndens prövning ut på att det tillämnade företaget uppfyller skilda krav enligt byggnadslagen, byggnadsstadgan (1959:612) och en rad andra författningar. De bestämmelser om nybyggnadsförbud, dispenser och byggnadslov, som nu avses, har visserligen undergått förändringar sedan sin tillkomst, men ändringarna torde inte ha någon betydelse med avseende på de principer det här är fråga om.

I ärendet *JO 1962 s 443 (Det fula taket)* hade en länsstyrelse utfärdat nybyggnadsförbud. En person sökte byggnadslov för en villa. Det tillämnade bygget överensstämde med upprättat förslag till stadsplan. Med hänsyn till nybyggnadsförbudet förutsatte företaget emellertid, att länsstyrelsen medgav dispens. Byggnadsnämnden överlämnade därför handlingarna till länsstyrelsen för prövning av dispensfrågan. Länsarkitekten tyckte av estetiska skäl inte om taklutningen, och det ledde till att länsstyrelsen meddelade dispens bara på villkor att byggnaden förlades på ett sätt som länsarkitekten hade angivit.

JO (Bexelius) ansåg, att länsstyrelsen och länsarkitekten hade tagit ovidkommande hänsyn:

> Syftet med (byggnadsförbudet) vore uteslutande att söka förhindra bebyggelse, som kunde motverka en ändamålsenlig planläggning och förvåra ett framtida genomförande av stadsplan. Enligt vedertagna förvaltningsrättsliga principer finge ett i visst begränsat syfte tillkommet förbud icke utnyttjas för att tillgodose ett helt annat — låt vara allmänt — intresse. Härav följde att länsstyrelsens dispensprövning i förevarande fall bort begränsas till frågan om den föreslagna bebyggelsen kunde antagas försvåra ett framtida genomförande av en ändamålsenligt planläggning. Av handlingarna framginge att byggnadsföretaget överensstämde med (förslaget till stadsplan). Företaget kunde därför icke befaras försvåra genomförandet av planläggningen. Tillstånd borde följaktligen ha beviljats, oavsett om anmärkning kunnat riktas mot företaget ur estetisk synpunkt.

I stället för att göra dispens beroende av villkoret borde länsstyrelsen enligt JO ha underrättat byggnadsnämnden om sina synpunkter på byggets utformning.

På samma sätt utföll JO:s bedömning i de likartade fallen *JO 1962 s 445 (Diskbänk i matrummet)* och *JO 1964 s 545 (Sovrumsfönster).*

Specialitetsprincipen

Enligt 47 § väglagen (1971:948) får man inte uppföra byggnad inom ett avstånd av tolv meter från vägområde, såvida inte länsstyrelsen ger särskilt tillstånd. Paragrafen motsvarar 33 § i den numera upphävda lagen (1943:31) om allmänna vägar. Stadgandena har föranletts av trafiksäkerhetsskäl.

Ärendet *JO 1966 s 573 (Kiosk som personalbod)* gällde en kiosk nära en väg. Länsstyrelsen gav tillstånd på villkor att kiosken inreddes som personalbod och inte användes för annat ändamål. Av utredningen framgick, att villkoret grundade sig på den bedömningen från länsstyrelsens sida, att kiosken var trafikfarlig, om den användes för försäljning, men däremot inte trafikfarlig, om den användes som personalbod. JO (Bexelius) fann, att länsstyrelsen var oförhindrad att föreskriva, att byggnaden fick användas bara som personalbod. Däremot fann han länsstyrelsen sakna laga stöd för att lägga sig i inredningen:

> Hur inredningen skolat utföras är en sak som ankommit på prövning av byggnadsnämnden i samband med beviljande av byggnadslov och som saknade betydelse ur trafiksäkerhetssynpunkt och därför lagligen inte kunde bli föremål för bedömning i dispensärendet.

7.2.3. Hyresregleringsmyndighets uppgift

RÅ 1943 ref. 44 (Rusta upp lägenheten) gällde frågan om en hälsovårdsnämnd kan förplikta en fastighetsägare att rusta upp en sanitärt otillfredsställande lägenhet för att göra det möjligt för en hyresgäst att bo kvar i lägenheten.

Vid denna tid gällde enligt 1919 års hälsovårdsstadga, att byggnad, som inrymde boningsrum, skulle "till alla delar vara så anordnad och inredd samt så underhållas och skötas, att sanitär olägenhet ej uppstår för dem, som där uppehålla sig". 29 § stadgade:

> Då hälsovårdsnämnd antingen omedelbart eller efter förutgångna råd eller uppmaningar finner sig böra i särskilt fall meddela föreläggande eller förbud, äger nämnden fastställa vite för underlåtenhet att ställa sig föreläggandet eller förbudet till efterrättelse, därest ej särskild påföljd härför finnes bestämd i denna stadga, annan allmän författning eller stadgande (i lokal hälsovårdsstadga).

Ett aktiebolag ägde en fastighet, där en person, H, bodde. Hälsovårdsnämnden förpliktade bolaget att vidta åtgärder mot fukt i lägen-

heten, anordna skafferi med friskluftintag och tapetsera respektive måla väggar och tak i ljusa färger.

Bolaget anförde besvär och åberopade, att lägenheten inte längre skulle användas som bostad; de av hyresnämnden föreskrivna åtgärderna skulle bli så dyra, att utförandet skulle vara ekonomiskt omöjligt. Bolaget visade, att H hade uppsagts till flyttning. Det förelåg emellertid ett av hyresrådet fastställt beslut av hyresnämnden, att hyresavtalet skulle förlängas ett år.

Länsstyrelsen intog denna ståndpunkt:

> Enär enligt hyresrådets beslut (H) äger kvarbo i lägenheten, samt det förty åligger bolaget att sätta lägenheten i beboeligt skick;
> alltså och då de av hälsovårdsnämnden i sådant avseende föreskrivna åtgärderna måste anses erforderliga och kostnaderna för desamma icke oskäliga,
> finner länsstyrelsen ej skäl göra ändring i klandrade beslutet.

Regeringsrätten gjorde emellertid en annan bedömning:

> Genom statens hyresråds beslut, varigenom hyresavtalet rörande ifrågavarande lägenhet förlängts, har allenast reglerats hyresförhållandet beträffande lägenheten, och frågan härom kan icke såsom länsstyrelsen förmenat — i annan mån än hyresavtal i allmänhet — inverka på bedömandet av det nu till avgörande föreliggande spörsmålet om påföljden av att hälsovårdsstadgans föreskrifter eftersatts i fråga om lägenheten;
> och finner regeringsrätten skäligt på det sätt ändra länsstyrelsens resolution, att det skall vara bolaget vid det av myndigheterna stadgade vitet förbjudet att bruka eller låta bruka lägenheten för bostadsändamål, med mindre de föreskrivna åtgärderna vidtagits.

7.2.4. Hälsovårdsnämnds uppgift

I fallen *RÅ 1954 not K 281 och RÅ 1957 ref. 45 II (Minkfarmarna)* var bakgrunden den, att myndigheterna i Mjällby ville försöka komma till rätta med problem, som hade uppkommit i samband med pälsdjursuppfödning inom kommunen. Det fanns åtskilliga minkgårdar i kommunen, och de förorsakade bl.a. stank och smittorisk. Man ville se till, att minkgårdarna lokaliserades så, att problemen blev så små som möjligt, och man tänkte sig, att detta skulle kunna ske genom en generalplan speciellt för minkgårdsbebyggelse. Enligt 2 § byggnadslagen kunde generalplan användas för att bestämma "grunddragen

för marks användning"; enligt 4 § skulle därvid "såväl allmänna som enskilda intressen tillbörligen beaktas".

Vid ett sammanträde med hälsovårdsnämnden, byggnadsnämnden och representanter för minkfarmarna bestämdes vissa områden vara lämpliga för minkgårdar. Innan arbetet med generalplanen var färdigt, ansökte en person, A, om lov att uppföra en minkgård på en fastighet, som inte låg inom något av de områden, som hade ansetts lämpliga för minkgårdar. Byggnadsnämnden avslog ansökningen, med motiveringen att nämnden ville hindra, att minkfarmsbebyggelsen spreds till för ändamålet olämpliga områden. A anförde besvär. Länsstyrelsen undanröjde beslutet på den grund att den av byggnadsnämnden anmärkta omständigheten inte innefattade hinder mot byggnadslov. Regeringsrätten gjorde ej ändring.

Regeringsrättens utslag kom den 16 juni 1954. Den 23 juli förordnade länsstyrelsen att — enär fråga väckts om fastställelse av generalplan inom kommunen, avsende minkgårdsnäringens lokalisering — nybyggnad för minkgårdsändamål i Mjällby inte fick företas utan länsstyrelsens tillstånd, med undantag för ön Hanö. En person, M, anhöll om tillstånd att få utöka sin minkgård enligt företedd situationsplan. Ansökningen avslogs av länsstyrelsen. M besvärade sig. Kungl. Maj:t beslöt att inhämta regeringsrättens yttrande. Regeringsrätten utlät sig:

> Vad angår nybyggnadsförbudet, så framgår av handlingarna att med den plan, i avbidan på vars tillkomst förbudet skall gälla, avses endast att ur sundhets- och trevnadssynpunkter förhindra anordnande av pälsdjursgårdar annorstädes än inom vissa, till sina gränser bestämda områden. För ett dylikt speciellt ändamål, som, i den mån så bör ske, kan tillgodoses genom hälsovårdsmyndigheternas vaksamhet och genom tillämpning av grannelagsrättens allmänna regler, lärer generalplansinstitutet icke böra komma till användning och följaktligen ej heller nybyggnadsförbudet hava bort meddelas.

Kungl. Maj:t följde regeringsrätten.

I fallet *RÅ 1973 not C 17 (Blomsterhallens skorsten)* fick en person, P, byggnadslov för en blomsterhall med skorsten och byggde enligt lovet; dock gjordes skorstenen fyra meter högre än vad ritningen hade angivit. Grannen E klagade hos byggnadsnämnden på att han drabbades av luftföroreningar från skorstenen.

44 § 7 mom. byggnadsstadgan (1959:612) angav beträffande ny-

byggnad bl.a. att "(e)ldstäder och andra anordningar för uppvärmning, rök- och ventilationskanaler — — — skola anordnas så, att — — — sanitär olägenhet icke uppkommer". I 70 § stadgades bl.a. att om byggnad uppförts "i strid mot — — — gällande föreskrifter, är ägaren — — — skyldig att undanröja eller ändra det utförda i den mån nämnden finner nödigt att meddela föreläggande därom".

Efter samråd med hälsovårdsnämnden ålade byggnadsnämnden P att höja skorstenen så, att överdelen kom i samma höjd som taknocken på angränsande fastighet. P anförde besvär och bestred, att sanitära olägenheter förelåg. Länsstyrelsen lämnade besvären utan bifall. Regeringsrätten gjorde en annan bedömning:

> Såsom länsstyrelsen anfört föreligger uppenbarligen sanitära olägenheter genom rökutsläpp från blomsterhallens skorsten. Enär det emellertid ankommer på hälsovårdsnämnden att meddela sådant föreläggande eller förbud, som erfordras för olägenheternas undanröjande, samt sådan åtgärd i förevarande fall icke kan föreskrivas av byggnadsnämnden, upphäver regeringsrätten myndigheternas beslut i målet.

JO 1956 s 197 (Badförbudet) gällde frågan, om 11 § i 1868 års ordningsstadga för rikets städer kunde användas för att utfärda badförbud av sanitära skäl. Stadgandet löd:

> Magistraten bör, där så ske kan, anvisa lämpliga ställen, där badande, med eller utan simdräkt, i öppet vatten och under bar himmel må äga rum. Den som i stad under bar himmel badar uti sjö, vik, kanal eller vattendrag eller för sådant ändamål avkläder sig å annat ställe, än som av magistraten sålunda blivit anvisat, eller icke ställer sig till efterrättelse de ordningsföreskrifter, magistraten kan finna nödigt att i avseende härå meddela, böte från och med 2 till och med 20 riksdaler. Enahanda påföljd vare för den, som å stads område badar på ställe, där sådant är av magistraten förbjudet.

Enligt 30 § 1 mom. 1919 års hälsovårdsstadga skulle, om i stad fråga väcktes om meddelande av ny eller ytterligare föreskrift med avseende å allmänna hälsovården utöver vad stadgan själv innehöll eller lämnade åt hälsovårdsnämnden att närmare bestämma, frågan prövas av stadsfullmäktige. Om sådant stadgande blev antaget av stadsfullmäktige, hade magistraten att insända detsamma jämte eget och hälsovårdsnämndens utlåtande till länsstyrelsen, som antingen oförändrat fastställde stadgandet eller också vägrade fastställelse. För

överträdelse av ett sådant stadgande kunde föreskrivas böter från och med 5 till och med 1.000 kr.

Kommunalborgmästaren i Hässleholm utfärdade två kungörelser med förbud mot badning i vissa vattenområden i staden. Förbudet hade föranletts av att hälsovårdsnämnden funnit vattnet hälsovådligt och därför hos kommunalborgmästaren hemställt om badförbud.

JO (Rudewall) uppmärksammade detta vid en inspektion och företog utredning. Han fann därefter, att magistratens behörighet att meddela förbud enligt ordningsstadgan gällde bara i sådana fall, då förbudet motiverades för upprätthållande av allmän ordning och säkerhet. Badförbud motiverat av hygieniska synpunkter kunde enligt JO endast meddelas enligt hälsovårdsstadgan. Då ifrågavarande förbud grundats på oriktig lagtolkning, ansågs de dock inte vara att hänföra till tjänstefel.

7.2.5. Kulturvårdande myndighets uppgift

RÅ 1937 ref. 61 (Kulturhistorisk byggnad I) gällde frågan om byggnadsnämnden enligt gällande bestämmelser kunde kräva, att en kulturhistoriskt värdefull byggnad blev reparerad. Av intresse är speciellt följande bestämmelser i 1931 års byggnadsstadga (1931:364).

> 60 §. Byggnad skall så underhållas, att hälsofara, osnygghet eller vanprydnad icke uppkommer och att brandsäkerheten och hållfastheten icke äventyras. Kan byggnad, som genom brand eller annorledes skadats eller eljest är av bristfällig beskaffenhet, medföra fara för människor eller egendom och kan den ej nöjaktigt iståndsättas, må byggnadsnämnden föreskriva att byggnaden skall helt eller delvis nedrivas.
>
> 61 § 1 mom. andra stycket. Byggnadsnämndens lov erfordras — — — för — — — rivning av byggnad.
>
> 66 § första stycket. Byggnadsnämnden skall vaka däröver, att byggnad av historisk eller konstnärlig betydelse icke förvanskas och att byggnader, som uppföras i grannskapet av sådan byggnad, på lämpligt sätt ansluta sig till eller underordna sig densamma.
>
> 120 § 1 mom. — — — (U)nderlåter någon att vid utförande av arbete följa — — — av byggnadsnämnden meddelade föreskrifter, dömes till dagsböter och vare dessutom skyldig att — — — ändra det utförda, om byggnadsnämnden finner nödigt sådant förordna. — — —

Byggnadsnämnden i Ystad anmälde till riksantikvarien, att taket på en kulturhistoriskt synnerligen värdefull byggnad i staden hade blivit förstört genom storm, och att ägaren inte gjorde något åt det. Riks-

antikvarien föreslog, att byggnadsnämnden skulle förelägga ägaren att försätta fastigheten i tillfredsställande skick. Byggnadsnämnden meddelade ett beslut av sådant innehåll. Ägaren anförde besvär och menade, att det var lönlöst att reparera taket; antingen måste huset helt byggas om eller också rivas. Han åberopade ett intyg om att väggar och grund var dåliga, så att huset när som helst kunde rasa. Han anhöll hos byggnadsnämnden om lov att riva huset. Byggnadsnämnden avslog denna ansökan, och ägaren anförde besvär.

Länsstyrelsen upphävde byggnadsnämndens beslut att förelägga ägaren att reparera och återförvisade ärendet om rivningslov till byggnadsnämnden för förnyad prövning. I motiveringen sades, att även om huset var av sådan historisk eller konstnärlig betydelse, som avsågs i 66 § första stycket byggnadsstadgan, var denna omständighet inte något hinder för att meddela rivningslov.

Regeringsrätten fann ej skäl att ändra utslaget.

Vid denna tid gällde lag (1917:189) om expropriation. Enligt den kunde en fastighet exproprieras bl.a. "för att i kronans ägo överföra jordområde av synnerligen märklig naturbeskaffenhet, för dess avsättande såsom naturminnesmärke, eller ock synnerligen märklig fast fornlämning, vars bevarande ej kan på annat sätt tryggas, jämte därför erforderlig mark". Ägaren var vid expropriation berättigad till ersättning. Frågan om expropriation av mark för att avsättas som naturminnesmärke fick väckas endast av vetenskapsakademien, och frågan om expropriation för bevarande av fast fornlämning fick väckas endast av vitterhets-, historie- och antikvitetsakademien.

I ett ärende, som återges i *NJA 1979 s 180 (Kulturhistorisk byggnad 2),* var förhållandena ungefär likartade. Också i detta fall vägrade en byggnadsnämnd rivningslov av kulturhistoriska hänsyn. Nu gällde visserligen annan lagstiftning (byggnadslagen 1974:385 och byggnadsstadgan 1959:612), men den hade inte ändrat förutsättningarna för rivningslov såvitt man kunde utläsa av förarbetena. Lag (1960:690) om byggnadsminnen hade tillkommit. Enligt den kunde riksantikvarien under vissa förutsättningar förklara en byggnad för byggnadsminne och i samband därmed ange skyddsföreskrifter; ägaren kunde då bli berättigad till ersättning.

Sedan vederbörande fastighetsägare besvärat sig över byggnadsnämndens beslut, upphävde länsstyrelsen det och återförvisade ärendet till byggnadsnämnden. Nämnden besvärade sig till kammarrätten, men den lämnade besvären utan bifall. Regeringsrätten gav inte prövningstillstånd.

Att saken kom till allmän domstol berodde på att husägarna yrkade skadestånd av kommunen för felaktig myndighetsutövning. Högsta domstolens majoritet fann inte, att kommunen var skadeståndsskyldig, men en minoritet menade, att kommunen inte kunde undgå skadeståndsskyldighet.

Majoriteten (Erik Nyman, Persson och Bengtsson) anförde:

> Enligt 54 § 1 mom byggnadsstadgan (1959:612) fordras byggnadslov för rivning av byggnad. Varken i detta lagrum eller eljest i byggnadsstadgan finns några regler angående de materiella förutsättningarna för att rivning skall få ske. Nämndens beslut kan alltså inte anses strida mot klar författningstext. Enligt uttalanden i byggnadsstadgans förarbeten (SOU 1957:21 s 134, jfr prop. 1959:168 s 137 och 281) och i allmänt använd lagkommentar (Bexelius—Nordenstam—Körlof, Byggnadslagstiftningen, 5 uppl 1970 s 442 och 478) ägde emellertid byggnadsnämnd ej vägra tillstånd till rivning med stöd av bestämmelser i byggnadslagstiftningen även om byggnaderna var av historisk eller konstnärlig betydelse, såvida inte rivningen stred mot planföreskrifter för området; det väsentliga stödet för uttalandena har tydligen varit rättsfallet RÅ 1937 ref 61, som klart pekat i denna riktning. Byggnadsnämndens beslut utgjorde ett medvetet avsteg från den regel som sålunda framgick av för nämnden tillgängliga rättskällor.
>
> Vid bedömningen av frågan, om detta beslut kan grunda skadeståndsansvar för kommunen, bör beaktas följande. De nämnda motivuttalandena — vilka förekommer i betänkandet med förslag till ny byggnadsstadga — utgör närmast en beskrivning av då gällande rätt, som på denna punkt i princip inte ändrades genom 1959 års lagstiftning. Också ett uttalande av liknande innebörd i ett senare betänkande (SOU 1971:64 s 216) har denna karaktär. Det rättsfall som ansetts klargöra rättsläget var vid tiden för byggnadsnämndens beslut 35 år gammalt. Enligt vad som har framkommit i målet hade i administrativ praxis framträtt en viss osäkerhet i frågan om bestämmelsen rörande rivningslov medgav en materiell prövning av ansökningen. Efter byggnadsstadgans tillkomst hade vidare inträtt en betydande förändring både i fråga om ägares rätt att förfoga över fast egendom och i synen på det allmännas ansvar för bebyggelseutvecklingen, inte minst vad gällde tillvaratagandet av kulturhistoriska värden (jfr härom t.ex. kulturutskottets utlåtande 1971:26). I propositionen (1972:111) angående bl.a. hushållning med mark och vatten, framlagd för höstriksdagen 1972, hade dessa värderingar kommit till klart uttryck i uttalanden om vikten av att om möjligt bevara kulturhistoriskt värdefulla miljöer (se särskilt bil 2 s 150 f). I den ändrade situationen som sålunda förelåg fanns det visst fog för att inte tillmäta 1937 års rättsfall samma prejudikatvärde som tidigare.

Rättsläget var därför inte helt entydigt i den fråga som nämnden hade att bedöma.

Avsikten med nämndens beslut var uppenbarligen att tillgodose ett samhällsintresse som enligt det anförda börjat tillmätas allt större vikt och som också blivit erkänt i byggnadslagstiftningen (se bl.a. 38 § 2 st byggnadsstadgan).

— — —

Under angivna förhållanden kan det inte anses ha varit oförsvarligt av byggnadsnämnden att avslå (ansökningarna) med den konsekvensen att (husägarna) måste föra frågan om rivningslov vidare till högre instans. (Beslutet) har därför, ehuru det stått i strid mot förhärskande uppfattning om rättsläget, inte inneburit fel eller försummelse som kan medföra skadeståndsansvar för kommunen.

Minoriteten (Gyllensvärd och Petrén) hade däremot denna uppfattning:

Byggnadsnämnds prövning av ansökningar om byggnadslov är att hänföra till myndighetsutövning i den mening som avses i 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Om vad nämnden har att beakta vid sådan prövning finns närmare bestämmelser meddelade i byggnadsstadgan, nämligen i 56 § 1 mom. En följd av denna noggranna reglering av vad prövningen skall avse är att byggnadsnämnden inte äger att efter fritt skön bedöma, om en begäran av byggnadslov skall avslås. Nämnden är sålunda hänvisad att bedöma frågan om en begärd åtgärds tillåtlighet med ledning av innehållet i sistnämnda stadgande och kan ej utan stöd av vad där sägs avslå en ansökan, även om nämnden skulle finna att åtgärden komme att motverka ett allmänt intresse. Att detta är stadgandets innebörd torde med erforderlig tydlighet framgå av författningstexten. Klart är vidare, att stadgandet endast ger byggnadsnämnden en på visst sätt begränsad rätt att i byggnadslovsärenden bedöma sökta åtgärder från kulturhistorisk eller konstnärlig synpunkt. Intressen av sådant slag får vinna beaktande, när fråga är om åtgärder som avses i 38 och 49 §§ byggnadsstadgan, men däremot inte när byggnadslovet gäller rivning.

— — —

Byggnadsnämndens avsteg från gällande rätt får anses ha skett medvetet. Avsikten med nämndens beslut synes ha varit en strävan att söka tillgodose ett inom den statliga kulturpolitiken erkänt intresse att skydda kulturhistoriskt värdefull bebyggelse. För den enskildes rättsskydd är det emellertid av största vikt att den författningsmässiga regleringen av byggnadslovgivningen strikt upprätthålles. Hur önskvärt det än må vara att kulturhistoriska värden bevaras, kan ett handlande av det slag som byggnadsnämnden låtit komma sig till last ej anses försvarbart. Särskilt må anmär-

kas att man genom avsteg från gällande rätt av det slag som här skett skulle utan lagstöd åsidosätta de särskilda regler till skydd för enskilda som lagstiftningen om byggnadsminnen bl.a. innehåller.

Med hänsyn till vad som nu har sagts kan kommunen ej undgå ersättningsskyldighet för den skada som genom byggnadsnämndens beslut kan ha uppstått för (fastighetsägarna).

Beträffande nu gällande rätt hänvisas särskilt till 35 a § byggnadslagen och ändringar i lagen om byggnadsminnen; i fråga om PBL-utredningens förslag till ny plan- och byggnadslag hänvisas särskilt till SOU 1979:65 5 kap. 14 §, 13 kap. 41 § samt 20 kap. 5 §; se även SOU 1979:66 s 459 f.

Ärendet *JO 1956 s 161 (Den fina tavlan)* gällde om exportlicens för en tavla kunde vägras på den grund att tavlan var särskilt värdefull och därför borde behållas i landet.

I 1 § Kungl. kungörelse (1950:324) angående allmänt exportförbud stadgades, med den lydelse paragrafen hade vid ifrågavarande tid, att utförsel av varor till utrikes ort tills vidare icke fick äga rum med mindre exportlicens meddelats av behörig myndighet. I fallet var statens handels- och industrikommission behörig myndighet. Några särskilda kriterier för kommissionens prövning fanns inte angivna, men lagstiftningen hade kommit till av valutaskäl.

En person, R, ägde en oljemålning av Jan van Goyen. En tysk konsthandlare ville köpa den av honom för 60.000 mark. R ansökte hos handels- och industrikommissionen om exportlicens. Kommissionen remitterade ärendet till chefen för Nationalmuseum, professor Otte Sköld. Denne skrev till kommissionen, att det var synnerligen angeläget att tavlan bevarades inom landet; Nationalmuseum saknade visserligen själv möjligheter att förvärva målningen då, men det fanns inom landet en person, som skulle vara villig att köpa den och som kanske senare skulle lämna den som gåva till Nationalmuseum.

Intetdera köpet blev emellertid av, och R klagade till JO. Han uppgav: Han hade på Skölds inrådan kommit överens med en person, P, om att denne skulle köpa tavlan för 73.000 kr den 21 juni. Den 20 juni telegraferade han därför till den tyske konsthandlaren och meddelade, att utförseltillstånd sannolikt inte kunde erhållas. P ville emellertid sedan inte stå fast vid avtalet. Den tyska konsthandlaren hade nu köpt andra konstverk och var inte längre intresserad av att köpa tavlan. R fann det felaktigt av Sköld att avstyrka licens och av kommissionen att inte omedelbart bevilja den.

I sitt yttrande till JO åberopade Sköld, att det enligt stadgarna för Nationalmuseum ålåg honom "att söka vinna kännedom om inom landet befintliga konstverk av värde och såvitt möjligt ägna uppmärksamhet däråt, att sådana vid försäljning bliva hembjudna till museet och ej utföras ur landet".

JO (Rudewall) fann det felaktigt att i ärendet om exportlicens ta hänsyn till intresset att av kulturella skäl behålla tavlan i landet:

> Det exportförbud, som ännu gäller enligt 1950 års kungörelse, är i fråga om konstnärsarbeten betingat av valutaskäl. — — — Konstnärsarbeten — — — kunna utnyttjas för — — — kapitalflykt. — — — Då kommissionen har att behandla en ansökan om tillstånd att exportera en målning, är det av stor vikt att kommissionen erhåller tillförlitlig kännedom om målningens verkliga värde. Det synes mig därför naturligt, att kommissionen i denna fråga inhämtar yttrande av den statliga myndighet, som bör besitta sakkunskap på området, d.v.s. chefen för nationalmuseum. Detta yttrande bör emellertid icke avse annat än målningens värde, och uttryck härför synes böra givas i remissens avfattning.

JO fann dock inte, att klagomålen gav anledning till någon vidare åtgärd från hans sida. Uppskovet måste enligt JO antas ha skett med klagandens begivande — R hade själv begärt att kommissionens avgörande skulle anstå — så att den skada som tillskyndats klaganden inte kunde tillskrivas något tjänstefel från Skölds eller kommissionens sida.

7.2.6. Miljöskyddsmyndighets uppgift

Det finns lagstiftning som ger flera myndigheter kompetens att i skilda typer av ärenden beakta samma slags intresse. Kan den ena myndigheten då gå emot den andra? Frågan aktualiserades i ärendet *JO 1975/76 s 442 (Destruktionsugnen).* En veterinär ville uppföra ett djursjukhus med tillhörande destruktionsugn. Han fick till en början ett byggnadslov, som dock inte omfattade ugnen. För ugnen krävdes dispens av naturvårdsverket. Han fick sådan dispens på vissa villkor och sökte sedan byggnadslov också för ugnen. Ansökningen avslogs emellertid av byggnadsnämnden "med hänsyn till olägenheterna för befolkningen närliggande bebyggelse". Hälsovårdsnämnden var emot ugnen i både naturvårdsverkets och byggnadsnämndens ärende.

Miljöskyddslagen (1969:387) är tillämplig på användning av mark, byggnad eller anläggning på sätt som kan medföra störning för omgivningen genom luftförorening (1 § 3). Med stöd av 10 § i lagen har regeringen förordnat, att anläggning för behandling av avfall, som överstiger 50 ton om året, inte får anläggas utan tillstånd av koncessionsnämnden för miljöskydd eller dispens av naturvårdsverket; i vissa fall får länsstyrelsen meddela dispens (1, 2 och 12 §§ miljöskyddskungörelsen 1969:388). I ärende om byggnadslov skall byggnadsnämnden pröva bl.a. om företaget strider mot miljöskyddslagen (56 § 1 mom. byggnadsstadgan 1959:612). Enligt hälsovårdsstadgan (1958:663 i lydelse enligt kungörelse 1969:395) åligger det hälsovårdsnämnd att tillse, att "erforderliga och skäliga åtgärder vidtagas för att motverka — — — luftförorening — — — och andra sådana störningar inom kommunen" (38 § första stycket). "Tillsyn till skydd mot (sådana störningar) utövas också av statens naturvårdsverk — — —" (38 § andra stycket).

JO (ställföreträdande JO Sverne) kritiserade i ärendet rätt skarpt att byggnadsnämnden hade omprövat den fråga, som naturvårdsverket redan hade tagit ställning till:

> Även om byggnadsnämnden inte var formligen bunden av naturvårdsverkets ställningstagande i fråga om ugnens tillåtlighet, framstår nämndens förfarande ändock som direkt stötande. Naturvårdsverket har prövat de invändningar som under handläggningen restes mot ugnen av bl.a. kommunstyrelsen och hälsovårdsnämnden. (Veterinären) har för sin del lojalt följt den författningsenliga väg som anvisats honom för att få frågan om ugnen prövad.

JO fann, att byggnadsnämndens agerande på denna — och f.ö. på flera punkter — "kan betecknas som avvikande från vad som kan kallas lojal maktutövning".

7.2.7. Naturvårdsmyndighets m.m. uppgift

I ärendet *JO 1968 s 323 (Danskens sommarstuga)* var det fråga om naturvårdsintressen och intresset av lämplig fastighetsbildning är omständigheter som kan beaktas i ett ärende om tillstånd för utlänning att förvärva fast egendom. En dansk sökte hos länsstyrelsen tillstånd att förvärva ett område för att där uppföra en sommarstuga. Länsstyrelsen skickade ansökningen på remiss till bl.a. överlantmätaren,

länsarkitekten, lantbruksnämnden och kommunalnämnden. Sammanlagt 19 remisser gjordes. Två år och nio månader efter det att ansökningen gjorts, insände länsstyrelsen handlingarna till Konungen med eget yttrande. Under mellantiden hade länsstyrelsen utfärdat byggnadsförbud enligt strandlagen (1952:388, numera ersatt av naturvårdslagen 1964:822) och beslutit om utomplansbestämmelser. Danskens planer gick därmed om intet.

Lagen (1916:156) om vissa inskränkningar i rätten att förvärva fast egendom m.m. stadgar i 1 §, att utländsk medborgare inte får utan tillstånd förvärva fast egendom här i riket. Enligt den lydelse lagen hade vid ifrågavarande tid lämnades tillstånd av Konungen utom i vissa fall, när tillstånd i stället fick lämnas av länsstyrelsen. Till de fall som länsstyrelsen kunde avgöra hörde det att "skäl mot tillståndet icke föreligger med hänsyn till allmänt intresse eller sökandens personliga förhållanden — — — under förutsättning — — — att egendomen utgör bostadsfastighet, avsedd för en eller ett fåtal familjer, eller tomt, lämpad att bebyggas med ett mindre bostadshus, samt med egendomens förvärvande huvudsakligen avses att bereda bostad åt sökanden och hans familj — — —" (1 § tredje stycket).

JO (Bexelius) fann, att flertalet av remisserna inte var påkallade för att utreda den fråga, som länsstyrelsen hade att ta ställning till. Med avseende på innebörden av uttrycket "allmänt intresse" i 1 § tredje stycket i lagen anförde JO bl.a.:

> Av förarbetena till lagen framgår, att — vid avgörande om tillstånd kan lämnas på grund av allmänt intresse — t.ex. försvarsskäl skall beaktas. Ett allmänt intresse, som också hör hit, är jordbruksintresset. I förarbetena uttalas nämligen, att när fråga är om jordbruksfastighet i princip samma grunder för tillstånd bör gälla som enligt jordförvärvslagen (NJA II 1948 s 523). Detta sammanhänger med att förvärvstillstånd enligt jordförvärvslagen bl.a. ej fordras, om fånget skall prövas enligt 1 § 1916 års lag (se 1 § 6. jordförvärvslagen). I övrigt är 1916 års lag avsedd att tillvarataga endast de allmänna intressen, som sökandens egenskap av utländsk medborgare aktualiserar (jämför NJA II 1917 s 201 nederst). Dit hör uppenbarligen inte intresset av en lämplig fastighetsbildning eller strandskyddsintresset.
>
> — — —
>
> Det är tydligt, att länsstyrelsen hyst betänkligheter emot att lämna tillstånd enligt 1916 års lag, om det av sökanden förvärvade området ej skulle kunna, såsom denne avsett, avstyckas och bebyggas. I dylika fall bör emellertid tillstånd lämnas med erinran, att frågor om avstyckning och byggnadstillstånd därmed icke prövats.

I sitt yttrande till JO hade länsstyrelsen uttalat, att i dess grundliga penetrering av ärendet hade legat ett visst mått av service mot sökanden. JO tillbakavisade denna ståndpunkt och framhöll:

> Om exempelvis en utländsk medborgare söker tillstånd att förvärva en tomt för bostadsändamål inom ett område, där byggnadsförbud råder, och länsstyrelsen vid handläggningen av tillståndsärendet upplyser honom om förbudet, kan denna upplysning betraktas som en serviceåtgärd. Länsstyrelsens vidlyftiga och tidsödande remissbehandling av förevarande ärende kan däremot så mycket mindre anses ha inneburit någon service gentemot sökanden som därunder hann införas det byggnadsförbud, vilket numera åberopats såsom hinder mot hans möjlighet att få bebygga tomten.

JO fann emellertid, att den utdragna handläggningen hade sin förklaring i att 1916 års lag inte klart angav förutsättningarna för att tillstånd skulle kunna meddelas, och länsstyrelsens felbedömning var därför enligt JO:s mening i viss mån ursäktlig.

7.2.8. Polisuppgifter

I ärendet *JO 1969 s 28 (Personundersökare som brottsutredare)* hade en socialassistent fått i uppdrag att verkställa personundersökning på en man, som var åtalad för otukt med avkomling. Personundersökning skulle enligt 1 § lagen (1964:542) om personundersökning i brottmål göras "för vinnande av utredning rörande den misstänktes personliga förhållanden samt angående de åtgärder som må anses lämpliga för att främja hans anpassning i samhället" (numera även för att "öka hans möjligheter till personlig utveckling"). JO (Henkow) uppmärksammade vid en inspektion, att personundersökningen innehöll viss utredning om de påstådda brotten. Han fann detta felaktigt och uttalade i en skrivelse till socialassistenten:

> Eftersom personundersökningens ändamål — — — endast är att åstadkomma utredning om den misstänktes personliga förhållanden och de åtgärder som anses lämpliga att främja hans anpassning i samhället, har Ni överskridit Edra befogenheter genom att på sätt som skett jämväl ägna Eder åt omständigheterna kring brotten. — — — (D)etta är en uppgift som ankommer på polis och åklagare — — —.

I *JO 1978/79 s 242 (Affären Ingmar Bergman)* påtalades i klagomålen bl.a. att riksskatteverkets revisorer under sitt samarbete med polisen

i vissa fall utövat rent polisiära funktioner.

Enligt instruktionen för riksskatteverket (1970:752) är riksskatteverket central förvaltningsmyndighet i fråga om bl.a. beskattning, i den mån uppgiften ej ankommer på annan myndighet (1 §). Särskilt åligger det verket bl.a. att planera och samordna skattekontroll och att följa arbetet hos myndigheterna inom verksamhetsområdet (3 §).

JO (Lundvik) fann utrett, att skatterevisorerna i några fall fullgjort polisiära uppgifter. Bl.a. hade en av dem i sin bil kört polismännen och Ingmar Bergman, när denne hämtades till polisförhör rörande misstanke om skattebrott. JO tog avstånd från detta:

> Revisors uppgift är inte att fungera som polisman och han bör inte heller uppträda så att en förväxling blir möjlig.
>
> — — —
>
> Sammanfattningsvis vill jag säga att invändningar inte kan göras mot att taxeringsrevisor biträder som sakkunnig vid husrannsakan eller vid förhör med misstänkt. En skarp gräns måste dock dragas mellan sådan verksamhet och rent polisiära funktioner. Jag finner att (revisorerna i fråga) — — — gått längre i polisiär riktning än som varit lämpligt.

7.2.9. Rusdrycksregleringsmyndighets uppgift

På 1920-talet gällde livsmedelsreglering, som handhades av bl.a. lokala livsmedelsnämnder. Livsmedelsnämnderna kunde anställa livsmedelsfiskaler. Dessa skulle bl.a. övervaka efterlevnaden av regleringen av handeln med och förbrukningen av livsförnödenheter och skulle, i den mån deras huvuduppgifter inte därigenom eftersattes, lämna vederbörande polismyndighet och åklagarmyndighet biträde vid övervakande av övriga kristidsförfattningar.

Ärendet *JO 1922 s 69 och 1923 s 9 (Livsmedelsfiskalen)* handlade om gränserna för livsmedelsfiskals befogenhet. En livsmedelsfiskal, L, var anställd hos Stockholms stads livsmedelsnämnd och hade på framställning av nämnden erhållit polismans skydd och befogenhet vid fullgörande av uppdrag, som nämnden anförtrodde honom. Från Stockholmssystemets sida hade man bett L att, i den mån det var möjligt utan att hans ordinarie tjänst belastades, till systemet rapportera vad han i sitt arbete iakttog av lagöverträdelser, som gällde rusdrycksregleringen. I samarbete med överdirektören för Stockholmssystemet vidtog L åtgärder för att avslöja en person, som kunde misstänkas sälja rusdrycker olagligt.

Frågan om L därmed överträtt sin befogenhet kom under JO:s (Lilienberg) prövning. JO fann, att det i L:s uppgifter inte ingick "att taga någon som helst befattning med tillsynen över försäljning av spirituosa, en vara, som icke föll inom (livsmedelsregleringsmyndigheternas) verksamhetsområde". Dessa kunde enligt JO inte lämna L någon giltig fullmakt att beivra förseelser mot rusdrycksförordningarna. JO väckte åtal mot L, och denne dömdes att böta 300 kr för oförstånd i ämbetet. I Stockholms rådhusrätts dom — som inte ändrades i högre instans — lades L till last "att sagda åtgärder vidtagits allenast i syfte att uppdaga det klaganden tillhöriga spirituosaförrådet".

7.2.10. Taxeringsmyndighets uppgift

I *JO 1978/79 s 242 (Affären Ingmar Bergman)* gällde klagomålen bl.a., att två revisorer vid riksskatteverket hade försökt förmå polis- och åklagarmyndighet att inleda förundersökning mot Ingmar Bergman för skattebrott, detta i syfte att uppnå husrannsakan och andra tvångsåtgärder för att säkra bevisning i skatteprocessen.

Vid ifrågavarande tid gällde ännu inte bevissäkringslagen (1975: 1027) för skatte- och avgiftsprocessen, som numera gör det möjligt med beslag, försegling och eftersökning för att säkra material, som skattskyldig har att tillhandahålla för granskning, utan att den som berörs av beslutet först hörts i ärendet. Däremot kunde, när det förelåg misstanke om brott med fängelse i straffskalan, undersökningsledaren eller åklagaren besluta om husrannsakan "till utrönande av omständighet, som kan äga betydelse för utredning om brottet" (28 kap. 1 och 4 §§ rättegångsbalken).

JO (Lundvik) fann det utrett, att man från riksskatteverkets sida hade varit angelägen om att få straffprocessuella tvångsåtgärder, främst husrannsakan, till stånd för att snabbt få tillgång till önskat material. Och han fortsatte på denna punkt:

> Jag anser detta förfarande betänkligt. Syftet med en taxeringsrevision — och det är åt sådan verksamhet kontrollmyndigheten främst skall ägna sig — är i första hand att få uppgifter till ledning vid taxeringen. Det bör därför inte ifrågakomma att påkalla igångsättande av ett straffprocessuellt förfarande huvudsakligen för sådant ändamål. — — — Förekommer anledning till misstanke om skattebrott skall anmälan ske till åklagare. Åtalsanmälan är en allvarlig sak och skall givetvis föregås av noggranna överväganden. Syftet med anmälan får inte bara vara det att man vill få t.ex. en husrannsakan till stånd.

Fallet redovisas under ovanstående rubrik därför att det i detta sammanhang mest intressanta med JO:s uttalande synes vara den logiska slutsatsen att en åklagare inte skulle ha varit befogad att föranstalta om husrannsakan i syfte att hjälpa riksskatteverket med bevisning för taxeringsärendena.

7.2.11. Trafikmyndighets uppgift

I rättsfallet *RÅ 1932 ref. 61 (Trafikfarlig garageport)* hade en person, J, anhållit hos byggnadsnämnden om att få inreda garage i ett befintligt hus med fasad i gatulinjen. Byggnadsnämnden avslog ansökningen på den grund att nämnden fann, att en garageport där skulle innebära risker ur trafiksynpunkt.

Vid ifrågavarande tid gällde 1874 års byggnadsstadga (1874:25) och 1930 års vägtrafikstadga (1930:285). Byggnadsnämnds kompetens angavs i 6 § 1. byggnadsstadgan så att byggnadsnämnd "övervakar efterlevnaden av denna stadga och stadens byggnadsordning, samt upptager och avgör alla de ärenden, som enligt denna skola bedömas och ej på grund av föreskrift i denna stadga eller annan allmän författning tillkommer annan myndighets prövning". I byggnadsstadgan fanns vissa bestämmelser, som torde ha tillkommit med hänsyn till trafiksäkerheten; exempelvis föreskrev 30 § att byggnad "må utvändigt ej strykas med oblandat vit färg, utan bör färgen lämpas så, att han icke blir för ögonen menlig eller besvärlig". I huvudsak reglerades emellertid trafikbestämmelser i vägtrafikstadgan. Dess 14 § andra stycket stadgade, att särskilda åtgärder beträffande trafiken i stad skulle meddelas av magistraten.

J överklagade byggnadsnämndens beslut. Länsstyrelsen biföll hans talan och återförvisade ärendet med följande motivering.

> Som byggnadsnämnden såsom skäl för klandrade beslutet åberopat, att inredande av ifrågavarande garage skulle medföra risker för trafiken å den utanför fastigheten löpande gatan, men nämnden härvid ingått i prövning av en angelägenhet, varmed nämnden lagligen icke ägde taga befattning, samt byggnadsnämnden förty måste anses hava överskridit sin befogenhet — — —.

Byggnadsnämnden klagade i sin tur, men regeringsrätten gjorde ingen ändring i länsstyrelsens utslag.

Fallet *RÅ 1963 ref. 2 (Ridning på badplats)* gällde frågan om trafikföreskrifter får meddelas i en lokal ordningsstadga.

Å ena sidan stadgade 7 § första stycket allmänna ordningsstadgan (1956:617):

> De ytterligare föreskrifter i avseende å den allmänna ordningen, som för kommun eller del därav finnas erforderliga och ej angå förhållanden, om vilka annorledes är bestämt, meddelas i lokal ordningsstadga.

Lokal ordningsstadga ankom på kommunen i första hand men krävde fastställelse av länsstyrelsen.

Å andra sidan tillkom det enligt 61 § 1 mom. vägtrafikförordningen (1951:648) länsstyrelse "att beträffande viss allmän väg, gata eller anan allmän plats — — — meddela erforderliga föreskrifter, avseende — — — förbud mot trafik eller inskränkning i trafiken beträffande fordon av visst slag — — — eller — — — andra särskilda åtgärder för reglering av trafiken".

I kommunal ordningsstadga införde kommunalfullmäktige i Borrby förbud mot ridning och framförande av motorfordon på allmän badplats i kommunen. Länsstyrelsen vägrade fastställelse med motiveringen, att sådana föreskrifter måste utfärdas som lokala trafikföreskrifter jämlikt 61 § vägtrafikförordningen. Regeringsrätten däremot fann inte hinder möta att föreskrifter av detta slag infördes i lokal ordningsstadga. Det bör märkas, att regeringsrätten därvid framhöll att föreskrifterna i fråga "icke väsentligen äro att anse såsom sådana åtgärder för reglering av trafiken, varom föreskrifter kunna utfärdas enbart jämlikt 61 § vägtrafikförordningen". Kungl. Maj:t följde regeringsrätten.

7.2.12. Utlänningsmyndighets uppgift

Bestämmelser om utvisning av utlänningar finns i utlänningslagen (1980:376). En utlänning, som döms för allvarligare brottslighet, kan utvisas, om det på grund av gärningens beskaffenhet och övriga omständigheter kan befaras att han kommer att fortsätta med brottslig verksamhet här i riket eller om brottet är sådant att han inte bör få stanna kvar. Utvisning på grund av brott beslutas av den domstol som handlägger brottmålet. Utvisas en utlänning, skall det men som han därigenom åsamkas beaktas, när påföljden för brottet bestäms. Allt detta framgår av 40 § utlänningslagen. När en domstol överväger om en utlänning bör utvisas enligt 40 §, skall den ta hänsyn till utlänningens levnads- och familjeförhållanden samt till hur länge han har vistats i Sverige (41 §).

För att ett beslut av domstol att utvisa utlänning också skall leda till att utlänningen faktiskt skickas ur landet, fordras ett särskilt beslut om verkställighet. Med detta beslut har domstolen inte någon befattning. Regler om verkställighet finns i 77—94 §§ utlänningslagen. I allmänhet är det länsstyrelserna som ansvarar för verkställigheten. Men om en utlänning, när verkställighet skall ske, påstår att han är politisk flykting, skall ärendet överlämnas till statens invandrarverk, utom i vissa undantagsfall som här kan förbigås (se 85—86 §§). En utlänning får i regel inte skickas till ett land, där han riskerar politisk förföljelse (77 §).

I stort sett gällde dessa bestämmelser också enligt utlänningslagen av 1954 (1954:193), fast utvisning som en följd av brottslighet kallades förvisning i den lagen.

I ärendet *JO 1961 s 143 (Politisk flykting)* tog JO (Bexelius) ställning till frågan om en domstol kunde bestämma att inte döma till förvisning med hänsyn till att utlänningen var politisk flykting. En tjeckisk medborgare dömdes av en domstol för förberedelse till grov stöld och häleri till straffarbete åtta månader. Domstolen beslöt att inte förvisa honom, emedan han påstod, att han var politisk flykting.

JO fann, att förvisning "i regel" inte borde underlåtas av domstol enbart på den grund att hinder för verkställighet väntades uppstå med anledning av att den dömde var politisk flykting. JO konstaterade, att enligt utlänningslagens allmänna ståndpunkt avgörandet av frågor om politiskt flyktingskap tillkom den centrala utlänningsmyndigheten — vid denna tid utlänningskommissionen — och att det var den som hade att tillse, att politiska flyktingar fick det skydd som tillkom dem enligt utlänningslagen. JO anförde också:

> Kommissionen torde ock ha de bästa förutsättningarna att med största möjliga sakkunskap bedöma hithörande ofta i hög grad ömtåliga och invecklade förhållanden. Genom de angivna verkställighetsreglerna ha goda garantier tillskapats för att utlänning, som meddelats beslut å förvisning — lika litet som den som enligt meddelat beslut skall avvisas, förpassas eller utvisas — ej avlägsnas ur landet under sådana omständigheter att han löper risk för politisk förföljelse i utlandet.
>
> Det nu anförda utgör otvivelaktigt stöd för åsikten att domstol vid prövning av förvisningsfrågor icke bör — genom att enbart på grund av politiskt flyktingskap underlåta att döma till förvisning — föregripa den prövning av hithörande förhållanden, som enligt det sagda bör ankomma på utlänningskommissionen. Härtill kommer att — — — förhållandena i utlänningens hemland kunna undergå sådan ändring, att risken för politisk förföljelse

> ej längre är för handen. Vidare måste det vid domstolsprövningen vara vanskligt att bedöma, huruvida möjligheten att sända utlänningen till annat land än hemlandet är utesluten (jfr 55 § första stycket andra punkten). Över huvud taget torde det vara svårt att redan vid tiden för förvisningsfrågans prövning vid domstol — eller sålunda ofta flera år innan verkställande av ett eventuellt förvisningsbeslut skulle kunna bli aktuellt — med någon större grad av säkerhet bedöma, om ett sådant beslut kan bli verkställbart.

En invändning, som kunde göras mot denna argumentering, sammanhänger med föreskriften, att domstolen, där utlänningen ådömdes förvisning, i övrigt skulle ge ett mildare straff än om förvisning inte ådömts. Om domstolen nämligen dömde till förvisning, som sedan inte kunde verkställas, hade ju utlänningen fått ett för milt straff för brottet. JO tog upp detta problem och fann det svårbemästrat; han uttalade emellertid "att domstolen — enligt regeln in dubio mitius — synes böra utmäta straffet utan hänsyn till att det är ovisst om samtidigt ådömd förvisning kan verkställas".

Emellertid menade JO, att det inte i och för sig kunde sägas vara felaktigt om domstol, när fråga uppkommer om förvisning, i vissa fall tar hänsyn till fråga om verkställighetshinder. Han hänvisade till att det i propositionen till lagen — och även i en kommentar till lagen — förekom uttalanden som innebar, att domstolarna skulle kunna ta hänsyn till förekomsten av verkställighetshinder.

7.3. Diskussion

Allmänt

Undersökningen synes ge ett starkt stöd för att den organisatoriska specialitetsprincipen gäller i svensk rätt. Av de genomgångna fallen var det bara två, i vilka en myndighet utan särskilt rättsligt stöd ansågs kunna ta på sig sådana uppgifter, som ålåg allmän domstol eller någon annan myndighet: "Betala vattenräkningen" och "Ridning på badplats". I själva verket innebär, såsom nu skall utvecklas, utgången i dessa fall knappast någon avvikelse från den organisatoriska specialitetsprincipen.

"Betala vattenräkningen" och "Ridning på badplats"

I "Betala vattenräkningen" ansågs en hälsovårdsnämnd kunna ge ett föreläggande, som gick ut på betalning av en vattenräkning. Men det finns ingen anledning att tro, att regeringsrättens godkännande av

hälsovårdsnämndens beslut avsåg att ingripa i den tvistiga frågan, vem som var civilrättsligt betalningsskyldig. Regeringsrättens utslag torde få tolkas så, att fastighetsägarna ansågs skyldiga att i hälsovårdsärendet svara för vattentillgången, oavsett om de kunde återkräva kostnaden av någon annan.

I "Ridning på badplats" framhöll regeringsrätten, att ridningsförbudet inte *väsentligen* var att anse som åtgärd för reglering av trafiken. Man synes kunna dra den — i själva verket ganska självklara — slutsatsen, att om en myndighet har påtagit sig en uppgift, som faller inom den myndighetens kompetens, blir förfarandet inte otillåtet bara för att samma åtgärd kan vidtas inom ramen för en annan myndighets uppgifter.

Det kan beträffande "Betala vattenräkningen" tilläggas, att ett sådant föreläggande, som hälsovårdsnämnden meddelade i rättsfallet, inte skulle få meddelas enligt nu gällande rätt. Enligt 30 § lagen (1970: 244) om allmänna vatten- och avloppsanläggningar får avstängning av vattentillförsel som sanktion för betalningsförsummelser inte ske, om avstängning skulle åstadkomma sanitär olägenhet.[1]

Var en del av fallen bara en fråga om "lagens anda"?

Flera av fallen är visserligen inte "rena" uttryck för den organisatoriska specialitetsprincipen. Exempelvis hänvisade JO i "Det fula taket" till "vedertagna förvaltningsrättsliga principer (enligt vilka) ett i begränsat syfte tillkommet förbud icke (får) utnyttjas för att tillgodose ett helt annat — låt vara allmänt — intresse". Detta uttalande hänsyftar tydligen på läran om détournement de pouvoir såsom ett krav på tolkning "i lagens anda"; jfr kap. 2 och 4. Motsvarande synsätt kan ha ansetts tillräckligt för att i en del andra av de genomgångna fallen dra slutsatsen att ovidkommande hänsyn hade tagits.

Emellertid kan man knappast om något av fallen — bortsett, kanske, från "Personundersökare som brottsutredare" och "Sänkt grundhyra för standardsänkning" — säga, att det av lag och lagmotiv framgick, att stadgandet i fråga hade ett begränsat syfte. I den mån bedömningen i dessa fall ansågs tillräckligt motiverad av en tolkning av lagen i fråga innebar detta alltså en presumtion, att en lags förstahandssyfte också är dess enda syfte, såvida inte sekundära syften uttryckligen angivits i lagtext eller lagmotiv.

[1] Beträffande förhistorien till detta stadgande, se SOU 1951:26 s 200, prop. 1955: 121 s 101 f., SOU 1967:65 s 199 f., prop. 1970:118 s 154 f. och prop. 1975/76:149 s 79 ff. Se även 19 § hälsovårdsstadgan 1958:663 och prop. 1958 B 46 s 180 f.

Varför denna presumtion? Svaret på den frågan kan vara: "Därför att om man inte håller på denna princip, har varken riksdagen eller medborgarna någon möjlighet att förutse rättsverkningarna av sådan lagstiftning som inte exakt och uttryckligen anger de materiella gränserna för ett kompetensstadgande." Enligt min mening är det ett starkt skäl för att upprätthålla en sådan presumtion. Den organisatoriska specialitetsprincipen kan emellertid, såsom nedan skall utvecklas, motiveras med flera argument än en presumtion att en lags förstahandssyfte också är dess enda syfte, såvida inte sekundära syften uttryckligen angivits i lagtext eller lagmotiv. Gemensamt för samtliga här återgivna fall är, att det offentliga organ, som ansågs ha handlat felaktigt, använde en allmänt bestämd kompetens för någon uppgift som föll inom ramen för något annat offentligt organs kompetens. I åtskilliga av fallen angav också domstolen eller JO vilket allmänt organ som hade kompetens för uppgiften i fråga och måste därmed antas ha haft den organisatoriska specialitetsprincipen i tankarna.

"Minkfarmarna" och byggnadslagstiftningen

Ett särskilt starkt stöd för den organisatoriska specialitetsprincipens giltighet är "Minkfarmarna"; i det fallet fanns det verkligen mycket allmänt avfattade kompetensbestämmelser.

Beträffande tillåtna hänsyn vid planläggning stadgar 4 § byggnadslagen (1947:385):

> Vid planläggning skola såväl allmänna som enskilda intressen tillbörligen beaktas.

Stadgandet ger i princip utrymme för alla tänkbara hänsyn. Att regeringsrätten fann generalplaneinstitutet inte kunna användas för sundhets- och trevnadssynpunkter skulle möjligen kunna bero på att generalplan blott avsågs ange "grunddragen för markens användning till olika ändamål, såsom till tätbebyggelse, viktigare trafikleder och andra allmänna platser" (9 § andra stycket). Stadgandet kan tyda på att generalplan inte får användas för så detaljerade regler som det var fråga om i ärendet.

Emellertid är regeringsrättens utlåtande knappast avfattat så, att det förefaller sannolikt, att regeringsrätten avsåg att göra en skillnad mellan generalplan, å ena sidan, och stadsplan och byggnadsplan, å andra sidan. Eftersom regeringsrätten hänvisade till hälsovårdsmyndigheterna och grannelagsrätten, förefaller det betydligt troligare, att regeringsrätten menade, att det ändamål, för vilket generalplanen här

hade använts, överhuvudtaget var främmande för planläggning enligt byggnadslagen. Tankegången får då antas vara, att de allmänna intressen, som avses i 4 § byggnadslagen, inte omfattar sådana allmänna intressen, som tillgodoses i annan ordning enligt särskild lagstiftning. Den vid denna tid gällande hälsovårdsstadgan ålade hälsovårdsnämnd att förebygga och undanröja sanitär olägenhet. För detta ändamål kunde hälsovårdsnämnd meddela föreläggande eller förbud, som nämnden fann erforderligt för efterlevnaden av någon bestämmelse i stadgan. Särskilda bestämmelser i stadgan gick ut just på att sanitär olägenhet inte fick uppstå genom djurs förvaring och skötsel; anmälan till hälsovårdsnämnden var en förutsättning för anläggande av gård för pälsdjur inom hälsovårdstätort. Vad grannelagsrätten beträffar, var den vid denna tid oskriven och hade utbildats i de allmänna domstolarnas praxis. Denna räck utgick från att immissioner — ett samlingsbegrepp för vissa slag av störande inverkan mellan fastigheter — inte helt kunde undvaras, och att en fastighetsägare alltså måste tåla ett visst mått av olägenheter från verksamhet på annan fastighet och i gengäld hade en viss frihet vid användningen av sin egen fastighet. Vid överskridande av denna toleranströskel kunde ägaren av den störande fastigheten av allmän domstol åläggas att utge skadestånd till ägaren av störd fastighet. Dessutom ansågs domstolarna kunna meddela vitessanktionerade förbudsdomar.[2]

Hälsovårdslagstiftningen utgick sålunda från en rätt att ha minkfarm, på villkor att djuren förvarades och sköttes så, att sanitär olägenhet inte uppstod. Och grannelagsrätten lade avvägningen mellan pälsdjursuppfödarens och grannarnas motstående intressen och bestämmandet av toleranspunkten på de allmänna domstolarna. Regeringsrätten synes mot den bakgrunden ha presumerat, att planinstitutet inte fick användas för att ålägga pälsdjursuppfödare större uppoffringar än vad som bestämdes enligt hälsovårdslagstiftning och grannelagsrätt.

Det bör antecknas, att lagstiftningen nu är ändrad på ett sätt, som torde innebära, att hänsyn till omgivningens intresse av att slippa immisioner kan tas i planärenden. Miljöskyddslagen (1969:387) är tillämplig bl.a. på användning av mark och byggnad, som kan medföra störning för omgivningen genom luftförorening (1 § första stycket 3). Sådan användning av mark och byggnad kallas miljöfarlig verksamhet (1 § tredje stycket). För miljöfarlig verksamhet skall

[2] Jfr prop. 1969:28 s 42.

väljas sådan plats, att ändamålet kan vinnas med minsta intrång och olägenhet utan oskälig kostnad (4 §). Den som utövar eller ämnar utöva miljöfarlig verksamhet kan hos koncessionsnämnden för miljöskydd ansöka om tillstånd för verksamheten (9 §). Regeringen kan föreskriva tillståndstvång för vissa slag av inrättningar (10 §). Den tidigare oskrivna grannelagsrättens regler om ersättning vid immission har efterträtts av regler i miljöskyddslagen (30—37 §§). Miljöskyddslagens förhållande till annan lagstiftning regleras i 2 §, vars första stycke lyder:

> Utöver bestämmelserna i denna lag gäller om miljöfarlig verksamhet vad som föreskrives i hälsovårds-, byggnads- och naturvårdslagstiftning eller i annan lagstiftning.

I propositionen kommenterades detta stadgande så, att när byggnadslagstiftning eller annan lagstiftning har regler, "som kan läggas till grund för åtgärder mot immisioner", skall sådan lagstiftning gälla vid sidan av miljöskyddslagen; de organ, som genom särlagstiftningen tilläggs olika befogenheter skall "alltjämt" ha att utöva dessa, i den mån ej annat särskilt anges i miljövårdslagen eller den särskilda författningen.[3] 1957 års rättsfall omnämndes inte och förbisågs möjligen vid tillkomsten av miljöskyddslagen. Det får emellertid anses klart, att man vid miljöskyddslagens tillkomst har förutsatt, att åtgärder mot immissioner kan vidtas med stöd av byggnadslagstiftningen. Härtill kommer ett annat propositionsuttalande om att marks användning för t.ex. svinfabrik kan förbjudas genom generalplan.[4]

Miljöskyddslagen får alltså anses ha haft den rättsliga inverkan på planinstitutets användning, att hänsyn till omgivningens intresse av att slippa immissioner inte längre kan anses vara ovidkommande för prövningen. Sådana hänsyn har numera rättsligt stöd i den mening som angetts i 5.7.

"Danskens sommarstuga" och 1916 års lag

Också i "Danskens sommarstuga" fanns det ett kompetensstadgande, som allmänt hänvisade till "hänsyn till allmänt intresse". JO utgick från att därvid inte kunde ifrågakomma andra intressen än de som berörts i förarbetena; dit hörde inte intresset av en lämplig fastighetsbildning eller strandskyddsintresset.

[3] Prop. 1969:28 s 261.
[4] Prop. 1972:111 Bil. 2 s 334.

I likhet med byggnadslagstiftningen har 1916 års lag genomgått viktiga ändringar, som möjligen ger rättsligt stöd för en annan tolkning av komptensstadgandet. 1 § tredje stycket lyder numera, såvitt avser en situation motsvarande danskens i JO-fallet:

> Möter ej hinder med hänsyn till allmänt intresse eller förvärvarens personliga förhållanden, skall utländsk medborgare meddelas tillstånd att förvärva fast egendom, om — — — egendomen förvärvas huvudsakligen för att bereda förvärvaren och hans familj bostad för fritidsändamål under förutsättning dels att egendomen icke är olämplig för ändamålet, dels att — — — förvärvet avser fastighet inom område, där efterfrågan på fritidsfastigheter icke är så betydande att på grund därav risk föreligger för stegring av fastighetsvärdena.

Länsstyrelsens prövning har sålunda utsträckts att omfatta även 1) frågan om egendomen är lämplig som bostad för fritidsändamål och 2) frågan om efterfrågan på fritidsfastigheter är så betydande i området, att det på grund därav är risk för stegring av fastighetsvärdena. Remiss till byggnadsnämnden bör göras i tveksamma fall.[5]

En ändring i lagtexten, som gjordes 1967, gick ut på att i viss omfattning avlasta Kungl. Maj:t prövningen i första instans av ärenden enligt lagen. Principen var, att decentralisering skulle ske i fråga om sådana ärendetyper, där praxis var klar och starka skäl bedömdes föreligga för att förvärvstillstånd skulle meddelas.[6] Eftersom det bland länsstyrelserna hade rått ovisshet, om de kunde ge tillstånd till förvärv för fritidsändamål, ändrades lagtexten så, att detta uttryckligen angavs som ett fall, där länsstyrelse kunde ge tillstånd, vid sidan av det fall, att förvärvet gällde stadigvarande bostad för förvärvaren och hans familj. Beträffande de omständigheter, som länsstyrelserna hade att beakta i hithörande ärenden, anförde chefen för justitiedepartementet:

> Vid tillståndsprövningen bör främst beaktas huvudsyftet med förvärvet men också sådana faktorer som platsens läge och lämplighet för sitt ändamål, områdets topografi, markens beskaffenhet, däribland dess odlingsbarhet och eventuella användning för jordbruk. — — — I vilken utsträckning allmänna planeringssynpunkter bör inverka vid länsstyrelsens tillståndsprövning är — — — en fråga som lämpligen bör prövas i ett större sammanhang.[7]

[5] Prop. 1975:65 s 9.
[6] Prop. 1967:121 s 17 och 33 f.
[7] Prop. 1967:121 s 34.

Även om ingenting i förarbetena tyder på att avsikten med lagändringen var att utvidga prövningen till att omfatta andra allmänna intressen än sådana, som har att göra med sökandens egenskap av utlänning, får man kanske av citatet dra slutsatsen, att en sådan utvidgning skedde i och med 1967 års ändring av lagtexten, varvid frågan om planeringssynpunkter inte fick någon lösning.

Den ändring av lagtexten, som innebär, att efterfrågan på fritidsfastigheter i området har blivit en vid prövningen relevant omständighet, gjordes 1975. Ändringen gick ut på att undvika, att priserna på fritidshus och mark för fritidsbebyggelse skulle skjuta i höjden — till nackdel för svenska medborgare — som följd av uppköp från kapitalstarka utlänningars sida. I den departementspromemoria, som låg till grund för lagändringen, uppmärksammades JO-ärendet "Danskens sommarstuga". I promemorian uttalades:

> Den föreslagna lagtexten ger utrymme för att beakta planmässiga synpunkter vid tillståndsgivningen. Sålunda skall bedömas om den inköpta egendomen är lämpad för fritidsändamål. Är det fråga om en fastighet, som bildats för sådant ändamål, föreligger givetvis inte något hinder mot förvärvet från plansynpunkt. Avser förvärvet exempelvis ett område som förvärvaren önskar få avstyckat för fritidsändamål, måste efter remiss till byggnadsnämnden i den berörda kommunen bedömas, om en sådan fastighetsbildning lämpligen bör ske. Är så inte fallet, kan givetvis egendomen inte anses lämpad för fritidsändamål.[8]

Föredragande statsrådet Carl Lidbom uttalade i propositionen:

> Av den inom justitiedepartementet gjorda undersökningen av praxis i tillståndsärenden framgår att många länsstyrelser gör en allmän bedömning av egendomens lämplighet för ändamålet på grundval av infordrade yttranden och egendomens belägenhet. Det synes mig också praktiskt att en sådan prövning äger rum. Det kan inte vara någon lämplig ordning att sökanden får tillstånd att förvärva ett markområde som är uppenbart olämpligt för fritidsändamål med påföljd att tillstånd till avstyckning vägras. I sådant fall blir nämligen enligt 4 kap. 7 § jordabalken köpet av området ogiltigt. En sådan effekt måste givetvis för sökanden te sig egendomlig eftersom det är naturligt att anta att hinder inte föreligger för förvärvet om länsstyrelsen har meddelat tillstånd. Jag vill emellertid erinra om att, om en alltför ingående planbedömning förutsätts ske i tillståndsärendet, föreligger det risk för en dubbelprövning och även risk för en oönskad styrning av plan-

[8] Ds Ju 1974:19 s 34, jfr s 25.

och fastighetsbildningsärenden. Jag ansluter mig därför till promemorieförslaget på denna punkt.

Länsstyrelsen bör enligt min mening dock göra en översiktlig bedömning av plansituationen. Visar det sig därvid att det föreligger hinder mot planerad bebyggelse, bör detta kunna medföra att ansökningen till tillståndsärendet avslås. Av bedömningens översiktliga karaktär följer att sådant avslagsbeslut bör meddelas endast i klara fall.[9]

I enlighet med vad sålunda uttalats får inom ramen för förutsättningen "att egendomen icke är olämplig för ändamålet" numera anses falla allmänna planeringssynpunkter med allt vad därtill hör (jfr ovan i detta avsnitt). Det kan ifrågasättas, om detta verkligen är en så praktisk och lämplig ordning som antogs i propositionen. Det är tvivelaktigt, om föredragande statsrådet verkligen hade läst JO:s uttalande i "Danskens sommarstuga". I propositionen förutsattes ju, att länsstyrelsen i ärenden av ifrågavarande typ infordrar yttranden för att ur skilda aspekter bedöma områdets lämplighet för sitt ändamål. Görs det, är risken för orimligt utdragen handläggning uppenbar, såsom åskådliggjordes i "Danskens sommarstuga". Och om sökanden ändå till sist får länsstyrelsens tillsånd att förvärva fastigheten, är detta ändå inte någon garanti för att inte en annan planmässig bedömning sker i ärende om avstyckning och byggnadslov. Är inte den av JO anvisade vägen betydligt mera praktisk och lämplig: att länsstyrelsen prövar sin tillståndsfråga enbart ur de synpunkter, som kan aktualiseras av att sökanden är utlänning, men särskilt erinrar om att frågor om avstyckning och byggnadslov prövas i annan ordning?

Högsta domstolen i "Kulturhistorisk byggnad 2"

Högsta domstolens utslag i "Kulturhistorisk byggnad 2" är ur medborgarskyddets synpunkt deprimerande, eftersom högsta domstolens ståndpunkt betyder, att myndighetsutövning inom ramen för allmänt bestämda maktbefogenheter i praktiken aldrig kan bedömas som "fel eller försummelse i myndighetsutövning" i den mening som avses i skadeståndslagen.

Enligt majoriteten var rättsläget inte klart. Men kan rättsläget på någon punkt någonsin vara klarare än i detta fall? För majoriteten, lika väl som för minoriteten, stod det klart, att byggnadsnämnden hade tagit ovidkommande hänsyn och därmed överskridit sin befo-

[9] Prop. 1975:65 s 12 f.

genhet. Enligt den gängse läran om ovidkommande hänsyn, som JO så länge har försökt inpränta i myndigheterna, hade byggnadsnämnden därmed gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i sin myndighetsutövning. I andra länder, bl.a. i England, Frankrike och Västtyskland, ser man ju också denna typ av förfarande som maktmissbruk, "abuse of power", "détournement de pouvoir", "Ermessensmissbrauch" (jfr kap. 3).

Visserligen är en byggnadsnämnd inte formellt bunden av ett prejudikat från regeringsrätten och naturligtvis inte heller av ett utredningsbetänkande eller en lagkommentar av enskilda författare. Visserligen var uttalandena i 1959 års proposition inte alldeles klara. Och visserligen var 1937 års prejudikat gammalt (sett i ett svenskt perspektiv; i engelska domar hänvisas ofta till prejudikat från 1800-talet).

Men såsom framgår av kap. 2 bygger den nordiska läran — liksom f.ö. motsvarande franska, västtyska och engelska — på att lagstiftarens syfte med ett kompetensstadgande inskränker utrymmet för det fria skönet, och ett sådant syfte måste i första hand sökas i propositionen med förslag till stadgandet. Byggnadsnämnden måste ju också förutsätta, att man på civildepartementet kände till prejudikatet och uttalandet i den gängse använda lagkommentaren, att en byggnadsnämnd *inte* hade befogenhet att vägra rivningslov på den grund att byggnaden var av historisk eller konstnärlig betydelse. Och byggnadsnämnden måste förutsätta, att om man i civildepartementet ansåg, att byggnadsnämnds kompetens borde utvidgas, skulle man där vidta åtgärder för att få byggnadslagstiftningen ändrad.

Antag f.ö. att en läkare, som inte är expert, gör ett operativt ingrepp på en patient och gör det enligt en metod som, enligt vad han vet, experterna på området uttryckligen har förklarat vara felaktig, detta för att han tycker att man gott kan pröva en ny metod. Antag att patienten skadas därför att operationen utfördes felaktigt. Skulle någon komma på idén att se läkarens handlande som försvarligt?

Varken majoriteten eller minoriteten berörde den organisatoriska specialitetsprincipen, och såvitt man kan utläsa av referatet gjorde inte heller fastighetsägarna det. Hade den organisatoriska specialitetsprincipen beaktats och setts som en oskriven grundsats i ett rättssamhälle, hade detta uppenbarligen varit skäl nog att finna kommunen skadeståndsskyldig. Kanske är det inte så märkligt, om högsta domstolen förbiså, att regeringsrätten och JO — såsom det synes framgå av den här gjorda undersökningen — genomgående har tillämpat

den organisatoriska specialitetsprincipen som en gräns för myndigheternas maktbefogenheter inom ramen för vagt angivna lagstadganden. Ty trots att principen ofta synes ha varit bestämmande för ställningstaganden av regeringsrätten och JO, är det mera sällan som den tydligt har bestämts såsom en allmän princip.

Förpliktar principen de allmänna domstolarna?

Det kan f.ö. ifrågasättas om de allmänna domstolarnas — dit hör ju högsta domstolen — egen kompetens över huvud taget begränsas av den organisatoriska specialitetsprincipen. I utländsk doktrin behandlas den som en förvaltningsrättslig princip. Klart är att de allmänna domstolarna i regel har kompetens att, i den mån så erfordras för att döma i ett tviste- eller brottmål, göra prejudiciella ställningstaganden, oavsett om de hänför sig till förvaltningsmyndighets sakområde eller ej. (En annan sak är att domstolarna i sådana fall brukar vänta på ett ställningstagande av den berörda myndigheten.) Men detta innebär ju oftast inte att domstolarna, när så sker, använder sin makt för någon uppgift som ankommer på vederbörande myndighet. Att en domstol gör ett ställningstagande som behövs för att en tvist eller ett åtal skall kunna avgöras betyder inte i och för sig, vare sig att domstolen "räcker en hand" åt myndigheten eller lägger hinder i vägen för myndighetens prövning. I "Politisk flykting" var det inte heller fråga om någonting sådant; fallet gällde om en domstol kunde låta utgången i ett mål påverkas av förhållanden som hänförde sig till verkställighetsstadiet. Man kan se den frågan som en vanlig lagtolkningsfråga eller som en tillämpning av den organisatoriska specialitetsprincipen. Enligt min mening talar i vart fall allt för att en domstol inte utan rättsligt stöd får låta utgången i ett tviste- eller brottmål bestämmas av förhållanden som hänför sig till verkställighetsstadiet.

Den organisatoriska specialitetsprincipens olika funktioner i belysning av praxis

De genomgångna fallen skall nu användas för att åskådliggöra vad det är som motiverar den organisatoriska specialitetsprincipen.

För det första visar "Minkfarmarna", "Kulturhistorisk byggnad 1", "Kulturhistorisk byggnad 2" samt "Den fina tavlan", att en myndighet genom att åsidosätta principen kan *ålägga enskilda uppoffringar utöver vad lagstiftaren anser befogat*. Det må här räcka att belysa det sagda med hänvisning till "Kulturhistorisk byggnad 2".

Byggnadsnämnden kunde visserligen veta, att riksdagen lade vikt

vid det allmänna intresset att bevara kulturhistoriskt värdefulla byggnader. Men nämnden kunde inte veta, om riksdagen var beredd att ålägga berörda fastighetsägare den ekonomiska uppoffring det kan innebära att bevara en gammal byggnad. Mot detta talade regleringen i lagen om byggnadsminnen. Att riksdagen inte i princip har velat lägga finansieringen av detta allmänna intresse på dem som råkar äga kulturhistoriskt värdefulla byggnader framgår numera av den efter rättsfallet tillkomna 35 a § byggnadslagen. Enligt detta stadgande har byggnadsnämnd numera möjlighet att meddela tidsbegränsade förbud mot rivning av byggnad, när det är påkallat för bevarande av kulturhistoriskt värdefull bebyggelse. Paragrafen är bara ett provisorium i avvaktan på ny byggnadslagstiftning, och i samband med att den infördes uttalade departementschefen:

> Genom att rivningsförbuden tidsbegränsas anser jag — — — det inte behövligt med regler om ekonomisk kompensation till fastighetsägare.[10]

Den reglering, som därefter förordats av PBL-utredningen, är att särskilda skyddsbestämmelser får meddelas i detaljplan eller markförordnande, och att husägaren i så fall under vissa förutsättningar har rätt till ersättning av kommunen för den skada han lider. Bara om skyddsbestämmelser har meddelats får rivningslov vägras på den grund att byggnaden bör bevaras såsom kulturhistoriskt värdefull.[11]

För det andra: i de fall, då en förvaltningsmyndighet tar ställning till civilrättsliga eller straffrättsliga spörsmål *kan de regler till skydd för rättssäkerheten som omgärdar det allmänna rättegångsförfarandet kringgås.* Detta visar klart "Skyddsrummet", "Priskontoret" och "Sänkt grundhyra för standardsänkning".

För det tredje kan bristen på respekt för den organisatoriska specialitetsprincipen medföra, att *allmänheten lever i fruktan för en konturlös tvångsmakt och känner obehag inför alla myndigheter.* Sådana risker framgår kanske bäst av "Affären Ingmar Bergman".

För det fjärde saknar den myndighet som övertar en annan myndighets uppgifter *den särskilda kompetens* som denna andra myndighet företräder. Det illustrerar bl.a. "Trafikfarlig garageport".

[10] Prop. 1973:196 s 31.
[11] SOU 1979:65 5 kap. 14 § och 20 kap. 5 §.

För det femte kan principens åsidosättande, såsom i "Badförbudet", innebära att *rättsverkningarna av beslutet blir andra* än vad fallet blivit, om rätt instans hade meddelat beslutet.

För det sjätte kan man, med hänvisning till "Danskens sommarstuga" och "Personundersökare som brottsutredare" peka på att principens åsidosättande kan innebära *onödigt dubbelarbete för myndigheterna och onödig tidsspillan för den enskilde.*

Möjligen finns det ännu fler funktioner som den organisatoriska specialitetsprincipen fyller. Det rör sig, såsom framgått, både om funktioner ägnade att upprätthålla rättssäkerhet för den enskilde och om funktioner som mera hänför sig till ordning och rationalitet i den administrativa apparaten.

Det bör understrykas, att de tre här först nämnda funktionerna gäller både riksdagens och den enskildes intresse. Det ligger i hög grad i riksdagens intresse att kunna förutse de rättsliga följderna av obestämt angivna maktbefogenheter för olika myndigheter, något som blir omöjligt om inte den organisatoriska specialitetsprincipen iakttas av myndigheterna. Men det gäller också vitala intressen för den enskilde. Därför saknar det för honom inte betydelse i vilken utsträckning riksdagen ger rättsligt stöd för en sammanvävning av olika myndigheters funktioner. Denna undersökning gäller inte gränserna för vad lagstiftaren kan göra i ett rättssamhälle. Emellertid kan man genom att känna till den organisatoriska specialitetsprincipens funktioner för rättssäkerheten lättare än utan sådan kunskap se eventuella tendenser till en utveckling mot polisstaten, som sker genom lagstiftning.

Kap 8 Främmande intressen

8.1. Inledning

Som framgick av kap. 2 och 3 har det såväl i svensk som i utländsk doktrin antagits, att illojal maktutövning (respektive Magtfordrejning, Ermessensmissbrauch) kan ta sig uttryck i att ett offentligt organ använder sin makt för att främja ett privatekonomiskt eller ett fiskalt intresse. Enligt Westerberg gäller detta i svensk rätt, "där så ej är avsett", vilket kan antas betyda detsamma som "utan rättsligt stöd" i den mening, som i 5.7 inlagts i detta uttryck.

I detta kapitel skall två aspekter tas upp. Den ena gäller påtryckning. Den andra avser det fall att en myndighet låter något annat offentligt organ eller ett privat subjekt bestämma utgången i ett ärende.

Myndighetsutövning som påtryckningsmedel

En myndighet får inte utan författningsstöd ta emot vederlag för sin myndighetsutövning. Det är därför otillbörligt, om ett offentligt organ utan författningsstöd betingar — åt det offentliga eller åt någon enskild — en förmån i utbyte mot myndighetsutövning. Som ett fall av straffbart myndighetsmissbruk har nämnts att "ett fattat beslut visserligen i och för sig står i överensstämmelse med författningarna men meddelats endast sedan visst ovidkommande villkor uppfyllts; så t.ex. om ansökan om byggnadslov bifalles först om sökanden ekonomiskt bidrar till viss kommunal verksamhet".[1]

Om ett avtal mellan ett offentligt organ och en enskild innehåller, att den enskilde skall prestera något i utbyte mot myndighetsutövning, kan avtalet bli ogiltigt enligt avtalslagens regler om rättshandlingars ogiltighet. De är särskilt 29, 31 och 36 §§ som är av intresse.

29 § handlar om rättsstridigt tvång:

> Rättshandling, den någon utan användande av (våld å person eller hot, som innebär trängande fara) rättsstridigt tvungit en an-

[1] SOU 1969:20 s 42, SOU 1972:1 s 130, jfr prop. 1975:78 s 143.

nan att företaga, vare ej gällande mot den tvungne, där den, gentemot vilken rättshandlingen företogs, själv utövat tvånget eller ock insett eller bort inse, att rättshandlingen framkallats genom rättsstridigt tvång från annan sida.

31 § har en regel om ocker:

> Har någon begagnat sig av annans trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroende ställning i förhållande till honom till att taga eller betinga sig förmåner, vilka stå i uppenbart missförhållande till det vederlag, som må hava blivit erlagt eller utfäst, eller för vilka något vederlag icke skall utgå, vare rättshandling, som sålunda tillkommit, icke gällande mot den förfördelade.
>
> Lag samma vare, där sådant otillbörligt förfarande, som i första stycket avses, ligger annan till last än den, gentemot vilken rättshandlingen företogs, och denne ägde eller bort äga kunskap därom.

Ocker är kriminaliserat i 9 kap. 5 § brottsbalken.

36 § är en generalklausul, som stadgar:

> Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. — — —
>
> Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.
>
> Första och andra styckena äga motsvarande tillämpning i fråga om villkor vid annan rättshandling än avtal.

Generalklausulen i 36 § är avsedd bl.a. för fall, då omständigheterna inte är så starkt utpräglade att 29 eller 31 § är tillämplig.[2]

Reglerna i avtalslagen är inte tillämpliga utanför civilrättens område. Frågan om tillämpning av 36 § i förhållandet mellan myndigheter och enskilda berördes i förarbetena. Generalklausulutredningen uttalade därvid:

> En annan gränsdragningsfråga gäller tillämpningen av en generalklausul på bestämmelser som rör förhållandet mellan offentliga myndigheter och enskilda. I den mån bestämmelserna har avtalskaraktär bör givetvis en generalklausul bli tillämplig. — — —
> När en föreskrift ingår i en författning utan avtalskaraktär torde

[2] SOU 1974:83 s 132.

> emellertid jämkning med stöd av en civilrättslig generalklausul inte komma i fråga.[3]

I propositionen anförde föredragande statsrådet Carl Lidbom:

> Vad därefter gäller möjligheten att tillämpa generalklausulen på bestämmelser som rör förhållandet mellan offentliga myndigheter och enskilda anser jag liksom utredningen att generalklausulen bör vara tillämplig i den mån bestämmelserna har avtalskaraktär. Däremot bör den inte kunna tillämpas på bestämmelser som ingår i författningar utan att ha karaktär av avtal. Avsikten är inte att genom generalklausulen ge domstolarna en lagprövningsrätt som de inte har f.n. Som utredningen har påpekat kan det i vissa fall föreligga tvekan om huruvida en viss bestämmelse är av civilrättslig eller offentligrättslig karaktär. Det saknas dock anledning att i detta sammanhang gå närmare in på bedömningen av sådana gränsfall.[4]

Frågan om generalklausulens betydelse för ett oskäligt villkor i ett förvaltningsbeslut berördes däremot inte. Det får enligt min mening antas, att vad som stadgas om rättsföljder i avtalslagen inte är tillämpligt utanför civilrättens område. Men det framgår således av förarbetena till generalklausulen, att den kan tillämpas på *avtal* mellan en myndighet och en enskild.

När generalklausulen infördes, tänkte man i första hand på konsumenterna:

> Insikten om de enskilda konsumenternas skyddsbehov har under senare år vuxit sig allt starkare. Statsmakterna har också på ett helt annat sätt än tidigare trätt in för att stärka konsumenternas ställning i förhållande till näringsidkare.[5]

Men paragrafen gjordes tillämplig också utanför denna ram, t.ex. på rena affärsförhållanden; man insåg, att det också i sådana förhållanden kan finnas en överlägsen och en underlägsen part:

> Vad som kan motivera att särskild hänsyn tas till en viss avtalspart är givetvis inte att han i och för sig tillhör en viss kategori utan att han intar en underlägsen ställning i förhållande till sin motpart.
> — — —

[3] SOU 1974:83 s 124.
[4] Prop. 1975/76:81 s 113 f.
[5] Prop. 1975/76:81 s 101.

> När det därefter gäller andra avtal än sådana som träffas mellan näringsidkare och konsument, är det uppenbart att skälen för att införa vidgade möjligheter till jämkning eller åsidosättande av avtalsvillkor inte är lika starka som i konsumentförhållanden. I affärsförhållanden är parterna många gånger jämställda i ekonomiskt och kunskapsmässigt avseende. De har därmed också större möjligheter att själva ta till vara sina intressen i samband med att avtal ingås. — — — Även med beaktande av det anförda gör sig de skäl som talar för större möjlighet till jämkning av avtalsvillkor i konsumentförhållanden i viss utsträckning gällande också beträffande avtal mellan näringsidkare. Även i rena affärsförhållanden intar den ena avtalsparten ofta en ställning som är underlägsen den andres. För att över huvud taget få till stånd ett avtal kan en mindre rörelseidkare vara nödsakad att acceptera oförmånliga villkor som ställs upp av motparten.[6]

Den enskildes underlägsna ställning i förhållande till myndigheter nämndes inte särskilt. Men det är tydligt, att medborgarna i sina kontakter med myndigheter typiskt sett befinner sig i en minst lika underlägsen ställning som när de i egenskap av konsumenter har kontakter med näringsidkare. Är en konsument missnöjd med en näringsidkare, kan han i regel undvika den näringsidkaren i fortsättningen. Däremot kan den enskilde, som är beroende av myndighetsutövning, inte välja mellan olika myndigheter.

Praxis som gäller myndighetsutövning som påtryckningsmedel behandlas i 8.2.

Att låta någon annan bestämma

I vissa fall stadgas om vetorätt för någon i ett förvaltningsärende; så har t.ex. kommun vetorätt i vissa ärenden om tillstånd enligt allmänna ordningsstadgan (1956:617, 2 §).

Att kommunen därvid inte får avstyrka på vilka skäl som helst utan måste iaktta allmänna rättsgrundsatser framgår bl.a. av det i 5.2.2 återgivna ärendet "FNL:s affischryttare". Men det är kommunen själv och inte polismyndigheten som ansvarar för att ovidkommande hänsyn inte påverkar beslutet genom kommunens vetorätt.

Där någon vetorätt inte finns, är det däremot den beslutande myndigheten som har ansvaret för att inga ovidkommande hänsyn tas. Myndighetsutövning kan inte delegeras utan rättsligt stöd.

Ibland har emellertid en myndighet anledning att inhämta synpunkter på ett ärende av något annat offentligt organ eller av någon

[6] Prop. 1975/76:81 s 104.

enskild som berörs av beslutet. Det kan vara särskilt föreskrivet, att någon som inte är part skall höras. Exempelvis stadgas i 22 § anställningsförordningen (1965:601), att innan en myndighet beslutar om läkarundersökning av en anställd, skall myndigheten inhämta utlåtande från en läkare, huruvida arbetstagaren bör undergå läkarundersökning och, sedan utlåtandet inkommit, inhämta utlåtande från socialstyrelsen, om det inte är uppenbart att anledning saknas därtill. Även om något sådant stadgande inte finns, kan det finnas anledning för en myndighet att inhämta remiss från något annat offentligt organ eller att ge någon enskild tillfälle att yttra sig. Men det får då inte ske annat än i den mån det finns anledning räkna med att de synpunkter som därvid kan tillföras ärendet är relevanta. Detta framgår av 10 § förvaltningslagen (1971:290) som stadgar, att myndighet, innan den inhämtar yttrande genom remiss, noga skall pröva behovet av åtgärden.

Praxis, som avser dessa problem, behandlas i 8.3.

8.2. Myndighetsutövning som påtryckningsmedel

8.2.1. Saklighetskravet i praxis

Förmåner åt det allmänna

Ärendet *JO 1968 s 357 (Den döende svenskamerikanen)* gällde en svensk, som i unga år hade utvandrat till U.S.A. Han återvände till Sverige vid nära 90 års ålder och togs in på ett ålderdomshem. Ett år senare dog han. Kvällen före sin död hade han med hjälp av socialnämndens ordförande upprättat ett testamente, där han förordnade bl.a., att en stor del av kvarlåtenskapen skulle tillfalla socialnämnden. Detta innebar, att hans tidigare förordnande till förmån för sina sonsöner i U.S.A. revs upp; den ene av dem var f.ö. psykiskt handikappad. En jurist i U.S.A., som hade hjälpt den avlidne med tidigare testamenten, gjorde JO-anmälan.

JO (Bexelius) föranstaltade om förundersökning för att utröna, om socialnämndens ordförande kunde misstänkas för tjänstefel. Utredningen ledde inte till antagande, att denne hade försökt påverka den gamle mannen att upprätta det nya testamentet, och JO nöjde sig därför med vissa påpekanden, bl.a. att det inte kunde "förbises att det är ägnat att hos (arvingarna) och andra in- eller utländska iakttagare rubba förtroendet till svensk offentlig förvaltning, om kommunen inträder som förmånstagare till en betydande del av kvarlåten-

skapen i stället för (den dödes) sjuke sonson". Uttalandet var av allt att döma avsett som en rekommendation till kommunen att inte göra sin rätt på grund av testamentet gällande.

Även *RÅ 1968 ref. 8 (Exploateringsavgift i Östhammar)* handlar om anskaffning av pengar åt det allmänna. Stadsfullmäktige i Östhammar bemyndigade drätselkammaren att träffa avtal med exploatörer av områden för fritidsbebyggelse att till staden betala 400 kronor per tomt som bidrag till anordningar för fritidsändamål.

Stadsfullmäktiges beslut upphävdes efter besvär. Regeringsrättens motivering var:

> Klandrade beslutet innebär, att staden av exploatörer av områden för fritidsbebyggelse skall upptaga särskilda avgifter för bestridande av kostnader för vissa allmänna kommunala angelägenheter.
>
> Även om avgifterna skall betalas till kommunen på grund av formellt frivilliga åtaganden, har stadsfullmäktige likväl icke ägt att utan laga grund införa ett sådant avgiftssystem för fyllande av kommunens medelsbehov.

I *JO 1973 s 429 (Bohman och skärgården)* påtalade riksdagsledamoten Gösta Bohman bl.a. följande. Enligt uppgifter från markägare hade länsstyrelsen i Stockholms län tagit upp förhandlingar med markägare i planläggnings- och dispensärenden rörande Stockholms skärgård och gjort ärendets utgång beroende av vederbörandes beredvillighet att avstå från bebyggelse på annan mark, som saknat samband med ärendet, eller att lämna medgivande om upplåtelse utan ersättning av sådan mark till naturreservat. Det hade också inträffat, att utgången av förhandlingarna i dispensärenden blivit beroende av markägarens villighet att upplåta mark till Stiftelsen Stockholms skärgård. Bohman hemställde, att JO måtte utreda, om länsstyrelsens handläggning stod i överensstämmelse med gällande rätt och vedertagna förvaltningsrättsliga principer.

Rättsfrågan var komplicerad, eftersom länsstyrelsens befattning med dessa markägare involverade flera redan i sig invecklade författningar. Enligt 4 § byggnadslagen skall vid planläggning "såväl allmänna som enskilda intressen tillbörligen beaktas". För fall, när byggnadsplan upprättas över område i en ägares hand, kan länsstyrelsen enligt byggnadslagen bestämma, att ägaren utan ersättning måste upplåta obebyggd mark, som behövs för väg eller annan allmän plats, "i den mån det med hänsyn till den nytta ägaren kan förväntas få av planens genomförande och övriga omständigheter prövas skäligt"

(113 § byggnadslagen 1947:385). Om i stället flera markägare berörs av planen, är markägarna i princip berättigade till ersättning för att deras mark skall bli allmän plats, dock endast om markägaren därigenom kan använda marken "allenast på sätt som står i uppenbart missförhållande till dess tidigare värde" (116 §). Ersättningen kan bestämmas antingen genom överenskommelse eller genom avgörande av fastighetsdomstolen (117 § jämförd med 23 §). — Enligt 7 och 9 §§ naturvårdslagen (1964:822) kan länsstyrelsen förklara vissa områden som naturreservat och förplikta markägaren att tåla intrång i olika hänseenden. Samma lag berättigar i 26 § markägaren till ersättning under vissa förutsättningar. Enligt 33 § kan ersättningsfrågan avgöras antingen genom överenskommelse eller genom dom av fastighetsdomstolen.

JO (Bexelius) konstaterade, att både byggnadslagstiftningen och naturvårdslagstiftningen förutsatte samråd och förhandlingar mellan det allmänna och berörda markägare. Han uttalade, att 113 och 116 §§ byggnadslagen förutsatte, att sådant samråd i vissa fall kunde föregå fastställande av plan över område i en ägares hand. Och JO fortsatte:

> Några närmare bestämmelser om dylika samråd har icke givits. Omfattningen av sådant samråd måste ju växla från fall till fall. Uppenbart är att frågor rörande vilka närmare markområden, som kan tänkas ingå i planläggningen, liksom betydelsen av att närbelägen mark upplåtes såsom naturreservat, kan bli föremål för överläggning. Att i dylikt sammanhang jämväl söka träffa uppgörelse i ersättningsfrågor enligt naturvårdslagen ligger nära till hands och kan enligt min mening mången gång innebära en förenkling samt snabbare leda till en lösning av de ofta komplicerade planläggningsfrågorna. Även i ärende rörande dispens från föreliggande byggnadsförbud eller strandskyddsförordnande torde visst samråd med sökande i avsikt att klargöra förutsättningarna för dispensen vara lämpligt. Härigenom kan ett allsidigare underlag för beslutsfattandet erhållas. Man kan härvidlag inte bortse ifrån att kännedom om hur sökanden tänker disponera honom tillhörig närbelägen mark är av betydelse för dispensfrågans lösning.
>
> För det övervägande flertalet fastighetsägare i skärgården är det ju av fundamental vikt att ha tillgång till ostörd fritidsmiljö. Den begränsning av möjligheterna att utnyttja mark för bebyggelse, som tillbörlig hänsyn härtill nödvändiggör, medför att det framstår såsom naturligt och försvarligt att man vid prövning av dispensansökningar och planfrågor tar hänsyn till vilja att upplåta mark för naturreservat. Helt visst medför detta att länssty-

relsen erhåller ett verksamt påtryckningsmedel, vilket kan föranleda en dispenssökande att avstå från krav på ersättning för en i sammanhanget gjord markupplåtelse. Det är därför av största vikt att länsstyrelsen, i fall där ersättning enligt naturvårdslagen uppenbart bör utgå, verkligen erbjuder sådan ersättning samt alltid upplyser sökanden om hans rätt att få ersättningsfrågan prövad av domstol.

Det kan här tilläggas, att det i förarbetena till naturvårdslagens föregångare, strandlagen (1952:382), fanns ett uttalande om att frågor om bebyggelse och gottgörelse för inskränkningar i bebyggelserätten borde bedömas i ett sammanhang.[1]

Högsta domstolen har nyligen prövat ett mål som gäller giltigheten av ett s.k. exploteringsavtal. Det mål som åsyftas är *NJA 1980 s 1 (Exploateringsavtal).* Askims kommun träffade ett avtal med två ägare av var sin fastighet om att de bl.a. skulle

a) ombesörja och bekosta projektering och anläggande av gata med tillhörande dagvattenledning jämte belysning inom exploateringsområdet

b) framdraga för tomtplatserna erforderliga vatten- och spillvattenledningar och enligt kommunens anvisningar ansluta dessa till befintlig kommunal anläggning

c) till kommunen med full äganderätt och utan ersättning överlåta anläggningarna enligt punkterna a och b ovan att tillträdas omedelbart efter det de i sin helhet slutbesiktigats och godkänts

d) för blivande bostadslägenheter inom exploateringsområdet efter anfordran betala anslutningsavgift för vatten och avlopp enligt kommunens VA-taxa.

Avtalet innehöll också dessa klausuler:

Därest exploatörerna icke rätteligen fullgör de arbeten som det åligger dem att ombesörja enligt (vad nyss sagts) äger kommunen utföra vad som brister, varvid exploatörerna blir skyldiga bestrida kostnaderna härför.

Överskrider exploatörerna (viss i avtalet bestämd tidsfrist för arbetena) åligger det exploatörerna att vid anfordran erlägga vite till kommunen med 1 000 kr per kalendermånad.

Kommunen stämde de båda fastighetsägarna, A och B, och yrkade åläggande för dem att solidariskt till kommunen utge dels skadestånd med 18.413 kr med ränta, dels vite med 16.000 kr. Som grund för käromålet åberopade kommunen, att åtagandena i avtalet inte hade

[1] SOU 1951:40 s 113.

fullgjorts, så att kommunen måste anlita egen entreprenör för färdigställande av exploateringsområdet.

A bestred för sin del betalningsskyldighet med hänvisning till att han fullgjort sin del av åliggandena. A hävdade, att avtalet inte innebar solidariskt ansvar mellan honom och B eller, om det skulle anses innebära solidariskt ansvar, att avtalet i den delen var ogiltigt enligt avtalslagens regler om ogiltiga rättshandlingar om tvång, svek m.m. — B medgav betalningsskyldighet för 18.413 kr med ränta men bestred i övrigt.

Mölndals tingsrätt fann, att avtalet innebar solidariskt ansvar för A och B, och att det inte visats någon omständighet som kunde göra avtalet ogiltigt. Däremot nedsatte tingsrätten vitet till, för A 1.000 kr och för B 7.000 kr.

A och B överklagade till Hovrätten för Västra Sverige. Hovrätten fann, att avtalet i och för sig innebar ett solidariskt ansvar för A och B. Men eftersom kommunen hade uppställt kravet på solidariskt ansvar som villkor för byggnadslov, förelåg enligt hovrättens mening rättsstridigt tvång med påföljd att kommunen inte kunde göra avtalet gällande mot A i fråga om det solidariska ansvaret.

Kommunen sökte revision och yrkade fastställande av tingsrättens dom. Högsta domstolen förordnade om inhämtande av yttranden från statens planverk, Svenska kommunförbundet och Svenska byggnadsentreprenörföreningen.

Planverket anförde i huvudsak: I 70 och 113 §§ byggnadslagen finns föreskrifter som innebär, att om stads- eller byggnadsplan läggs över område i en ägares hand kan regeringen eller länsstyrelsen på ansökan av kommunen förordna, att mark som för områdets ändamålsenliga användning erfordras till gata, väg eller annan allmän plats eller — i fråga om stadsplan — till allmän byggnad skall avstås eller upplåtas utan ersättning. Beträffande stadsplan kan regeringen också föreskriva, att områdets ägare skall vara pliktig att bekosta anläggning av gator och anordningar för vattenförsörjning och avlopp inom området, detta enligt 73 § byggnadsstadgan. En förutsättning för sådana förordnanden är att markägaren har motsvarande nytta av planen. I praxis tillämpas dessa bestämmelser sällan. Kommunerna träffar i stället exploateringsavtal med exploatörer. Genom det kommunala planmonopolet har kommunerna som regel ett starkt förhandlingsläge gentemot markexploatörer. Denna ställning bör givetvis inte användas för att framtvinga åtgärder eller åtaganden, som går längre än vad som skäligen kan hävdas vara förenligt med byggnadslagstiftningens

syfte. På grund av rådande praxis får det godtas att en kommun avtalsvis ålägger en exploatör att fullgöra förpliktelser som motsvarar vad som kunnat åläggas honom med stöd av byggnadslagen eller annan författning. Däremot kan det inte godtas, att kommunen kringgår det principiella förbudet genom att förbinda byggnadslov med villkor på det sättet att kommunen tar in villkor som eljest inte är tillåtna. Det solidariska ansvar som i detta fall ålagts A och B är inte i överensstämmelse med gällande byggnadslagstiftning.

Också kommunförbundet menade, att en kommun inte får missbruka sin starka förhandlingsposition genom att i exploateringsavtal ta in förpliktelser för exploatören som saknar resonans i lagstiftningen. Förbundet ansåg dock inte att det i detta fall var fråga om någon tvångssituation för exploatörerna. Bland annat åberopade förbundet, att kommunen inte hade något rättsligt inflytande över byggnadsnämndens tillämpning av bestämmelserna om byggnadslov.

Byggnadsentreprenörföreningen ansåg, att hovrättens dom var riktig och att i tillståndsgivningen framtvingade ekonomiska åtaganden bör kunna underkännas enligt avtalslagens ogiltighetsregler.

Högsta domstolen fastställde hovrättens domslut. Domskälen innehåller i fråga om giltigheten av åtagandet om solidariskt ansvar:

> Beträffande avtalets tillkomst har kommunen själv — — — uppgivit, att förslag till det sedermera ingångna avtalet upprättades på föranstaltande av kommunalnämndens arbetsutskott, att byggnadsnämnden fick yttra sig i ärendet och då förordade att avtalet skulle omfatta inte bara (A:s) utan också (B:s) fastighet samt att man från kommunens sida vid de fortsatta underhandlingarna med de enskilda parterna som absolut villkor uppställde att exploateringen av fastigheterna skulle vara samordnad, varvid kommunen "framhöll den gemensamma ansvarigheten". — — —
>
> (A:s) påstående att kommunen som villkor för byggnadslov krävde att (A) undertecknade ett avtal som omfattade även (B:s) fastighet (har) lämnats obestritt av kommunen.
>
> I överensstämmelse med vad statens planverk anfört i sitt yttrande till högsta domstolen får det anses att kommunen genom avtalet tillförsäkrat sig åtaganden från de enskilda parternas sida som går längre än som är förenligt med byggnadslagstiftningens syften. Såsom stridande mot lagstiftningen måste i vart fall betecknas att kommunen i den föreliggande situationen uppställt krav på att (A) och (B) åtog sig solidariskt ansvar för avtalets fullgörande.
>
> Av skäl som hovrätten utvecklat har kommunen, genom att på sätt som skett ange att det solidariska ansvaret var villkor för att byggnadslov skulle kunna erhållas, utövat tvång mot (A), och i

> enlighet med det förut anförda är tvånget att anse som rättsstridigt. Enligt 29 § avtalslagen äger kommunen därför inte göra det solidariska ansvaret gällande mot (A).

Två fall handlar om kommunala tjänster. Det första är *RÅ 1923 ref. 65 (Efterge krav på intrångsersättning).* Fullmäktige i en kommun beslöt, att ett visst bolag i fortsättningen inte skulle få elektrisk ström från kommunens elektricitetsverk, om inte bolaget förband sig att avstå från ersättning för intrång, som hänförde sig till verkets anordningar för sitt nät på och i bolagets mark. Regeringsrätten undanröjde detta beslut. Motiveringen var:

> som bolaget måste anses berättigat att, i den mån ej gällande avtal till annat föranledde, på enahanda villkor som övriga abonnenter från kommunens elektricitetsverk erhålla leverans av elektrisk energi, samt kommunalfullmäktiges klandrade beslut, enligt vad av handlingarna framginge, härifrån innefattade avvikelse, som bolaget icke, så vitt visats, på grund av överenskommelse vore pliktigt att tåla — — —

Det andra fallet om kommunala tjänster är *RÅ 1930 ref. 31 (Betala förra ägarens skuld).* Ett kommunalt elektricitetsverk hade fordringar mot ägaren till ett företag, H, för leverans av elektrisk ström. Skulden betalades inte, och leveransen avbröts därför. H sålde företaget till en av sina borgenärer, M.

Kommunens fullmäktige beslöt att leverera ström till M bara på villkor, att han övertog H:s skuld för tidigare kraftleveranser till företaget. M anförde besvär. Länsstyrelsen undanröjde klandrade beslutet, ett utslag, som regeringsrätten inte fann skäl att ändra. Länsstyrelsens motivering var:

> Som (M), vilken ostridigt vore ägare av (företaget), måste anses berättigad att på enahanda villkor som övriga medlemmar av kommunen erhålla leverans av elektrisk energi från köpingens elektricitetsverk, alltså och då kommunalfullmäktiges klandrade beslut att medgiva leverans under förutsättning att (M) betalade viss förre ägaren av (företaget) åvilande skuld, för vilken (M) icke iklätt sig betalningsskyldighet, måste anses innefatta avvikelse härifrån, samt någon överenskommelse, innefattande inskränkning i (M:s) omförmälda rätt, icke såvitt visats, förelåge — — —

I ärendet *JO 1967 s 373 (Högre arrende)* arrenderade en person, K, en tomt av Sala stad. På tomten fanns en sommarvilla, som K ägde. Arrendekontraktet med staden löpte på 25 år från 1953. Arrende-

summan var 75 kronor om året. 1965 sålde K sommarvillan till H, under förutsättning att staden skulle godkänna H som ny arrendator av tomten.

H anhöll hos staden, att arrendekontraktet måtte överföras på honom. Drätselkammarens arbetsutskott beslöt med anledning därav, att tomten skulle utarrendaras till H för fyra år mot en årlig arrendeavgift å 390 kronor.

K gjorde JO-anmälan. Hon menade, att drätselkammarens beslut att arrendera till H på sämre villkor var felaktigt. JO (Bexelius) gav klaganden rätt.

Det bör här antecknas, att särskilda lagregler fanns om den situation, att en arrendator vill överlåta arrenderätten. De fanns vid denna tid i 2 kap. 8 och 70 §§ lagen om nyttjanderätt till fast egendom. I stort sett gäller nu detsamma enligt 10 kap. 7 § jordabalken.[2] Arrendatorn behöver i princip jordägarens samtycke för att överlåta arrenderätten. Jordägaren har vid den typ av arrende, som det gällde i ärendet, dock inte annat val än att antingen återta fastigheten med skyldighet att betala skälig ersättning eller också finna sig i överlåtelse till någon, "med vilken jordägaren skäligen kan nöjas".

JO återgav denna reglering och anförde bl.a. vidare:

> Drätselkammaren är givetvis skyldig att fullgöra stadens civilrättsliga förpliktelser. Genom att ej taga ställning till det av (H) framförda yrkandet om medgivande till överlåtelsen av arrenderätten har drätselkammarens arbetsutskott åsidosatt vad som ålegat kammaren.
>
> Om (K) godtagit drätselkammarens förslag skulle detta tydligen ha medfört förlust för henne och vinst för staden. Drätselkammaren har uppgivit att det i detta fall tillämpade förfarandet brukats även i andra sammanhang. Det synes mig dock uppenbart att staden i sina civilrättsliga mellanhavanden med arrendatorer icke bör tillämpa förfarande som kan medföra förlust för sådana arrendatorer som icke förstå att tillvarataga sina intressen.

JO fann dock "vad drätselkammaren i detta fall tillåtit sig icke vara av beskaffenhet att kunna läggas de ansvariga ledamöterna till last såsom tjänstefel".

Förhållandena i *JO 1956 s 11 och 1957 s 8, NJA 1956 s 357 (Sydsvenska Ägg)* liknade dem i "Betala förra ägarens skuld" såtillvida att det allmänna försökte indriva en fordran genom påtryckningar mot någon annan än gäldenären.

[2] Jfr prop. 1970:20, Del B 2 s 1015.

Bakgrunden var, att bolaget U hade påförts vissa avgifter för export av ägg men underlät att betala. Med anledning därav beslöt statens jordbruksnämnd, att varken U eller bolaget Sydsvenska Ägg — enligt nämnden moderbolag till U — skulle få exporttillstånd, med mindre skulden blev betald.

Sydsvenska Ägg anförde i klagomål till JO, att jordbruksnämnden hade gjort sig skyldig till illojal maktanvändning. I klagomålen bestreds, att Sydsvenska Ägg var moderbolag till bolaget U.

JO (Rudewall) ansåg jordbruksnämndens förfarande felaktigt och argumenterade i huvudsak på följande sätt. Att avstänga Sydsvenska Ägg från exporttillstånd med anledning av att U inte betalade hade möjligen kunnat ske, eftersom det fanns en gemenskap mellan Sydsvenska Ägg och U i fråga om ledning och aktieägarintressen. Grunden för ett avstängningsbeslut mot Sydsvenska Ägg skulle då vara, inte att detta bolag förfarit illojalt i samband med U:s exportverksamhet, utan att tvekan kunde råda om Sydsvenska Ägg:s lojalitet vid framtida exportaffärer. Men jordbruksnämnden kunde inte lagligen ställa det villkoret för exporttillstånd åt Sydsvenska Ägg, att detta bolag skulle betala U:s skulder. Vad nämnden lagligen kunde ha gjort vore att antingen göra tillstånd för Sydsvenska Ägg beroende av sådan ändring i bolagets ledning, att risk för förvecklingar inte behövde uppstå, eller också att vägra Sydsvenska Ägg tillstånd, såvida inte säkerhet ställdes för Sydsvenska Ägg:s avgifter i framtiden. Nu hade nämnden i stället, som villkor för att meddela licens åt Sydsvenska Ägg, "fordrat, att klaganden skulle svara för betalning av en skuld, för vilken klaganden icke häftade och vilken därför icke kunnat på rättslig väg göras gällande mot klaganden". Ett sådant villkor fann JO gå "klart utöver vad nämnden kan anses ha ägt att såsom regleringsmyndighet föreskriva".

JO lät därför åtala de för beslutet ansvariga vid Svea hovrätt.

Hovrätten konstaterade, att gränserna för nämndens beslutanderätt inte var tydligt uppdragna. Det oaktat fann hovrätten, att nämnden inte lagligen kunde hålla någon exportör ekonomiskt ansvarig för exportavgifter, som åvilade någon annan, och som inte med vanliga rättsmedel kunde utkrävas av den förstnämnda exportören. Hovrätten fann därför, att nämnden hade överskridit sin behörighet. Men hovrätten ansåg inte, att detta skäligen borde tillräknas någon av de tilltalade som straffbart tjänstefel. Därvid beaktade hovrätten, att de båda bolagen betraktats som en enhetligt ledd och av gemensamma intressen sammanhållen företagsgrupp, och vidare beaktade hovrät-

ten, att syftet med beslutet var, inte så mycket att bereda det allmänna en ekonomisk förmån genom indrivning av fordran som att hålla regleringen vid makt.

JO fullföljde talan i högsta domstolen. Han höll inte med hovrätten om att villkoret främst hade motiverats av intresset att hålla regleringen vid makt:

> Även om vissa föreställningar rörande vikten av regleringsmoralens upprätthållande kunna ha föresvävat nämnden vid ärendets avgörande, synes mig nämndens åtgärd att av klaganden kräva säkerhet för avgifter, för vilka klaganden icke häftade, icke kunna förklaras annorledes än såsom väsentligen tillkommen som ett led i nämndens aktion för indrivning av den ifrågavarande fordringen.

Även högsta domstolen ogillade åtalet. I likhet med hovrätten fann högsta domstolen, att villkoret visserligen inte hade bort uppställas, men att det inte heller borde medföra ansvar för tjänstefel. Därvid synes "det avgörande motivet" för villkoret ha spelat stor roll:

> Även om en bidragande orsak till den påtalade åtgärden varit önskvärdheten att erhålla säkerhet för kronans fordran hos (U) å oguldna exportavgifter, får dock antagas, att det avgörande motivet för åtgärden varit angelägenheten att hindra ett kringgående av exportregleringen. Såsom HovR:n funnit synes nämligen den vidtagna åtgärden mindre hava gått ut på att bereda det allmänna ekonomisk förmån genom indrivning av fordran än på att hålla regleringen vid makt och därmed skaffa lika villkor för samtliga enskilda företagare på exportmarknaden.

JO (Bexelius) har på förekommen anledning i *JO 1960 s 394 (Ersätt skada för markens användning)* tagit upp frågan, om en kommun kan använda sin vetorätt enligt 2 § allmänna ordningsstadgan (1956: 617) för att betinga sig ersättning för skada, som eventuellt uppkommer, när någon använder allmän plats för upplag eller avstjälpning, försäljningsstånd, ställningar eller dylikt. För sådan användning av allmän plats krävs tillstånd från polismyndigheten, och kommunen har i ärendet vetorätt.

JO fann, att ett villkor om skadestånd inte lagligen kunde uppställas, vare sig av polismyndigheten eller av kommunen:

> Bestämmelserna i 2 § allmänna ordningsstadgan angående ianspråktagande av allmän plats för annat ändamål än det, för vilket den upplåtits, avser — — — en enbart ur offentligrättsliga syn-

punkter företagen reglering. Vid sin prövning av gjord ansökan om tillstånd har den tillståndsgivande myndigheten, i enlighet med beskaffenheten av de ärenden varom här är fråga, att beakta vad som är påkallat ur synpunkten av allmän ordning och säkerhet. Utanför ramen för denna offentligrättsliga prövning faller uppenbarligen det civilrättsliga spörsmålet, i vilken utsträckning tillståndshavaren må vara ansvarig för skada som uppkommer i anledning av platsens nyttjande. Vid sin prövning jämlikt 2 § äger därför icke den tillståndsgivande myndigheten att, ur nyss angivna offentligrättsliga synpunkter, göra tillstånd beroende av visst villkor rörande räckvidden av tillståndshavarens skadeståndsskyldighet, ett villkor som sålunda skulle innebära att tillståndet — om vederbörande förklarade sig ej vilja underkasta sig detsamma — komme att återkallas.

— — —

Beträffande härefter — — — frågan huruvida tillståndsmyndigheten — med hänsyn till den i dessa ärenden föreliggande kommunala vetorätten — skulle vara bunden vid ett av kommunen uppställt villkor av nyss angiven innebörd, må anföras följande. Den kommunala vetorätten är att se mot bakgrunden därav, att den plats som ansökningen avser i regel ägs av kommunen eller står under dess förvaltning. Det har därför ansetts befogat att giva kommunen en viss självbestämmanderätt. Kommuns prövningsrätt är otvivelaktigt vidsträcktare än den, som tillkommer tillståndsmyndigheten, och icke begränsad enbart av hänsyn till allmän ordning och säkerhet. Så t.ex. lärer kommunen vara berättigad anlägga vissa sociala synpunkter i fråga om personvalet och kan såtillvida binda tillståndsmyndigheten. Vidare torde kommunen, när det gäller själva upplåtelsen av viss plats, kunna ställa sig mera restriktiv än som är betingat ur strikta ordnings- och säkerhetssynpunkter. Den kan helt avstyrka en begärd markupplåtelse eller kan begränsa upplåtelsen genom uppställande av vissa villkor. Däremot lärer kommunen icke kunna begagna sin vetorätt genom att uppställa villkor, som skulle strida mot lag eller allmänt erkända rättsgrundsatser. Härav torde följa, att kommunen icke som villkor för tillstånd äger angiva att en annan reglering av tillståndshavares skadeståndsskyldighet skall gälla än som följer av de civilrättsliga reglerna härom. Ett dylikt villkor saknar för övrigt — — — rättslig verkan i fråga om vederbörandes skadeståndsskyldighet.

JO tillade emellertid, att han i sammanhanget lämnade därhän frågan om kommunen lagligen kan avstyrka en ansökan enbart på den grund att sökanden inte är villig att ta på sig ett vidsträcktare skadeståndsansvar än det som följer av de allmänna reglerna.

Förmåner till välgörande ändamål

Ärendet *JO 1967 s 366 (Doktorns sopor)* handlar om två kartonger avfall i en skog. En läkare hade lämnat dem där, och de påträffades av sekreteraren i länets naturvårdsråd. Han kunde spåra kartongerna till läkaren och avlät ett brev till denne, där han meddelade, att förfarandet var straffbart. Brevet slutade:

> Skulle Ni emellertid finna det angenämare att till Harplinge Hembygdsförening, Harplinge, översända 300:— kronor, skall jag, så snart bekräftelse härå erhållits, till Eder återställa det tillvaratagna postgirokortet samt ombesörja avfallets fraktande till sopstation.
> Vid beloppets översändande behöver endast uppgivas, att det sänts på uppdrag av mig.

Läkaren klagade till JO. JO (Bexelius) uttalade:

> Innebörden av brevet till (läkaren) får anses vara att denne, om han betalade 300 kronor till hembygdsföreningen, kunde påräkna att den förseelse mot naturvårdslagen, vartill han ansågs ha gjort sig skyldig genom att lämna avfallet i skogen, icke skulle angivas till åtal. Att på dylikt sätt genom förespegling att slippa straff söka påverka (läkaren) att bidraga till angivna ändamål var givetvis, även om ändamålet var allmännyttigt, icke tillbörligt och helt oförenligt med ett uppdrag i det allmännas tjänst.

JO lät dock bero vid vad i saken förevarit.

Fallet *JO 1968 s 205 (Pengar till isbanan)* gick däremot till åtal. A var kommunalråd samt ordförande i såväl drätselnämnd som byggnadsnämnd. Dessutom var han ordförande i en ideell förening, som hade till ändamål att skaffa pengar för anläggning av en konstfrusen isbana i den kommun, där A var verksam.

Ett bolag, som hade fått avslag på en ansökan om byggnadslov — och som f.ö. besvärat sig utan framgång i länsstyrelsen och hos Kungl. Maj:t — anmälde till JO, att A i samband med förhandlingar om ett planerat bygge hade begärt bidrag till isbanan, först med 50.000 kronor och sedan med 200.000 kronor; bolaget hade lovat att betala det första beloppet men hade inte funnit sig kunna acceptera ett så högt belopp som 200.000 kronor.

A invände i ärendet, att han aldrig hade sammankopplat frågan om byggnadslov med frågan om bidrag till isbanan. JO (Bexelius) fann visserligen inte styrkt, att någon uttrycklig sammankoppling av frå-

gorna hade ägt rum. Han beslöt emellertid om åtal mot A och anförde i sin skrivelse till åklagaren bl.a.:

> Enligt byggnadslagstiftningen har kommunerna tillagts ett avgörande inflytande på plan- och byggnadsverksamheten. Det är självfallet av yttersta vikt, att den makt som sålunda anförtrotts de kommunala myndigheterna endast användes för de ändamål lagstiftaren avsett. Vilka hänsyn som får beaktas vid prövning av byggnadslovsfrågor är uttömmande angivet i 56 § byggnadsstadgan. Ett förespeglande att en välvillig behandling i en plan- eller byggnadslovsfråga kan påräknas, om den enskilde lämnar bidrag till en enligt stadens mening behjärtansvärd insamling e.d., måste bedömas som ett klart fall av illojal maktanvänding.
>
> — — —
>
> (A) har härstädes bestritt, att bidrag till isbanan uppställts som villkor för byggnadslov, och utredningen ger ej heller stöd för antagande att någon uttrycklig sammankoppling av frågorna ägt rum. Att (A) vid de tillfällen då bygget diskuterades även tog upp frågan om bidrag till isbanan måste dock ha varit i hög grad ägnat att bibringa sökanden föreställningen att en mot staden välvillig hållning i bidragsfrågan skulle kunna medföra ett gynnsammare läge i förhandlingarna om (bygget). Eftersom en dylik föreställning måste leda till misstro mot den kommunala förvaltningens affärsmetoder har det såsom en tjänsteplikt ålegat (A) att förebygga att hans framställningar om bidrag till isbanan kunde uppfattas på sådant sätt.

A dömdes för tjänstefel till tjugo dagsböter. Domen, som meddelades av Hisings, Sävedals och Kungälvs domsagas häradsrätt, vann laga kraft. I domskälen lades A till last, att han inte förebyggt, att hans begäran om bidrag till isbanan kunde bibringa motparterna uppfattningen att sådana bidrag gynnsamt kunde påverka deras möjligheter i byggnadsfrågan.

I detta sammanhang kan också ett par ärenden återges, som avser frågan om myndigheterna utan rättsligt stöd får behandla välgörande föreningar bättre än andra enskilda.

Enligt 12 § allmänna ordningsstadgan (1956:617) krävs tillstånd av polismyndighet för att anordna offentlig tillställning på allmän plats. En liknande bestämmelse fanns i 13 § andra stycket 1868 års ordningsstadga. Några särskilda kriterier för polismyndighetens prövning har inte angivits i vare sig den äldre eller i den nu gällande ordningsstadgan. I två JO-ärenden har det varit fråga om polismyndigheten får ta hänsyn till i vad mån tillställningen är av ideell eller kommersiell natur. Bedömningen blev inte likartad i de båda fallen.

I ärendet *JO 1928 s 63 och 1929 s 9 (Kommersiell nöjestillställning)* hade en tivoliägare, E, sökt tillstånd för karusell- och tivolinöjen på ett område i Norrköping. Ansökningen avslogs på den grund att styrelsen för "Barnens dag" redan hade tillstånd att anordna sådana nöjestillställningar i Norrköping och hade bett polisen att få ensamrätt med hänsyn till tillställningarnas välgörande ändamål. E hade förgäves besvärat sig hos länsstyrelsen och hos Kungl. Maj:t och vände sig nu till JO.

JO (Geijer) fann det felaktigt, att "(d)e välgörande ändamål, vilkas tillgodoseende åsyftas med 'Barnens dags' firande, hava ansetts kräva större hänsyn än klagandens anspråk på att få i Norrköping under ifrågavarande tid utöva sin näring". "Att detta betraktelsesätt — — — varit otillbörligt, synes mig klart." JO föranstaltade därför om åtal mot polismästaren, och denne dömdes av Göta hovrätt för oförstånd i ämbetet att böta 50 kronor. Enligt domen hade poliskammaren "utan laga skäl" avslagit E:s framställning. Högsta domstolen fann ej skäl göra ändring.

I ärendet *JO 1958 s 373 (Ideell nöjestillställning)* hade en poliskammare gett tillstånd för en samorganisation av ideella föreningar att anordna festligheter på ett torg på villkor, bland annat, att organisationen skulle lämna redovisning för influtna medel. JO (Bexelius) ifrågasatte, om det fanns laga skäl för ett sådant villkor. Poliskammaren förklarade det så, att det för tillståndsfrågan var av betydelse, hur intäkterna fördelades mellan den ideella organisationen och tivoliägaren. Enligt poliskammarens yttrande till JO kunde de kringboende antas finna sig i att bli störda av tillställningen, om ändamålet med den var behjärtansvärt, men inte eljest.

Detta betraktelsesätt synes JO ha accepterat. Han kritiserade visserligen villkoret men inte på den grund att det rörde sig om ovidkommande hänsyn vid tillståndsprövningen:

> Det syntes visserligen icke obefogat att vid tillståndsprövningen viss hänsyn toges till den fördelning av intäkterna mellan de ideella föreningarna och vederbörande tivoliägare, varom överenskommelse träffats. Upplysning härutinnan borde emellertid införskaffas före nämnda prövning och icke såsom ett villkor knytas till redan beviljat tillstånd, vilket sålunda i efterhand skulle kunna återkallas eller begränsas av den anledningen att den överenskomna fördelningsprincipen icke befunnits godtagbar ur poliskammarens synpunkter. Vid meddelande av tillstånd till arrangemang av förevarande slag torde nämligen poliskammaren icke äga uppställa andra villkor eller föreskrifter än sådana, som

kunde anses erforderliga för att upprätthålla allmän ordning och säkerhet vid tillställningen. Det ifrågavarande villkoret vore uppenbarligen icke av sådan karaktär.

Förmåner åt andra enskilda

Ärendet *JO 1964 s 331 (Spanska musiker)* är redan omnämnt för att belysa saklighetskravet i förening med föreningsfriheten (5.5.2). Ärendet har också aspekter, som berör detta sammanhang. Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) hade tillstyrkt uppehållstillstånd och arbetstillstånd för fyra spanska musiker under en månad men avstyrkte för tiden därefter, intill dess de hade "klarat av sin skuld" till Svenska Musikerförbundet. Utlänningskommissionen, som enligt gällande lagstiftning beslöt om sådana tillstånd, beviljade spanjorernas ansökningar bara för den månad AMS hade tillstyrkt. Sedermera sökte och fick spanjorerna tillstånd också för tiden därefter, detta sedan AMS tillstyrkt med motiveringen, att de nu helt hade reglerat sin skuld till förbundet.

JO (Bexelius) uttalade på denna punkt bl.a.:

> Enligt allmänna rättsgrundsatser äger myndighet icke grunda beslut på omständighet, som är irrelevant för syftet med den lagstiftning, om vars tillämpning är fråga.
>
> Såsom framhållits under förarbetena till den nu gällande utlänningslagen har arbetstillståndsprövningen till syfte att bereda skydd för den svenska arbetskraften mot konkurrerande utländska arbetssökande. Det är följaktligen icke förenligt med lagens syfte att utnyttja arbetstillståndsprövningen såsom ett medel att framtvinga fullgörandet av civilrättsliga förpliktelser, som kunna åvila sökande av arbetstillstånd.
>
> — — —
>
> Mot bakgrunden av vad nu sagts saknas enligt min mening laga grund att använda tillståndsprövningen för att säkerställa uppfyllandet av de ekonomiska förpliktelser, som äro förbundna med medlemskap i fackförening. Det må för övrigt erinras om att sådan förening icke saknar möjlighet att genom hänvändelse till domstol indriva föreningen tillkommande fordran. Ur rättssäkerhetssynpunkt framstår det också, principiellt sett, som betänkligt att förvaltningsmyndighet — utan att äga domstols möjlighet att kontrollera att fog finnes för uppgivet fordringsanspråk — utövar påtryckning på den, mot vilken anspråket riktas.

För byggnadsarbete, som förutsätter byggnadslov, måste det i vissa fall finnas en ansvarig arbetsledare. Det framgår av 61 § 1 mom. byggnadsstadgan (1959:612). Den ansvarige arbetsledaren måste vara

godkänd av statens planverk eller av byggnadsnämnden; han måste ha "erforderlig kunskap, erfarenhet, pålitlighet och ordentlighet" (61 § 2 mom. byggnadsstadgan). Gör arbetsledaren sig skyldig till "allvarlig försummelse", kan byggnadsnämnden ta ifrån honom ledningen av arbetet och under vissa förutsättningar förklara honom för viss tid förlustig rätten att vara ansvarig arbetsledare inom kommunen (61 § 5 mom. byggnadsstadgan).[3]

I ärendet *JO 1972 s 434 (Ansvarig arbetsledare)* byggde en byggmästare, K, villor, som han sålde till olika kunder. Han var själv ansvarig arbetsledare. Det kom till byggnadsnämndens kännedom, att flera köpare var missnöjda med K, därför att han hade svårigheter att få sina villor färdiga i utlovad tid. Byggnadsnämnden meddelade ett föreläggande för K att före viss tid färdigställa några villor. När föreläggandet inte blev åtlytt, fick K ett nytt föreläggande, nu vid äventyr, att hans behörighet som ansvarig arbetsledare annars skulle gå förlorad för viss tid. När inte heller detta föreläggande blev åtlytt, förklarade byggnadsnämnden K förlustig rätten att vara ansvarig arbetsledare för en tid av ett år.

JO (Bexelius) fann, att det fanns fog för anmärkningar mot K såsom ansvarig arbetsledare, även om det inte klart framgick, vilka brister byggnadsnämnden hade lagt K till last som allvarliga försummelser. Oklarheten berodde enligt JO på att K inte hade fått tillfälle att försvara sig. Byggnadsnämnden hade sålunda försummat att bereda K tillfälle att yttra sig över beslutsmaterialet och därmed åsidosatt vedertagna förvaltningsrättsliga grundsatser. Det var enligt JO vidare felaktigt att meddela föreläggande vid äventyr, att K:s behörighet som ansvarig arbetsledare skulle gå förlorad för viss tid. JO fann därför skäl till "allvarliga erinringar" mot byggnadsnämnden.

Det i detta sammanhang mest intressanta i ärendet är den åtskillnad, som JO gjorde mellan, å ena sidan, K:s skyldigheter som ansvarig arbetsledare och, å andra sidan, hans skyldigheter som byggmästare gentemot sina kunder:

> Byggnadslagstiftningen ger inte något legalt stöd för att meddela föreläggande vid dylikt äventyr, i all synnerhet som föreläggandet inte synes ha grundats på någon försummelse av K. såsom

[3] Motsvarande bestämmelse finns i PBL-utredningens förslag till ny plan- och bygglag i 14 kap. 8 § 3 st första meningen och lyder: "Om byggnadsnämnden finner att en ansvarig arbetsledare allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt denna lag eller föreskrifter som har meddelats med stöd av lagen, kan nämnden avstänga arbetsledaren från arbetet eller under en viss tid." SOU 1979:65 s 57.

ansvarig arbetsledare utan på underlåtenhet att fullgöra åtaganden i hans byggmästarverksamhet. Det ligger i sakens natur att en byggnadsnämnd inte äger framtvinga fullgörandet av ekonomiska åtaganden genom hot som inte har stöd av lag.

8.2.2. Diskussion

Den bedömning som gjordes i fallen stämmer väl med antagandena i 8.1 om myndighetsutövning som påtryckningsmedel.

Påtryckningsmomentet

Av "Den döende svenskamerikanen" framgår, att JO skulle ha funnit socialnämndens ordförande skyldig till tjänstefel, om det hade visats, att han försökt påverka den gamle mannen att testamentera tillgångar till kommunen. Att denne stod i beroendeförhållande till socialnämndens ordförande eller åtminstone med all sannolikhet kände det så behöver inte utvecklas. Beträffande "Exploateringsavgift i Östhammar" har visserligen inte en drätselkammare någon befogenhet att utöva myndighet. Men en markexploatör är beroende av myndighetsutövning av andra organ, som är utrustade med maktbefogenhet. Och det kan knappast betvivlas, att den exploatör som vägrade att betala bidraget inte kunde räkna med en välvillig behandling av dessa organ, en synpunkt som f.ö. särskilt påpekades av stadsombudsmannen. I vissa av fallen framgick påtryckningsmomentet direkt av beslutet: "Efterge krav på intrångsersättning", "Betala förra ägarens skuld", "Ersätt skada för markens användning", "Spanska Musiker" och "Ansvarig arbetsledare". I "Doktorns sopor" låg väl brevskrivarens förfarande nära ett utpressningsfall, om inte rentav gränsen överskreds (9 kap. 4 § brottsbalken; jfr 4 kap. 4 §). Tjänstemannen utnyttjade här inte någon offentlig maktposition. Han hade överhuvudtaget inte någon sådan ställning, och brevet kunde ur den synpunkten lika gärna ha varit skrivet av en enskild medborgare med intresse för naturvård.

I två fall motiverade JO sin bedömning med syftet med den tillämpade lagstiftningen: "Pengar till isbanan" och "Spanska musiker". Men antag beträffande "Pengar till isbanan" att det i stället hade varit fråga om tillståndsprövning enligt någon författningsbestämmelse som inte uttömmande behandlar, vilka ändamål som får beaktas vid tillämpningen, t.ex. 4 § byggnadslagen som anger, att vid planläggning "såväl allmänna som enskilda intressen tillbörligen

(skall) beaktas". Säkerligen hade JO funnit ett sådant förfarande som det var fråga om i "Pengar till isbanan" lika otillbörligt, om det i stället hade haft samband med ett planärende. Det framgår också av domen mot A för tjänstefel, att domstolen fäste sig vid att myndighetsutövningen kom att användas som ett påtryckningsmedel för de formellt frivilliga bidragen. I "Spanska musiker" anförde JO flera skäl än syftet med lagstiftningen för sin bedömning: att fackföreningen kunde gå till domstol med sin fordran, och att det ur rättssäkerhetssynpunkt var betänkligt, om en förvaltningsmyndighet, som inte har möjlighet att kontrollera i vad mån det finns fog för ett uppgivet fordringsanspråk, utövar påtryckning på den, mot vilken anspråket riktas. Han fäste sig alltså vid påtryckningsmomentet, även om hans bedömning också kunde motiveras med syftet med lagstiftningen och med den organisatoriska specialitetsprincipen.

Syftets betydelse

I "Ansvarig arbetsledare" gjorde JO en distinktion mellan, å ena sidan, K:s skyldigheter som ansvarig arbetsledare och, å andra sidan, hans åligganden gentemot kunderna i byggmästarverksamheten. En sådan distinktion går väl att upprätthålla när det, som här, är fråga om en arbetsledare som redan är godkänd. Han kan då inte förklaras förlustig rätten att vara ansvarig arbetsledare annat än i fall av "allvarlig försummelse", som sålunda måste hänföra sig till hans skyldigheter som arbetsledare. Men antag att det i stället hade varit fråga om att godkänna K som ansvarig arbetsledare. Då gäller kriteriet att han har "erforderlig — — — pålitlighet och ordentlighet". Om den som vill godkännas som ansvarig arbetsledare inte håller vad han lovat sina kunder, kan detta vara ett tecken på att han är allmänt slarvig och kan befaras inte heller hålla så noga på de skyldigheter som följer av hans egenskap av ansvarig arbetsledare. I så fall kan väl hans försummelser som byggmästare ses som ett uttryck för att han saknar erforderlig pålitlighet och ordentlighet. Vägrar en byggnadsnämnd att godkänna någon med denna motivering, behöver det alltså inte vara fråga om en påtryckning. Det visar, att syftet kan ha självständig betydelse för saklighetskravet.

Att syftet kan ha självständig betydelse visar också högsta domstolens dom i "Sydsvenska Ägg". Såväl hovrätten som högsta domstolen fann det felaktigt av jordbruksnämnden att hålla Sydsvenska Ägg ekonomiskt ansvarig för exportavgifter, som åvilade bolaget U. Att åtalet för tjänstefel ogillades av domstolarna motiverades med att det

avgörande motivet för villkoret ansågs vara, inte att få säkerhet av Sydsvenska Ägg för U:s avgifter utan att hålla regleringen vid makt. Det väsentliga syftet tillmättes alltså avgörande betydelse, och detta ansågs av domstolarna — till skillnad från JO:s bedömning — inte vara intresset att indriva U:s avgifter utan att hålla regleringen vid makt. Klart är att intresset att indriva fordringen mot U betraktades som ovidkommande. Detta följer ju också av den organisatoriska specialitetsprincipen. Högsta domstolens motivering tyder på att de för jordbruksnämndens beslut ansvariga skulle ha dömts för tjänstefel, om det ansetts visat, att det avgörande motivet var att driva in fordringen mot U.

Det bör också särskilt märkas, att domstolarnas diskussion om huvudsyftet hade sin plats först vid behandlingen av frågan, om villkoret borde medföra ansvar för tjänstefel. Detta tyder på att redan ett otillåtet bisyfte kan göra en myndighetsåtgärd felaktig. På den punkten hade det emellertid kanske betydelse, att jordbruksnämndens villkor inte var adekvat i förhållande till det legitima huvudsyftet (att hålla regleringen vid makt) utan bara i förhållande till det otillåtna bisyftet (att genom påtryckningar mot Sydsvenska Ägg driva in fordringen mot U).

För det legitima huvudsyftet hade det, som JO påpekade, varit adekvat att kräva ändring i bolagets ledning eller att kräva säkerhet för Sydsvenska Äggs avgifter i framtiden.

Däremot är ett påtryckningssyfte inte något nödvändigt rekvisit för att ett förfarande skall vara otillbörligt enligt den princip som det nu är fråga om. Det framgår bl.a. av domen i "Pengar till isbanan". A dömdes *inte* för att han hade försökt förmå bolaget att i utbyte mot en för bolaget förmånlig myndighetsåtgärd ge pengar till isbanan. Detta ansågs tydligen inte styrkt. Vad A dömdes för var att han inte hade förebyggt, att hans begäran om bidrag till isbanan kunde bibringa motparterna uppfattningen att sådana bidrag gynnsamt kunde påverka deras möjligheter i byggnadsfrågan.

Formellt frivilliga avtal

Regeringsrättens motivering i "Exploateringsavgift i Östhammar" visar, att den princip det nu är fråga om inte kan kringgås genom formellt frivilliga avtal. Det är väl också en given bedömning, om det skall vara någon mening med att upprätthålla principen. På avtal är ju f.ö. avtalslagen direkt tillämplig. Av JO:s och domstolens uttalanden i "Pengar till isbanan" får man dra slutsatsen att A inte skulle

ha ansetts ha förfarit otillbörligt, om han bara hade sagt ifrån till bolagets företrädare, att bolagets ställningstagande till hans vädjan om pengar till isbanan inte skulle komma att påverka ärendet om byggnadslov. Ett sådant betraktelsesätt förefaller inte alldeles realistiskt. Skulle man från bolagets sida ha trott på en dylik försäkran av A? Det är inte troligt, att man skulle ha uppfattat den som någonting annat än en tom fras. En medborgare eller ett företag, som är starkt beroende av ett tillstånd, och som av den myndighetsperson som har hand om tillståndsprövningen får en vädjan om ett "frivilligt" bidrag till något ideellt ändamål, vågar knappast ta risken att vägra, även om vädjan förenas med en försäkran om att bidraget inte kommer att påverka tillståndsprövningen. Den enda realistiska lösningen på detta problem är att personer, som utrustats med maktbefogenheter av detta slag, överlåter åt andra att vädja om bidrag till olika ändamål.

Principens tillämpning inom ramen för kommunal vetorätt

I "Ersätt skada för markens användning" uppkom liksom i "FNL:s affischryttare" (se 5.2.2) principfrågan om rättsliga gränser för kommunernas användning av sin vetorätt enligt 2 § allmänna ordningsstadgan. Skadeståndsrätten är i princip inte tvingande, och det var f.ö. inte heller de stadganden om arrende, som JO hänvisade till i "Högre arrende". Enligt den tankegång JO gav uttryck åt får emellertid den vetorätt kommunerna har i hithörande ärenden inte användas för att tillförsäkra kommunen en förmån som eljest inte skulle tillkomma den.

Emellertid tillade JO, att han inte gick in på frågan om kommunen lagligen kan inlägga veto enbart på den grund, att sökanden inte är villig att ta på sig ett vidsträcktare skadeståndsansvar än den som följer av allmänna regler. Det är ett tillägg som är svårt att förstå. Om en kommun inte får lämna sitt medgivande mot vederlag, bör härav rimligen följa, att kommunen inte heller kan vägra sitt medgivande på den grund, att den enskilde inte vill "betala" för medgivandet.

Byggnadslagstiftningen som påtryckningsmedel

I "Bohman och skärgården" fanns det, såsom JO visade, rättsligt stöd för länsstyrelsen att använda plan- och dispensregleringen som ett påtryckningsmedel för "frivilliga" åtaganden av berörda markägare. Fallet är därför inte problematiskt i denna undersökning, men det är anledning att ifrågasätta, om detta är en god ordning ur rätts-

säkerhetssynpunkt. JO:s påpekanden om att länsstyrelsen i uppenbara fall bör erbjuda ersättning och alltid bör upplysa sökanden om hans rätt till domstolsprövning kan knappast tas på allvar.

I "Exploateringsavtal" hade högsta domstolen inte någon anledning att ta ställning till frågan om avtalet som sådant var ogiltigt. Den invändningen gjorde ju inte exploatörerna. A gjorde i detta hänseende bara gällande, att det solidariska ansvaret hade avpressats honom med tvång, och däri fick han rätt både av hovrätten och av högsta domstolen. Det är mycket intressant, att högsta domstolen uttalade, att "i vart fall" villkoret om solidariskt ansvar stred mot lagstiftningen. Det var ju ett överflödigt uttalande, eftersom exploatörerna inte hade gjort gällande, att avtalet var ogiltigt i något annat hänseende. Uttalandet *kan* tolkas så att högsta domstolen ville uttrycka tvivel på om denna typ av avtal överhuvudtaget är giltig.

Enligt min mening är den det inte. Att kommunerna och kommunförbundet har utvecklat en viss praxis kan omöjligt begränsa tillämpningsområdet för vare sig straffstadgandet om myndighetsmissbruk (jfr de i 8.1 återgivna motivuttalandena om dess innebörd) eller avtalslagens regler om ogiltiga rättshandlingar. Även den organisatoriska specialitetsprincipen har betydelse här. Enligt byggnadslagen är det bara regeringen och länsstyrelserna som kan ålägga exploatörer att utan ersättning överlåta mark till en kommun för gata, väg eller annan allmän plats, och det är endast regeringen som kan ålägga skyldighet att bekosta anläggningen av gator.

Det praktiska behov, som exploateringsavtalen otvivelaktigt fyller, måste därför, menar jag, tillgodoses genom särskilda lagregler.[4]

Att handla enligt maximen "Går det så går det"

"Högre arrende" är speciellt såtillvida, att det gällde ett rent civilrättsligt förhållande mellan den enskilde och det allmänna. Något samband med maktutövning förelåg inte här. JO:s kritik mot drätselkammaren motiverades särskilt med att, om kommunen uppträdde på det sätt som skett i förhållande till sina arrendatorer, skulle detta missgynna dem "som icke förstå att tillvarataga sina intressen". Det är en övertygande motivering för att det inte ens i ett sådant rent civilrättsligt förhållande utan samband med myndighetsutövning bör

[4] Bygglagutredningen förordade på denna punkt "vissa grundläggande regler i en framtida lagstiftning"; SOU 1974:21 s 164. Jfr däremot PBL-utredningen i SOU 1979:66 s 393—395. Båda utredningarna tycks ha förbisett den här anlagda aspekten.

anses tillåtet för det allmännas företrädare att tillämpa maximen "går det så går det". JO:s bedömning ligger väl i linje med grunderna för nuvarande 36 § avtalslagen. För övrigt tror nog de flesta enskilda, att de är skyldiga att rätta sig efter vad något offentligt organ föreskriver.

Gynnande av välgörenhetsföreningar

"Ideell nöjestillställning" och "Kommersiell nöjestillställning" gällde inte påtryckning men har redovisats i detta avsnitt därför att fallen har visst samband med "Pengar till isbanan". Egentligen är rättsfrågan i de båda fallen om polistillstånd en fråga om likhet inför lagen. Det är svårt att finna JO:s bedömning i "Ideell nöjestillställning" förenlig med utgången i "Kommersiell nöjestillställning". I det äldre fallet hade JO och domstolarna funnit det felaktigt att vid tillståndsprövningen ta större hänsyn till det välgörande ändamålet än till tivoliägarens anspråk på att få utöva sin näring. I det senare fallet fann JO det däremot tillåtet med sådana hänsyn, låt vara endast i "viss" mån. En skillnad mellan de båda fallen kan visserligen ses däri, att poliskammaren i "Ideell nöjestillställning" gjorde ett slags koppling mellan det ideella ändamålet och begreppet "allmän ordning"; de kringboende antogs tåla att bli störda, om det skedde för ett välgörande ändamål, men inte annars. Kopplingen är dock tunn, för att inte säga konstruerad. Och om man godtar en sådan koppling, blir det omöjligt att upprätthålla ståndpunkten att det i "Kommersiell nöjestillställning" var fråga om ett klart otillbörligt betraktelsesätt. Enligt min mening är fallen därför oförenliga med varandra. Det äldre fallet, "Kommersiell nöjestillställning" får då anses ge uttryck för gällande rätt, eftersom JO:s bedömning i det fallet prövades och godtogs av domstolarna. Enligt min mening är denna bedömning också påkallad av principen om likhet inför lagen. Rättsligt stöd måste vara en förutsättning för särskilt gynnande av vissa privata rättssubjekt.

8.3. Att låta någon annan bestämma

8.3.1. Sakl ighetskravets i praxis

I *RÅ 1976 ref. 51 (Religion i förskolan)* hade sociala centralnämnden i Sunne beslutit "att ställa sig positiv till att de religiösa samfunden får disponera en timme per vecka vid glesbygdsförskolorna".

Främmande intressen

Någon anförde besvär och menade, att beslutet stred mot lagen om förskoleverksamhet. Länsstyrelsen undanröjde beslutet på den grund att det innebar, att religiösa frågor skulle behandlas i berörda förskolor "på ett sätt som inte kan anses överensstämma med den strävan till objektivitet och allsidighet som får anses ingå i syftet med lagen om förskoleverksamhet". En annan person överklagade länsstyrelsens beslut och gjorde gällande, att nämndens beslut var i överensstämmelse med det allmänna syfte som uppbar lagen om förskoleverksamhet. Regeringsrätten lämnade besvären utan bifall men på en helt annan grund än länsstyrelsen anfört för sitt beslut:

> Enligt lagen om förskoleverksamhet ankommer skyldigheten att bedriva förskoleverksamhet på kommun eller huvudman för anstalt som avses i 8 § lagen. Härav följer att kommun inte kan på annan överlåta sådan verksamhet. Klandrade beslutet innebär att de religiösa samfunden inom kommunen skall få disponera en timme per vecka vid kommunens deltidsförskolor och innefattar således en överlåtelse av viss del av förskoleverksamheten på samfunden. Vid detta förhållande har nämnden genom klandrade beslutet överskridit sin befogenhet.

Ärendet *JO 1960 s 397 (Motorcykeltävlingen)* gällde avstängning av en väg för en motorcykeltävling. Magistraten hade på ansökan av arrangören beslutit att avstänga en förbindelseväg under förutsättning att medgivande därtill först inhämtades från utmed vägen boende fastighetsägare.

Magistratens kompetens att avstänga en väg grundade sig på dess befogenhet att meddela lokala trafikföreskrifter.

Beslutet upptäcktes vid en JO-inspektion. Vid ärendets avgörande anförde JO (Bexelius) bland annat:

> Magistraten har — — — gjort tillståndet om avstängning av viss förbindelseväg beroende av att sökanden först inhämtade medgivande till avstängningen från de utmed vägen boende fastighetsägarna. Om en enda fastighetsägare — måhända utan skäl — vägrade att medgiva avstängningen, kunde tillståndet omintetgöras och kanske hela tävlingen omöjliggöras. Helt visst borde fastighetsägarnas synpunkter beaktas, i den mån de voro sakligt befogade. Vid prövning av fråga om tillfällig avstängning av väg skulle självfallet alla på saken inverkande omständigheter beaktas och alltså även fastighetsägarnas synpunkter. Det ankom följaktligen på magistraten att före förordnandets meddelande inhämta upplysningar om de olägenheter, som en avstängning kunde medföra för fastighetsägarna. Genom sin underlåtenhet att göra detta har magistraten enligt min mening förfarit oriktigt.

JO 1964 s 546 (Farliga alkoholister) gällde 21 § 1 mom. nykterhetsvårdslagen (1954:579). Enligt det stadgandet skulle, om sannolika skäl förelåg att någon var hemfallen åt alkoholmissbruk, polismyndighet ofördröjligen på lämpligt sätt omhänderta honom, ifall sannolika skäl förelåg att han var farlig för annans personliga säkerhet eller eget liv och för att faran var så överhängande, att länsstyrelsens beslut om tvångsintagning inte utan våda kunde avvaktas.

Vid inspektioner iakttog JO (Bexelius) att polisen ibland omhändertog personer efter begäran av nykterhetsnämnden utan att man från polisens sida tog självständig ställning till om förhållandena var sådana att omhändertagande fick ske. JO framhöll bl.a. att det ankom på polismyndigheten att besluta i dessa ärenden och att det med hänsyn till åtgärdens ingripande beskaffenhet var angeläget att strängt fasthålla vid gällande kompetensregler.

I ärendet *JO 1966 s 440 (Lotterier för skolresor)* fann JO (Bexelius), att en viss länsstyrelse brukade ge tillstånd till lotterier till förmån för skolresor, om vederbörande polismyndighet tillstyrkte. JO anförde:

> Länsstyrelsen synes sålunda icke ha ingått på någon egen prövning i fråga om lotteriets ändamål utan helt ha förlitat sig på polismyndigheternas bedömning. — — — (Det är) av vikt — för att inom författningens ram åstadkomma en såvitt möjligt enhetlig praxis — att tillståndsmyndigheten själv verkställer den prövning varom här är fråga. Jag utgår från att länsstyrelsen härutinnan kommer att ändra sin praxis.

Enligt 2 § allmänna ordningsstadgan (1956:617) får inom stadsplanelagt område allmän plats inte utan tillstånd av polismyndigheten användas för upplag eller avstjälpning eller tas i anspråk för försäljningsstånd, ställningar och dylikt. Kommunen har vetorätt i sådana tillståndsärenden (jfr "Ersätt skada för markens användning" i 8.2.1 och 8.2.2). När det gäller demonstrationer och andra allmänna sammankomster på allmän plats, krävs också tillstånd av polismyndighet, detta enligt 3 § lagen (1956:618) om allmänna sammankomster (jfr 5.3.1). I det fallet har kommunen inte någon vetorätt.

En fråga, som aktualiseras av 2 § allmänna ordningsstadgan, är om kommunen kan använda sin vetorätt för att tillförsäkra sig särskilda förmåner. Den frågan behandlades i 8.2. En annan fråga sammanhänger med att det kan finnas en markägare, som har intresse av hur marken används, ty allmän plats kan vara i enskild ägo. I vad mån får polismyndigheten ta hänsyn till ett sådant intresse, när den prövar ansökan om tillstånd enligt 2 § allmänna ordningsstadgan

eller enligt 3 § lagen om allmänna sammankomster? Denna fråga har behandlats i en serie JO-ärenden.

JO 1970 s 43 (SSU hos Skånska Dragonerna) gällde ett opinionsmöte på ett kasernområde. Klagomålen till JO föranleddes av att en officer hade stoppat mötet, trots att polismyndigheten hade gett sitt tillstånd. JO (ställföreträdande JO Petrén) konstaterade, att området för mötet tillhörde staten och disponerades som regementets kasern- och övningsområde. Det användes emellertid också för allmän samfärdsel och utgjorde därför allmän plats i den betydele, som gäller enligt lagen om allmänna sammankomster. Enligt JO krävdes polismyndighetens tillstånd till opinionsmötet enligt denna lag, men polismyndigheten hade enligt JO bort beakta, att det är regementschefen, som på ett kasernområde har det primära ansvaret för ordningen. Med hänsyn till detta ansågs polismyndigheten inte ha bort avgöra tillståndsärendet utan att ha samrått med regementschefen. JO yttrade vidare:

> Uppenbart är att rätten att hålla allmän sammankomst å enskild mark, som tillika är allmän plats, måste tåla de inskränkningar som kan följa av äganderätten eller eljest på grund av speciella förhållanden kan ifrågakomma. Motsvarande får anses gälla då fråga är om statens mark som disponerats för speciellt syfte. Att ägare till fastighet har medgivit att viss del av fastigheten får begagnas för t.ex. allmän samfärdsel innebär ej att han har att finna sig i att området tillika brukas för annat ändamål, t.ex. för demonstrationer.
>
> För den tillståndssökande måste det vara väsentligt att han kan förlita sig på ett erhållet tillstånd. Från denna utgångspunkt synes mig önskvärt att polismyndigheten i fall, då för sammankomstens avhållande erfordras icke allenast polismyndighetens tillstånd enligt (lagen om allmänna sammankomster) utan även exempelvis markägarens medgivande, i beslut att meddela tillstånd intager en erinran om den begränsning med hänsyn till markägaren varmed beslutet är behäftat. Eljest kan sökanden få en vilseledande bild av rättsläget. I det fall dispositionen till markområdet tillkommer annan statlig myndighet kunde man tänka sig att gå ett steg längre och kräva att samråd äger rum mellan berörda myndigheter och att sökanden i ett sammanhang får besked såväl i tillståndsfrågan enligt (lagen om allmänna sammankomster) som beträffande frågan om platsens upplåtande för sammankomsten.

JO:s rekommendation om samråd med annan statlig myndighet, om en sådan är markägare, föranledde, såsom framgår av följande två

ärenden, undran om i så fall inte markägares medgivande alltid borde inhämtas, innan polismyndigheten gav sitt tillstånd. I *JO 1971 s 67 (Undrande polismästare)* ville en polismästare ha det nyss återgivna JO-uttalandet förtydligat. Han undrade, om det innebar, att markägarens tillstånd borde inhämtas, innan polismyndigheten utfärdade tillstånd till penninginsamling på allmän plats, som också är enskild mark. Frågan gällde främst två ting. För det första: skall markägarens *tillstånd* inhämtas, innan polismyndigheten ger sitt tillstånd? Och för det andra: finns det någon anledning att göra skillnad mellan tillstånd enligt lagen om allmänna sammankomster och tillstånd enligt allmänna ordningsstadgan?

I sitt svar på frågorna gjorde JO (ställföreträdande JO Petrén) skillnad mellan det fall, att markägaren är det offentliga, och det fall, att marken är i enskild ägo. Om markägaren är stat eller kommun och marken primärt disponeras för annat ändamål än för samfärdsel, förordade JO, att polismyndigheten först skaffade besked från den myndighet, som disponerade marken, om dennas ställningstagande till ansökningen. Är det en enskild som äger marken och marken nyttjas för allmän samfärdsel, var det däremot enligt JO inte polismyndighetens sak att efterhöra markägarens synpunkter. — Den andra frågan besvarade JO på ett sätt, som torde få uppfattas så, att tillstånd enligt 2 § ordningsstadgan fick bedömas på samma sätt som tillstånd enligt lagen om allmänna sammankomster.

I ärendet *JO 1974 s 100 (Undrande länspolischef)* var det en länspolischef som ville ha ett förtydligande. Han anförde, att han för sin del ansåg det bäst att inte göra någon skillnad beroende på om markägaren är det offentliga eller en enskild. Han menade, att tillstånd i båda fallen borde ges, endast om medgivande från markägaren förelåg.

JO (Thyresson) tog emellertid klart avstånd från ett sådant förfarande:

> (T)illståndsprövningen enligt 2 § (allmänna ordningsstadgan är) betingad av hänsyn till den allmänna ordningen. Det är sålunda här fråga om en från offentligrättsliga synpunkter, främst ordningssynpunkter, företagen reglering. Givetvis äger polismyndigheten icke rätt att till grund för sitt beslut lägga andra synpunkter än dem ifrågavarande lagstiftning avsett att reglera. Därest de offentligrättsliga synpunkterna icke lägger hinder i vägen, kan således polismyndigheten inte vägra att meddela tillstånd under förebärande att markägaren inte lämnat samtycke till aktiviteten i fråga. Att så måste vara fallet framstår så mycket klarare om

> man betänker — — — markägarens begränsade befogenheter att hindra olika aktiviteter på sin mark. Huruvida ett visst intrång är obehörigt eller medför ett sådant förfång för markägaren att han bör äga rätt att hindra detsamma måste avgöras från fall till fall. Uppenbart är att en prövning av det rättmätiga i en markägares vägran i detta hänseende inte ligger under polismyndighetens kompetens.

JO fann det därför felaktigt att ge tillstånd, endast när markägaren lämnat sitt medgivande eller att som villkor för tillstånd ställa krav på markägarens medgivande. Däremot kunde det enligt hans mening vara lämpligt att — såsom också ställföreträdande JO Petrén hade förordat — i tillståndet erinra om det ytterligare medgivande som kan behövas från markägarens sida eller från den myndighet som disponerar marken. Ställföreträdande JO Petréns uttalande fick inte, framhöll JO Thyresson, tolkas så, att en sådan myndighets vägran att för sin del lämna medgivande skulle kunna utgöra skäl att inte meddela tillstånd enligt 2 § allmänna ordningsstadgan. Vad man i sådana fall kunde uppnå genom ett samråd med den myndighet, som disponerade marken, vore bara, tillade JO Thyresson, att polismyndigheten i tillståndsbeslutet kunde, inte bara erinra om ett eventuellt krav på ytterligare tillstånd, utan även upplysa om att sådant tillstånd ej var att förvänta.

8.3.2. Diskussion

Allmänt

Bedömningen i "Religion i förskolan", "Motorcykeltävlingen" och "Farliga alkoholister" överensstämmer väl med vad som sagts i 8.1 om att en myndighet inte utan rättsligt stöd kan få låta någon annan — vare sig ett annat offentligt organ eller någon enskild — bestämma utgången i ett ärende. Som nämnts följer detta dels av att delegation av myndighetsutövning förutsätter rättsligt stöd, dels av myndigheternas ansvar för en riktig myndighetsutövning utan ovidkommande hänsyn. Distinktionen mellan att låta någon annan bestämma, å ena sidan, och att inhämta relevanta synpunkter, å andra sidan, framträder särskilt klart i JO:s uttalande i "Motorcykeltävlingen".

Markägarintresset i vissa tillståndsärenden

Vad så beträffar "SSU hos Skånska Dragonerna", "Undrande polismästare" och "Undrande länspolischef" får det till en början anses

klart, att tillståndsprövningen enligt 2 § allmänna ordningsstadgan är begränsad till hänsyn till den allmänna ordningen i strikt bemärkelse. När JO i "SSU hos Skånska Dragonerna" kritiserade polismyndigheten för att den avgjort ärendet utan samråd med regementschefen, torde anledningen ha varit att regementschefen såsom ansvarig för ordningen på regementsområdet kunde väntas ha synpunkter av betydelse för polismyndighetens prövning. Men när JO i "Undrande polismästare" förklarade, att motsvarande samråd borde ske i vissa fall, när stat eller kommun eljest disponerade marken, men däremot inte, när marken disponerades av en enskild, är det inte underligt att detta föranledde vidare frågor från "Undrande länspolischef". Ty varför skall polisen i detta sammanhang göra åtskillnad, beroende på om markägaren eller den som disponerar marken är stat eller kommun, å ena sidan, eller en enskild, å andra sidan? Någon riktig klarhet på denna punkt ger inte heller svaret till "Undrande länspolischef".

Enligt min mening kan det inte vara riktigt att se markägarens *status* som det relevanta. Det måste i stället vara *markens användning.* Används den som regementsområde, finns det alla skäl att räkna med att regementschefen kan ha synpunkter av betydelse på ordningsfrågan (som ju är avgörande för om tillstånd skall ges eller inte). Används den som skola eller sjukhus, har polisen på motsvarande sätt skäl räkna med att den som är ansvarig för ordningen i skolan eller på sjukhuset kan ha relevanta synpunkter att komma med, och detta oavsett om skolan eller sjukhuset drivs i offentlig eller privat regi.

Rättsläget för dessa typer av tillståndsärenden kan därför enligt min mening beskrivas så här. I ärenden om tillstånd enligt 2 § allmänna ordningsstadgan har kommunen alltid vetorätt, däremot inte när det gäller tillstånd enligt 3 § lagen om allmänna sammankomster. (Att denna vetorätt inte får användas fritt utan endast med respekt för allmänna rättsgrundsatser framgår av "FNL:s affischryttare" och "Ersätt skada för markens användning"; 5.2.2 och 8.2.1) Polismyndigheten får i övrigt endast beakta sådant, som hänför sig till allmän ordning i strikt bemärkelse, inklusive trafikhänsyn. Detta utesluter inte, att polisen hör markägaren, men endast i fall, när denne kan väntas ha synpunkter, som gäller den allmänna ordningen. Om markägaren är stat, kommun eller enskild spelar däremot i och för sig inte någon roll. Det är markens normala användning — t.ex. för militärutbildning, skol- eller sjukvårdsändamål — som gör, att markägaren eller viss myndighet någon gång kan väntas ha synpunkter, som är

relevanta för polisens ordningsbedömning. Polismyndigheten måste på eget ansvar besluta, om ordningshänsyn är hinder för tillstånd. Och polismyndigheten måste beakta 10 § förvaltningslagen (1971:290), som säger, att innan myndighet inhämtar yttrande genom remiss, skall myndigheten noga pröva behovet av åtgärden. Det är alltid lämpligt, om polismyndigheten i sitt beslut erinrar om det ytterligare medgivande, som kan erfordras från markägarens sida, detta dock endast som en serviceåtgärd för att sökanden inte skall få en vilseledande bild av rättsläget. Erinringen får inte avfattas så, att den ger intryck av att vara ett villkor för polismyndighetens tillstånd.

Medbestämmandelagen

Det numera mest betydelsefulla fallet, då en myndighet tillför ett förvaltningsärende synpunkter från ett enskilt subjekt, gäller tillämpning av lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Bl.a. stadgas i 11 § där, att en arbetsgivare — och dit räknas även offentliga arbetsgivare — måste förhandla med vederbörande arbetstagarorganisation, innan han beslutar om viktigare förändring av arbets- eller anställningsförhållanden.

Visserligen var det inte meningen från början, att denna förhandlingsrätt skulle få betydelse för myndighetsutövning. Av 2 § i lagen framgår, att arbetsgivares verksamhet, som har "politiskt" ändamål är undantagen från lagens tillämpningsområde "såvitt avser verksamhetens mål och inriktning". Till det politiska beslutsområdet, som sålunda är undantaget från förhandlingsrätt, hör enligt propositionen "den utåtriktade delen av myndigheternas verksamhet", och därmed åsyftas "främst myndighetsutövningens innehåll men också innehållet i annan verksamhet som riktar sig till offentliga myndigheter och till allmänheten, dvs. till medborgarna, företag osv.".[1]

Emellertid har tillämpningen av medbestämmandelagen ju utvecklats så att förhandlingar i praxis sker även i ärenden om myndighetsutövning, t.ex. tjänstetillsättningsärenden.

I sådana fall har arbetstagarorganisationen inte någon vetorätt. "Förhandlingsrätten" måste i dessa fall förstås som en rätt att yttra sig och framlägga synpunkter och som en skyldighet för den offentlige arbetsgivaren att ta del av dessa yttranden och synpunkter. Arbetstagarorganisationen är därvid inte skyldig att begränsa sig till sådana synpunkter som är relevanta för myndighetsutövningen. Men eftersom en myndighet inte utan rättsligt stöd får delegera myndig-

[1] Prop. 1975/76:105 Bilaga 2 s 151.

hetsutövning till en arbetstagarorganisation — lika litet som till något annat offentligt eller enskilt organ — ansvarar myndigheten tydligen för att inga ovidkommande hänsyn kommer att påverka dess beslut.

Av det sagda följer, att en myndighet inte annat än där vetorätt stadgats för någon kan grunda en för en part negativt beslut på önskemål från någon som inte är part, ty ett sådant önskemål kan vara förestavat av ovidkommande intressen; myndigheten måste för att påverkas av ett sådant önskemål först säkerställa, att det är grundat på i ärendet relevanta synpunkter.

Ovidkommande intressen

Detta avsnitt har visserligen inte gett någon ledning för att skilja mellan relevanta och ovidkommande synpunkter, som kan tillföras ett ärende från någon som inte är part. På den punkten kan man emellertid få viss ledning av de föregående kapitlen. Om t.ex. i ett tjänstetillsättningsärende en arbetstagarorganisation förordar en sökande framför en annan på den grund att han till skillnad från den andre är medlem i organisationen, får myndigheten inte beakta detta, eftersom det skulle stå i strid mot saklighetskravet i förening med föreningsfriheten (se 5.5.3). Likaså skulle det stå i strid mot saklighetskravet, om myndigheten beaktade en arbetstagarorganisations önskemål i ett sådant ärende, om det grundade sig på att man på arbetsplatsen i fråga bara känner den ena av två sökande och förordar honom med hänsyn t.ex. till att han visat god samarbetsförmåga. Ty det skulle vara en irrationell grund för tillsättningsbeslutet; det kan ju hända, att den andra sökanden har lika god eller ännu bättre samarbetsförmåga. (Om godtyckesbegreppets samband med vad som är irrationellt, se 6.1). Och om i ett ärende om utskänkningstillstånd en arbetstagarorganisation avstyrker på den grund att sökanden som arbetsgivare inte tillfredsställer organisationens krav i fråga om arbetsmiljö, följer det av den organisatoriska specialitetsprincipen, att hänsyn därtill är ovidkommande i utskänkningstillståndsärendet; enligt arbetsmiljölagen (1977:1160) finns särskilda myndigheter med särskilda befogenheter för tillsyn över lagens efterlevnad.

I detta sammanhang kan också hänvisas till att Bramstång med praxis på socialförvaltningsrättens område har påvisat, att en maktbefogenhet som är föranledd av omsorg om en viss kategori människor — t.ex. barn eller alkoholister — inte får användas för något annat intresse.[2]

[2] Se fotnot 5 i kap. 2.

Kap 9 Bestraffning utanför straffrätten

9.1. Inledning

Regeringsformen stadgar i 2 kap. 10 § första stycket:

Straff eller annan brottspåföljd får icke åläggas för gärning som icke var belagd med brottspåföljd, när den förövades. Ej heller får svårare brottspåföljd åläggas för gärningen än den som var föreskriven då. Vad nu sagts om brottspåföljd gäller även förverkande och annan särskild rättsverkan av brott.

Likaså fastslår Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna: "Ingen må fällas till ansvar för någon gärning eller underlåtenhet, som vid tidpunkten för dess begående icke utgjorde ett brott enligt inhemsk eller internationell rätt. Ej heller må högre straff utmätas än som var tillämpligt vid tidpunkten för den brottsliga gärningens begående." (Artikel 7 första punkten.)

Dessa regler är ett uttryck för den straffrättsliga legalitetsprincipen: inget straff utan lag (som gäller vid tiden för gärningen).[1]

Både i svensk lag och i Europakonventionen finns dessutom en rad regler som är avsedda att säkra, att ingen blir dömd till straff för en gärning som han är oskyldig till. Artikel 6 i konventionen innehåller i ett koncentrat de allra viktigaste av dessa regler och må därför här återges:

> 1. Envar skall, när det gäller att pröva hans civila rättigheter och skyldigheter eller anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till opartisk och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten må utestängas från rättegången eller en del därav av hänsyn till sedligheten, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då hänsyn till min-

[1] Jfr SOU 1975:75 s 436.

deråriga eller till parternas privatlivs helgd så kräva eller, i den mån domstolen så finner strängt nödvändigt, i fall då på grund av särskilda omständigheter offentlighet skulle lända till skada för rättvisans intresse.

2. Envar, som blivit anklagad för brottslig gärning, skall betraktas som oskyldig intill dess hans skuld lagligen fastställts.

3. Envar, som blivit anklagad för brottslig gärning, skall äga följande minimirättigheter:

a) att ofördröjligen på ett språk, som han förstår, och i detalj bliva underrättad om innebörden av och orsaken till anklagelsen mot honom;

b) att åtnjuta tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar;

c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde, som han själv utsett, eller att, i fall då han saknar erforderliga medel för betalning av rättegångsbiträde, erhålla sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar;

d) att förhöra eller låta förhöra vittnen, som åberopas emot honom, samt att för egen räkning få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen åberopade mot honom;

e) att utan kostnad åtnjuta bistånd av tolk, om han icke förstår eller talar det språk, som begagnas i domstolen.

Det är här fråga om rättigheter, som sedan länge har ansetts självklara i ett rättssamhälle. De inskränker tydligen väsentligt vad lagstiftaren kan göra. Den aspekten faller emellertid utom ramen för denna framställning. Den aspekt, som är relevant i detta sammanhang, är att de rättstillämpande organen inte utan stöd av lag kan bestraffa någon.

Men vad är bestraffning? I regeringsformen och i Europakonventionen tas begreppet straff för givet; det definieras inte. Däremot finns i 1 kap. 1 § brottsbalken en definition av vad som är brott och i 1 kap. 3 § en definition av vad som är påföljd för brott. "Brott är gärning, för vilken i denna balk eller i annan lag eller författning är stadgat straff som nedan sägs." — "Med påföljd för brott förstås i denna balk: de allmänna straffen böter och fängelse, disciplinstraff för krigsmän, samt villkorlig dom, skyddstillsyn, internering och överlämnande till särskild vård."

Det framgår emellertid av förarbetena till regeringsformen, att rättssäkerhetsgarantin i 2 kap. 10 § första stycket har ett vidare tillämpningsområde än enligt definitionerna av brott och påföljd för brott i brottsbalken. Fri- och rättighetsutredningen uttalade, att retroaktivitetsförbudet "naturligtvis — åtminstone genom analogisk

lagtillämpning — träffar även straffliknande administrativa påföljder såsom skattetillägg, restavgift och förseningsavgift enligt olika skatteförfattningar, överlastavgift etc.".[2] I propositionen framhöll chefen för justitiedepartementet, att han anslöt sig till vad utredningen anfört i detta hänseende.[3]

I sammanhanget använde utredningen och departementschefen ordet repressiv såsom synonym till straffliknande. Med "repressiv" menas enligt Svenska Akademins Ordbok något som har "avseende på undertryckande l. hämmande av en skadlig l. brottslig o.d. företeelse l. värksamhet o.d.; företagen i undertryckande l. hämmande syfte".

Jag tror, att det avgörande i detta sammanhang måste vara just det repressiva, straffliknande *syftet* med en åtgärd. Ty det är ju så, att en enskild som drabbas av myndighetsutövning, som är oförmånlig för honom, ofta *uppfattar* åtgärden som ett straff utan att man kan säga att det verkligen är fråga om bestraffning. Den som inte beviljas studielån av det skälet att sökandens make har en hög inkomst kan mycket väl uppfatta detta som en bestraffning för att han "gift sig fel". Men de tillämpade reglerna, som gjorde att studielån inte medgavs, har inte något repressivt syfte, och i den mån de tillämpas i enlighet med sitt icke-repressiva syfte är tillämpningen inte någon bestraffning.

Vad ett bestraffningssyfte i svensk rätt är framgår av 1 kap. 7 § brottsbalken. Det stadgas där, att vid val av påföljd skall rätten, med iakttagande av vad som behövs för att upprätthålla allmän laglydnad, fästa särskilt avsende vid att påföljden skall vara ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället. Upprätthållandet av allmän laglydnad är det *generalpreventiva* syftet med bestraffning. Att främja den dömdes anpassning i samhället innefattar bl.a. det *individualpreventiva* syftet att förmå honom att inte återfalla i brottslighet.

Av det sagda följer, att domstolar och myndigheter inte utan stöd av lag får tillämpa en maktbefogenhet i generalpreventivt eller individualpreventivt syfte.

Det kan synas meningslöst att fästa någon självständig vikt vid en domstols eller en myndighets syfte med en åtgärd. Ett syfte är ju subjektivt och kan aldrig med full säkerhet konstateras. I svensk doktrin har, som framgick av 2.1, Victorin fördenskull avvisat syftet såsom ett relevant kriterium för myndighetsmissbruk. I 4.2 här ovan

[2] SOU 1975:75 s 157.
[3] Prop. 1975/76:209 s 125.

har också sagts, att ett förbud att använda myndighetsutövning för att gynna vänner, sätta åt fiender eller under inflytande av lättja eller räddhåga inte kan kontrolleras.

Men *för det första* leder den teoretiska argumenteringen här ovan logiskt till att man måste skilja mellan fall, där ett straffsyfte är för handen, och sådana där så inte är fallet.

För det andra är det ingalunda onormalt utan tvärtom trivialt, att subjektiva rekvisit förekommer i juridiken. De flesta brott förutsätter uppsåt hos gärningsmannen. Ond eller god tro är av avgörande betydelse inom civilrätten. Ett syfte kan också framgå av objektiva omständigheter. På den punkten är ett straffsyfte inte jämförbart med ett syfte att gynna vänner, att sätta åt fiender, att undvika svårt arbete eller någonting annat som är obehagligt för beslutfattaren. Ty ett straffsyfte kan mycket väl tänkas framgå av ett besluts motivering, medan det däremot är otänkbart, att en domstol eller en myndighet i en doms- eller beslutmotivering skulle hänvisa till sin vänskap eller fiendskap med en part eller till sin lättja eller räddhåga.

För det tredje ger praxis stöd för att en förvaltningsmyndighets syfte med en förvaltningsakt tillmäts självständig rättslig betydelse åtminstone i vissa sammanhang; se t.ex. "Sydsvenska Ägg" i 8.2.

För det fjärde kan de flesta domare och tjänstemän antas vilja göra rätt, och om det står klart, att de enligt en allmän och fundamental rättsgrundsats inte utan stöd av lag får använda sina maktbefogenheter i bestraffande syfte, kan man utgå från att detta i regel kommer att iakttas.

9.2. Saklighetskravet i praxis

JO 1920 s 402 (Bagare utan mjöl) gällde upprätthållandet av ransoneringsreglering. I kungl. förordning (1916:548) angående reglering av brödsädförbrukningen stadgades, att utan medgivande av folkhushållningskommissionen mjöl och bröd inte fick säljas annat än mot godkänd rekvisition eller mot giltig kupong till mjöl- eller brödkort, och att om något bröt mot detta, han skulle straffas med böter eller fängelse. Lokala brödbyråer skötte tilldelningen av mjöl till bageriidkare. De hade enligt sin instruktion att självständigt sköta det löpande arbetet på byrån och i sammanhang därmed besluta om avstängandet från tilldelning och andra eventuella åtgärder mot rekvirenterna.

Stockholms brödbyrå beslöt att avstänga vissa bagare från tilldelning av mjöl under fyra veckor, på den grund, att hos dem påträffats

kuponger, som hänförde sig till kommande ransoneringsvecka, och som därför inte var giltiga än. Beslutet kom genom klagomål från berörda bagare under JO:s prövning. Klagandena gjorde bl.a. gällande, att åtgärden stod i uppenbar strid med grundlagarna för brott och straff. Enligt vad de uppgav hade anställda mot givna order tagit emot de ogiltiga kupongerna.

I ärendet förklarade brödbyrån, att försäljning mot ännu inte giltiga kuponger var ett vanligt förfarande, som skadade ransoneringsplanen, och att det därför var nödvändigt att statuera exempel, så att näringsidkarna till slut lärde sig inse vikten av att gällande föreskrifter efterföljdes. Folkhushållningskommissionens brödavdelning, som sedermera hade fastställt brödbyråns beslut enligt bemyndigande från kommissionen, framhöll för sin del, att avstängningen inte borde betraktas som en straffåtgärd utan i stället som en försiktighetsåtgärd betingad av knappheten i tillgång och vikten att med största möjliga omsorg använda tillgängliga förråd.

JO (Lilienberg) uttalade bland annat:

> Till förhindrande (av brödförsäljning mot ännu inte giltiga kuponger) hade kristidsmyndigheterna uppenbarligen haft befogenhet att ingripa. Därvid måste de anses hava ägt att, då fullgiltiga skäl förelegat, från tilldelning av mjöl avstänga en bageriidkare eller brödförsäljare. En sådan avstängning hade emellertid ingalunda — — — bort hava karaktären av en bestraffningsåtgärd. Varken folkhushållningskommissionen eller de kommissionen underordnade myndigheterna hade ägt någon som helst befogenhet att tilldela en enskild näringsidkare bestraffning. Huru en näringsidkare, som brutit mot författningsenliga bestämmelser, skulle befordras till laga näpst, därom funnes — — — uttryckliga lagbestämmelser.
>
> Ett avstängningsbeslut måste däremot fattas sålunda, att på grund av inom en viss försäljningslokal förekomna överträdelser av gällande föreskrifter — vare sig av dess innehavare eller dennes biträden — regleringsmyndigheterna icke funnit sig kunna med trygghet använda lokalens innehavare såsom medhjälpare i arbetet med ett noggrant genomförande av ransoneringsplanen.

JO framhöll vidare, att regleringsmyndigheterna "icke ägt befogenhet att begagna den maktfullkomlighet, varmed de på grund av de abnorma förhållandena blivit utrustade, i vidare mån än nöden oundgängligen krävt". Avstängningsåtgärder borde överhuvudtaget ifrågakomma bara, då tungt vägande skäl fanns för det. Enligt JO borde laga beivran många gånger vara tillfyllest för att inte räkna med vi-

dare överträdelser av en bagare, som ertappats med att utlämna bröd mot icke giltiga kuponger. "Likaväl som det legat i det allmännas intresse, att icke spannmålsförråden i förtid tömdes, likaväl måste det hava varit för samhället angeläget, att icke en eller flera näringsidkare jämte de hos dem anställda biträden och arbetare sattes ur stånd att förtjäna sitt uppehälle."

JO fann det, med denna argumentering, felaktigt, att klagandena hade avstängts från mjöltilldelning, men fann sig kunna låta det bero vid att folkhushållningskommissionen fick del av hans uppfattning, detta med hänsyn till att besluten, "ehuru enligt min mening icke tillräckligt väl grundade, dikterats allenast av omsorg om det allmänna under det rådande nödläget".

En punkt i JO:s yttrande är av speciellt intresse. Han fäste sig särskilt vid att avstängningsbeslutet avsåg *en viss tid.* Detta syntes JO "innebära något principiellt oriktigt". Han fortsatte:

> Åtgärden finge därigenom lätt karaktären av ett försök att rätta den brottsliga viljan, men detta vore något, som enbart borde vara förbehållet straffrätten, och med denna hade, såsom jag redan betonat, folkhushållningskommissionen och dess underlydande icke haft att taga någon befattning. Ur den synpunkten emellertid, att det för en näringsidkare borde vara förenat med mindre svårigheter att avstängas från tilldelning under en begränsad tid än allt framgent under kristiden, kunde ett beslut om avstängning under en bestämd tidrymd anses hava varit av omständigheterna försvarat.

JO 1948 s 36 och 1949 s 8 (Hundägare vid skampålen) gällde en annons, som en kommunalborgmästare hade låtit införa i en tidning. I annonsen meddelade han, att han hade anmält vissa namngivna hundägare för åtal för att de inte passade sina hundar såsom det ålåg dem enligt gällande bestämmelser. Förfarandet JO-anmäldes. Av kommunalborgmästarens förklaring framgick, att han handlat i syfte att avskräcka hundägare i orten från att vidare överträda bestämmelserna i fråga.

JO (Rudewall) fann, utan närmare motivering, att kommunalborgmästaren "uppenbarligen överskridit sin befogenhet på ett betänkligt sätt". Han lät åtala kommunalborgmästaren, som också dömdes för oförstånd i tjänsten till 15 dagsböter.

RÅ 1954 ref. 12 (Skatteresterande droskchaufför) gällde en droskförare, A, i en lantortsstad. Magistraten beslöt att skilja A från hans befattning som droskförare. Som grund för beslutet angavs, att A trots

anmaningar inte hade reglerat sin skatteskuld på 3.485 kronor; A "kan till följd härav icke anses motsvara de krav på ordentlighet och skötsamhet som böra ställas på en droskförare". Magistraten tillämpade därvid ett lokalt reglemente. Där stadgades bl.a., att droskförare måste vara känd för ordentlighet och pålitlighet, och att magistraten, närhelst anledning förekom, kunde skilja droskförare från hans befattning.

A klagade till länsstyrelsen och åberopade — med stöd av ett läkarintyg — att han på grund av ohälsa hade haft nedsatt arbetsförmåga och därför inte klarat av att betala skatteskulden. Länsstyrelsen fann emellertid inte skäl att ändra magistratens beslut.

A gick då till regeringsrätten och där hade han famgång med besvären. Regeringsrätten undanröjde magistratens och länsstyrelsens beslut med denna motivering:

> Enär bestämmelserna i (det lokala reglementet) rimligen icke böra så förstås, att underlåtenhet från en droskförares sida att — trots anmaningar — behörigen erlägga honom åvilande utskylder ensamt för sig skulle utgöra tillräcklig grund för hans skiljande från sin befattning, samt anledning till sådan åtgärd så mycket mindre förelegat i nu förevarande fall, som klagandens underlåtenhet i angivet hänseende måste antagas — åtminstone till dels — hava berott på den nedsatta arbetsförmåga, varav klaganden enligt (läkarintyget) lidit — — —

Ärendet *JO 1961 s 300 (Hemköps köttfärs)* gällde aktiebolaget Hemköps import av köttfärs från Danmark. Hemköp hade med tillämpning av de vid denna tid gällande bestämmelserna fått tillstånd av veterinärstyrelsen att importera "styckat kött av nöt, kalv (dock ej spädkalv) samt svin av danskt ursprung", på villkor att varorna komme att godkännas vid veterinärundersökning. Tillståndet gavs den 21 november 1958 och var begränsat till tiden före den 1 mars 1959; det förlängdes emellertid successivt att gälla till den 1 juni 1959. Hemköp tolkade tillstånden så, att de omfattade malet och hackat kött. När emellertid veterinärstyrelsen fick kännedom om att tillståndet användes för import av sådant kött, hävdade den motsatt uppfattning, och när Hemköp i maj 1959 ansökte om förlängning av tillståndet, lämnade veterinärstyrelsen ett tillstånd, som uttryckligen inte omfattade köttfärs.

Den 4 juni 1959 fick Hemköp detta meddelande från veterinärstyrelsen:

> Då det kommit till veterinärstyrelsens kännedom att Ni — i strid mot Kungl. Maj:ts kungörelse av den 17 juni 1955 och av veterinärstyrelsen meddelade direktiv — inom landet försäljer konsumentförpackat malet kött av danskt ursprung, indrages härigenom med omedelbar verkan samtliga Eder av veterinärstyrelsen meddelade införselbevis rörande köttvaror av danskt ursprung.
>
> Härigenom indragna införseltillstånd skola till veterinärstyrelsen omgående återsändas.

Hemköp anförde besvär hos Kungl. Maj:t och yrkade dels tillstånd att få importera malet kött, dels undanröjande av veterinärstyrelsens beslut den 4 juni. Kungl. Maj:t fann inte skäl att ändra veterinärstyrelsens beslut om malet kött men undanröjde däremot beslutet den 4 juni, "enär tillräckliga skäl icke förelegat för styrelsen att återkalla sitt den 23 maj utfärdade tillståndsbevis".

Hemköp klagade till JO över veterinärstyrelsens handläggning och ifrågasatte, om styrelsen hade låtit sig påverkas av ovidkommande motiv; Hemköp undrade särskilt, om veterinärstyrelsen hade befogenhet att återkalla ett meddelat tillstånd som en bestraffningsåtgärd.

JO (Bexelius) uttalade bland annat:

> Till en början bör framhållas, att styrelsen såsom dispensgivande myndighet — oaktat uttrycklig föreskrift därom icke givits i förordningen — otvivelaktigt äger befogenhet att under vissa förutsättningar återkalla tidigare given dispens. — — — För en sådan åtgärd bör fordras — i den mån såsom orsak åberopas att importören missbrukat sin ställning — att det föreligger starka, objektivt godtagbara skäl för misstanken att han kommer att förfara illojalt även i fortsättningen.

JO fann inte, att det hade funnits något skäl för veterinärstyrelsen att överhuvudtaget lägga Hemköp något illojalt förfarande till last; Hemköps tolkning av det ursprungliga tillståndet såsom omfattande köttfärs var i god tro, och eftersom veterinärstyrelsen aldrig med Hemköp hade tagit upp frågan om vad som skulle göras med redan importerad köttfärs, fanns det ingen anledning för Hemköp att tro, att detta parti inte fick säljas i Sverige. Det kan här tillfogas, att samtliga importvaror hade undersökts och godkänts av en veterinär i samband med tullbehandlingen.

I *JO 1975 s 464 (Näpsad tandläkare)* klagade en tandläkare på att försäkringskassan hade vägrat honom ersättning för tandvård på den grund, att han inte hade lämnat uppgift om arbetad tid.

Det synes inte nödvändigt att här återge alla de bestämmelser, som aktualiserades i ärendet. Väsentligt är emellertid, att JO (Wennergren) ansåg, att riksförsäkringsverket hade kompetens att ålägga tandläkarna att lämna uppgift om arbetad tid, och att verket hade fastställt, att tandläkarna skulle lämna uppgift om arbetad tid på de räkningar, som låg till grund för försäkringskassans beslut om ersättning åt tandläkaren. Väsentligt är också, att uppgiften om arbetad tid var irrelevant för bestämmande av ersättning i det enskilda fallet; denna uppgift tjänade i stället syftet att göra det möjligt för riksförsäkringsverket att följa utfallet av tandvårdstaxan och beräkna tandläkarnas nettoinkomst. Vidare bör noteras, att de föreskrifter, som riksförsäkringsverket hade utfärdat, lämnade det öppet, hur försäkringskassorna skulle förfara, om en tandläkare underlät att på sin räkning lämna uppgift om arbetad tid.

JO fann, att det anmälda förfarandet var "ett klart maktmissbruk". Han lade därvid avgörande vikt vid just den omständigheten, att uppgifter om arbetad tid inte behövdes för att fastställa vilken ersättning tandläkaren hade rätt till:

> När någon i en ansökan om viss förmån eller ersättning underlåter att lämna en uppgift, som han genom föreskrift på ansökningsblankett eller eljest ålagts lämna och som bedömts behövlig för sakens prövning, blir den naturliga följden att ansökningen i avsaknad av uppgiften förklaras ej kunna bifallas. — — — Uppgiften har här — — — endast till ändamål att fullständiga det för ett positivt beslut erforderliga sakliga underlaget. — — —
>
> Annorlunda ställer det sig om sökanden i ett ärende åläggs att vid äventyr att hans ansökan eljest avslås lämna en uppgift som hänför sig till något annat än det som utgör saken i ärendet och som alls inte behövs för denna saks prövning. Myndigheten använder då sina befogenheter som beslutande rörande vissa saker för att lösa sina uppgifter som beslutande rörande andra saker eller för att bistå annan myndighet med information. Beslutsbefogenheterna används härvid för ett för dem främmande och av lagstiftaren ej avsett ändamål. Myndigheten går härigenom vid sidan av lagen och handlar sålunda olagligt. I en rättsstat får en myndighet inte använda de befogenheter en lag ger den för andra ändamål än de är avsedda enligt lagen. Man brukar vid brott häremot tala om illojal maktanvändning eller makmissbruk. Att utan författningsstöd ålägga en tandläkare att lämna uppgift om arbetad tid för "statistiskt ändamål" vid äventyr att hans ansökan om tandvårdsersättning eljest avslås framstår i mina ögon som ett typiskt exempel på illojal maktanvändning.

Av särskilt intresse är, att JO fann det uteslutet, att riksförsäkringsverket på sin kompetens att meddela tillämpningsföreskrifter ("de närmare föreskrifter, som finnes erforderliga för tillämpning av lagen") kunde grunda en befogenhet att ge några normer om sanktion mot försummat uppgiftslämnande:

> Det kan — — — omöjligen antas att i förordningsmakten i fråga skulle ingå en befogenhet att införa en så kraftigt verkande och ingripande ekonomisk sanktion som ett inställande av tandvårdsersättnings utbetalning innebär. Fråga är ju om en sanktion som till sin verkningskraft är vida överlägsen t.ex. vitet.

Ärendet *JO 1975/76 s 450 (Strejkande sjuksköterskeelever)* gällde ett slags bestraffning av en strejkaktion. Sveriges sjuksköterskeelevers förbund uppmanade landets sjuksköterskeelever att utebli en dag från undervisningen, därför att skolöverstyrelsen hade vägrat att diskutera krav på avskaffande av graderade praktikbetyg. Med anledning av detta föreskrev skolöverstyrelsen, att för elev, som deltagit i en strejkaktion, skulle i avgångsbetyget antecknas "NN har under — — — dag(ar) utan giltigt skäl uteblivit från undervisningen". Befogenhet att ge en sådan föreskrift hade skolöverstyrelsen formellt i ett bemyndigande att meddela "närmare bestämmelser" om avgångsbetyg.

Skolöverstyrelsens förfarande anmäldes till JO. JO (Wennergren) fann, med bl.a. följande motivering, att det var fråga om "befogenhetsmissbruk".

> Därest skolöverstyrelsen hade meddelat en allmän föreskrift om att i avgångsbetyg skall lämnas uppgift om antal frånvarodagar utan giltigt skäl, därför att det på sakligt övertygande grunder bedömts behövligt med bevis härom, hade jag inte kunnat rikta någon avgörande invändning häremot. En sådan anteckning hade varit i linje med — — — ett avgångsbetygs ändamål. Fråga var emellertid inte om en frånvaroanteckning av detta slag.
>
> — — — Vad det gällde var i stället att införa en sanktion mot deltagande i strejkaktion som i första hand skulle verka preventivt men vars yttersta konsekvens innebar en disciplinär åtgärd mot dem som trotsade förbudet mot strejk. Frågan om åtgärden för elevs tillrättaförande är särskilt reglerad i — — — 9 kap. 56—58 §§ skolstadgan. Där sägs intet om frånvaroanteckning i avgångsbetyg som medel för tillrättaförande av elev för viss ordningsförseelse. Med all förståelse för skolöverstyrelsens syfte med föreskriften om frånvaroanteckning i avgångsbetyget kan jag inte finna att detta syfte rymdes inom ramen för syftena med ifrågavarande avsiktsurkund och därmed heller ej inom ramen

för bemyndigandet att meddela närmare bestämmelser om avgångsbetyg.

JO lät dock bero vid sina uttalanden med hänvisning till att rättsfrågan var svårbedömd.

I detta sammanhang hänvisas även till "Sydsvenska Ägg" i 8.2.1.

9.3. Diskussion

Det synes lämpligt att först diskutera "Sydsvenska Ägg" därför att detta fall, till skillnad från de i 9.2 återgivna, behandlades av högsta domstolen.

Såsom framgår av 8.2.1, ansågs syftet "att hålla regleringen vid makt" vara ett i och för sig legitimt syfte. Det är inte alldeles klart vad högsta domstolen menade med detta. Uttrycket *kan* tänkas inrymma ett bestraffningssyfte. Men det behöver inte vara så. Det kan också ha använts i den mera inskränkta betydelsen att jordbruksnämnden inte borde ge exporttillstånd åt någon som, enligt vad det fanns särskild anledning att befara, skulle missbruka ett sådant tillstånd. "Sydsvenska Ägg" medger därför enligt min mening inte någon slutsats om högsta domstolens ståndpunkt till ett straffsyfte i tillståndsärenden av denna typ.

Beträffande "Skatteresterande droskchaufför" ligger det nära till hands att se magistratens beslut som tillkommet i individualpreventivt och kanske också generalpreventivt syfte. Det är därför fallet har redovisats i detta kapitel.[1] Men fallet är inte "rent". Magistraten *kan* också ha sett saken så att A på grund av sin uraktlåtenhet att betala sina skatter kunde befaras missköta också sin åliggande som droskchaufför. Det bör emellertid märkas, att regeringsrättens motivering innebär, att obetalade skatter inte i och för sig får ses som ett uttryck för bristande ordentlighet och pålitlighet. Dock kan man inte av regeringsrättens motivering dra någon slutsats om regeringsrättens ståndpunkt till principfrågan om straffsyfte utanför straffrätten.

JO-fallen synes däremot ge uttryck för ett konsekvent avståndstagande från straffsyfte utanför straffrätten.

I "Bagare utan mjöl" framgick det av vad brödbyrån själv uttalade

[1] Det kan också ses så att magistraten genom beslut försökte indriva A:s skatter. I så fall hör det i stället hemma i kap. 7 om den organisatoriska specialitetsprincipen. Men samma resonemang som i detta avsnitt förs för att inte se fallet som något "rent" fall av straffsyfte kan föras för att inte heller se det som något "rent" fall om den organisatoriska specialitetsprincipen.

i ärendet, att beslutet hade ett straffsyfte. Detta att "statuera exempel" är ju typiskt för ett generalpreventivt syfte, och tidsbegränsningen av beslutet att avstänga bagarna tydde, som JO påpekade, på att det också fanns ett individualpreventivt syfte. JO:s bedömning var i detta ärende mycket explicit; han tog bestämt avstånd från varje befogenhet för berörda myndigheter att använda sin kompetens för bestraffning, detta bl.a. med hänvisning till att ett försök att rätta den brottsliga viljan enbart är förbehållet straffrätten. Han ansåg sig tydligen därmed ge uttryck för en allmän, konstitutionell princip.

I "Hundägare vid skampålen" var straffsyftet likaledes ställt utom tvivel. Någon närmare motivering till sitt klara avståndstagande gav JO inte här. Men allt tyder väl på att han även i detta fall hänförde sig till en allmän rättsgrundsats. I detta fall bekräftades också JO:s ståndpunkt genom dom. Det bör f.ö. beträffande detta fall särskilt noteras, att kommunalborgmästarens åtgärd i princip föll inom ramen för frivillig offentlig verksamhet, så att domen för oförstånd i tjänsten omöjligt kunde motiveras med tolkning av något kompetensstadgande.

I "Hemköps köttfärs" framgick straffsyftet klart av beslutet den 4 juni 1959. När JO i detta ärende konstaterade, att veterinärstyrelsen inte hade skäl att lägga Hemköp något illojalt förfarande till last, synes detta visserligen implicera, att *om* Hemköp hade förfarit illojalt, skulle detta ha varit skäl för veterinärstyrelsen att dra in Hemköps införseltillstånd. Emellertid underströk ju JO, att förutsättningen för en sådan åtgärd var "att det föreligger starka, objektivt godtagbara skäl för misstanke att (vederbörande) kommer att förfara illojalt även i fortsättningen". Därmed synes JO i princip ha tagit bestämt avstånd från ett beslut av denna typ såsom en bestraffningsåtgärd.[2]

I "Näpsad tandläkare" tog JO mycket klart avstånd från en befogenhet för försäkringskassan att bestraffa försummat uppgiftslämnande. Det bör noteras, att han uttryckte sig mycket skarpt, "ett klart maktmissbruk", "ett typiskt exempel på illojal maktanvändning". JO skulle knappast ha använt så kraftiga uttryck, om han inte hade haft en allmän materiell rättsgrundsats för ögonen. Att han uppfattade beslutet som en bestraffning framgår av att han såg försäkringskassans beslut så att tandläkaren hade ålagts att lämna uppgift om arbetad tid

[2] En annan sak är att det i praktiken ofta torde vara omöjligt att särskilja ett individualpreventivt syfte i fall, då det finns "starka, objektivt godtagbara skäl" för misstanken att någon kommer att förfara illojalt i fortsättningen; grunden för en sådan misstanke måste ju alltid, förefaller det, vara ett redan inträffat illojalt förfarande.

vid äventyr att hans ansökan om ersättning eljest skulle komma att avslås. JO pekade i detta fall också på en i sammanhanget viktig aspekt på principen att varje straffsyfte bör ha materiellt stöd av lag: en ekonomisk sanktion av det slag det var fråga om i "Näpsad tandläkare" slår ännu hårdare än vite.

Även i "Strejkande sjuksköterskeelever" använde JO ett starkt ord, "befogenhetsmissbruk". Att han betraktade skolöverstyrelsens föreskrift som en bestraffningsåtgärd framgår här av att han hänvisade till att frågan om åtgärder för en elevs tillrättaförande var särskilt reglerad i skolstadgan.

Det framgår av 9.1, att jag finner det av allmänna rättsgrundsatser följa, att myndigheterna inte utan stöd av lag får låta sig påverkas av ett bestraffningssyfte. Enligt min mening visar undersökningen av praxis, att också JO genomgående har tillämpat en sådan princip, varvid det i ett av fallen var fråga inte om myndighetsutövning utan om frivillig offentlig verksamhet. Fallen är visserligen inte så många och jag kan naturligtvis ha förbisett ärenden, där principfrågan har varit aktuell. Men JO:s avståndstagande i de fall jag funnit har varit så kraftigt och tydligt — åtminstone i "Bagare utan mjöl", "Hundägare vid skampålen", "Näpsad tandläkare" och "Strejkande sjuksköterskeelever" — att de synes medge den angivna slutsatsen.

Kap 10 Sammanfattning

10.1. Sammanfattning

Undersökningen har lett fram till att saklighetskravet i 1 kap. 9 § regeringsformen delvis kan bestämmas till sitt innehåll med vissa praktiskt användbara regler, som kan härledas från rättsgrundsatser av konstitutionell natur.

Av *kap. 5* framgår i huvudsak följande. De i 2 kap. 1 § proklamerade rättigheterna — yttrandefrihet, informationsfrihet, mötesfrihet, demonstrationsfrihet, föreningsfrihet och religionsfrihet — måste respekteras av domstolar och myndigheter, inte bara till bokstaven utan också till andan. Därför får domstolar och myndigheter inte utan rättsligt stöd gynna eller missgynna någon på ett sätt som urholkar dessa rättigheter, dvs på ett sätt som är ägnat att motverka syftet med dem. De får i enlighet härmed inte utan rättsligt stöd gynna eller missgynna någon med hänsyn till hans tro eller åskådning, innehållet i en skrift, texten på banderoller, plakat m.m., inlägg i den offentliga debatten eller med hänsyn till någons medlemskap eller icke-medlemskap i en förening. Domstolar och myndigheter skall i princip vara blinda för sådana förhållanden.

Ett obestämt kompetensstadgande eller en generalklausul är inte rättsligt stöd för att ta sådana hänsyn. Men det rättsliga stöd, som förutsätts, behöver inte nödvändigtvis uttryckligen framgå av en rättsregel. Det räcker, om en rättsregel klart implicerar undantag från presumtionen att dylika hänsyn inte får tas.

En relevant omständighet får inte anteciperas på grund av förhållanden som enligt vad nyss sagts i princip är irrelevanta. En demonstration kan t.ex. inte hindras på den grund att polisen tror, att demonstrationen kommer att leda till svårare oordning eller allvarlig fara för de närvarande. Det är bara om sådan oordning eller fara verkligen uppkommer som demonstrationen kan stoppas med rättsligt stöd.

Även andra offentliga organ än domstolar och myndigheter är skyldiga att på motsvarande sätt respektera de i 2 kap. 1 § regeringsformen stadgade rättigheterna. Också enskilda träffas av denna skyldig-

het i den mån de fullgör uppgifter i den offentliga förvaltningen. Kommuner måste beakta den inom ramen för vetorätt.

I den mån det finns rättsligt stöd för att ta hänsyn till dessa i princip irrelevanta förhållanden måste likväl reglerna i 2 kap. 13 och 14 §§ regeringsformen respekteras. Av dessa regler följer, såvitt angår saklighetskravet i 1 kap. 9 § regeringsformen, att åtgärder som urholkar yttrandefrihet, informationsfrihet, mötesfrihet, demonstrationsfrihet och föreningsfrihet aldrig får vidtas annat än i den mån det är ofrånkomligt för de syften som är angivna i 2 kap. 13 och 14 §§ regeringsformen.

Av *kap. 6* framgår i huvudsak detta:

Saklighetskravet i 1 kap. 9 § regeringsformen omfattar en skyldighet att beakta allas likhet inför lagen. Till en del kan denna skyldighet definieras som ett förbud att ta hänsyn som är irrationella i sitt sammanhang. Av långt större praktisk betydelse är emellertid vad jag här har kallat för tumregeln. Den innebär ett förbud att utan rättsligt stöd gynna eller missgynna någon med hänsyn till hans personliga förhållanden, såsom ras, hudfärg, ursprung, kön, ålder, nationalitet, språk, samhällsställning eller förmögenhet. Innebörden av detta förbud kan bestämmas närmare med tre regler.

Den första är, att det i rättstillämpningen förutsätts rättsligt stöd för att domstolar och myndigheter skall kunna ta hänsyn till annat än objektiva förhållanden.

Den andra är, att när det finns rättsligt stöd för att ta hänsyn till någons personliga förhållanden — om det t.ex. gäller en tjänstesökandes lämplighet eller en bidragssökandes behov — får privatlivets förhållanden inte dras in i prövningen, såvida det inte finns rättsligt stöd för detta.

Och den tredje är, att när det finns rättsligt stöd för att ta hänsyn till någons personliga förhållanden, måste prövningen inriktas på individen, och det måste bortses från att han må tillhöra någon grupp som kännetecknas av vissa egenskaper.

Kap. 7 föranledde främst slutsatsen, att en förvaltningsmyndighet inte utan rättsligt stöd får använda en maktbefogenhet för någon uppgift som har lagts på en annan förvaltningsmyndighet eller som kommer an på domstol. Det innebär t.ex. att en länsstyrelse inte kan vägra någon utskänkningstillstånd på den grund att han vägrar att samarbeta med barnavårdsnämnden i ett faderskapsärende eller på den grund att han inte har reglerat ett ekonomiskt mellanhavande med någon enskild.

Av *kap. 8* framgår, att myndighetsutövning inte utan rättsligt stöd får begagnas som ett påtryckningsmedel för att betinga någon förmån åt det allmänna eller åt någon annan enskild. Det framgår där vidare, att en domstol eller en myndighet inte utan rättsligt stöd får delegera sin myndighetsutövning och, såvida annat inte framgår av någon rättsregel, själv är ansvarig för att ovidkommande hänsyn inte påverkar en dom eller ett beslut. Det innebär bl.a. att önskemål från någon som inte är part inte får påverka myndighetsutövning annat än i den mån sådana önskemål grundar sig på i ärendet relevanta förhållanden.

Slutsatsen av *kap. 9* är att domstolar och myndigheter inte utan stöd av lag får tillämpa en maktbefogenhet i bestraffande, "repressivt" syfte.

Dessutom har vissa med saklighetskravet sammanhängande problem diskuterats. Sammanfattningsvis kan följande nämnas.

Jag har hävdat, att polisingripande mot plakat, banderoller o.dyl. inte kan ske annat än i den mån de innefattar — eller, beträffande icke tryckta plakat m.m., motsvarar — tryckfrihetsförordningens katalog över tryckfrihetsbrott (5.4.3, jfr 5.2.3 och 5.3.3).

Jag har gjort gällande, att ingen kan dömas för förargelseväckande beteende för innehållet i en tryckt skrift eller för något han sagt offentligen eller för budskapet med en demonstration (5.2.3, 5.4.3).

En sedvanerättslig regel säger, att det är tillåtet att ta hänsyn till en persons politiska åskådning vid tillsättning av tjänster som är av politisk natur. Detta undantag från huvudregeln, att sådana hänsyn inte får tas, anses tillämpligt på statssekreterartjänster samt tjänster som informationssekreterare och uppdrag som s.k. politruker i regeringskansliet. *Rättsläget* är knappast oklart, men i praktiken tas vid tillsättning av offentliga tjänster hänsyn till politisk åskådning i långt större omfattning än vad som är tillåtet, och riksdag och regering förefaller att vara överens om att många tjänster får användas för partipolitiska belöningar. Det är enligt min mening av största betydelse för offentliga tjänstemäns åsikts- och yttrandefrihet, att statsmakterna definierar vilka tjänster som får tillsättas med hänsyn tagen till politisk åskådning (5.4.3).

Likaledes behövs av samma skäl normer som ger klarhet i frågan om ett debattinlägg, som kan sägas vara illojalt, kan få läggas någon till last i ett tjänstetillsättningsärende. Det som f.n. skulle kunna vara rättsligt stöd för sådana hänsyn är möjligen — men konstruktionen är besynnerlig — att de offentliga tjänstemännens lojalitetsplikt före avskaffandet av tjänstefelsstadgandet lever kvar som sedvanerätt så-

tillvida att illojala yttranden får beaktas i tjänstetillsättningsärenden. För närvarande har man skäl befara, att människors debattinlägg läggs dem till last i sådana ärenden utan att det ens är fråga om illojala yttranden utan bara på den grund att de är inopportuna. (5.4.2)

Jag har påvisat, att allt flyter när det gäller problemet på vilka grunder åklagare och andra myndigheter kan underlåta att vidta åtgärder för beivran av lagöverträdelser. Det är t.ex. ovisst om beivran får underlåtas på den grund att den misstänkte är utlänning, alkoholist (utan att 57 § nykterhetsvårdslagen är tillämplig), deprimerad (utan att 20 kap. 7 § 4 rättegångsbalken är tillämplig), har minderåriga barn, är idrottsman, journalist eller en känd kulturpersonlighet. (6.8 och 6.9)

Kommunernas s.k. exploateringsavtal är enligt min mening ogiltiga, och det behov de fyller måste tillgodoses genom särskilda lagregler (8.2.2).

10.2. Några avslutande synpunkter

Motiveringens betydelse och den mänskliga hjärnans begränsning

För att saklighetskravet skall iakttas måste beslutfattaren vara medveten om vilka förhållanden han grundar sitt beslut på. Motivskrivandets betydelse för rättssäkerheten har ofta framhållits, och det är anledning att också här understryka den aspekten. Dels gäller det att göra beslutfattaren själv uppmärksam på sina skäl för ett beslut, eftersom han eljest inte kan kontrollera, att inga ovidkommande hänsyn tas. Dels gäller det medborgarnas, högre instansers och justitieombudsmännens möjlighet att ta ställning till om motiven för ett beslut är hållbara.

Det finns domare och tjänstemän som anser, att deras beslut grundar sig på så komplicerade överväganden, att det skulle ta för lång tid att redovisa dem ordentligt. De litar på sin intellektuella intuition och tror, att de genom den når korrekta avgöranden. De föreställer sig, att deras hjärna fungerar som en computer; den matas med en stor mängd information, beslutfattaren känner efter, och så har han det korrekta beslutet. I detta sammanhang hör man ofta uttrycken "väga in" och "med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet".

Men just när det gäller komplicerade överväganden har den medicinska och psykologiska vetenskapen visat, att den mänskliga hjärnans kapacitet är mycket begränsad och helt enkelt inte klarar av att sam-

tidigt ta hänsyn till många faktorer, som pekar i olika riktningar. I Sverige har David Magnusson för ett par år sedan offentliggjort en undersökning med bl.a. följande resultat. Hjärnan har visserligen kapacitet att lagra och organisera mycket stora mängder kunskaper och erfarenheter och förmåga att ordna dem så, att de är lätt tillgängliga för omedelbar behandling. Men människan kan inte på en gång väga samman information från mera än ett mycket begränsat antal enheter, vanligen mellan en och fem. Ju fler faktorer därutöver som vi försöker att samtidigt väga samman, desto mindre tillförlitligt är vårt omdöme. Begränsningen är ett fundamentalt, biologiskt betingat karakteristikum som gäller oss alla, och som inte annat än marginellt kan upphävas av intelligens, träning och erfarenhet.[1]

Magnussons resultat från denna undersökning bekräftar vad som här och utomlands har iakttagits genom andra studier. De "visar vad man under de senaste 20 årens forskning kring de här problemen med övertygande kraft har demonstrerat, sedan G. A. Miller 1958 publicerade sin klassiska artikel 'The magic number seven plus or minus two'."[2]

En slutsats av denna forskning är att, om en beslutfattare försöker göra komplicerade avvägningar på intuitiv väg, så är chanserna att beslutet skall bli riktigt inte större än riskerna för att det blir felaktigt. Med riktigt menar jag den slutsats, som beslutfattaren skulle ha kommit fram till, om han hade behandlat problemet på ett systematiskt och logiskt sätt.

Påföljder vid maktmissbruk

I den här boken har jag inte behandlat frågan om påföljder av att saklighetskravet har åsidosatts. Visserligen har den frågan den största betydelse för medborgarskyddet. Men frågan vad som är rätt och vad som är fel bör klargöras, innan det är anledning att närmare befatta sig med påföljderna av godtycklig maktutövning. Om de som är verksamma i rättskipning och förvaltning inte har fått någon nämnvärd information om fundamentala rättsgrundsatser, kan det te sig hårt att tillämpa stränga påföljder när de förbiser sådana grundsatser. Jag vill dock understryka, att medborgarna för att skyddas mot maktmissbruk måste ha anspråk på att samhället ingriper på ett kraftfullt sätt mot de offentliga organens missbruk av makt.

[1] Magnusson David, Den mänskliga begränsningen. Rapporter 1978 nr 20, Stockholms universitet, psykologiska institutionen.
[2] A.a. s 4.

Visserligen finns det ju ett straffstadgande om myndighetsmissbruk och vårdslös myndighetsutövning och även ett skadeståndsansvar för stat och kommun för fel och försummelser vid myndighetsutövning. Men dessa stadganden har hittills inte haft någon nämnvärd betydelse. Att tjänsteansvarskommittén för närvarande överväger ett utvidgat medborgarskydd genom ändrade regler för straffansvar bör vara välkommet för medborgarna.

Det brukar, när denna aspekt någon gång dryftas, sägas att det är fult och förlegat med straff. Men jag vill påstå, att de som säger så och som samtidigt kräver hårdare åtgärder mot skatteflykt m.m. är inkonsekventa. Så snart det anses angeläget att stävja någon typ av förfaranden, tror man på straffets effektivitet. För övrigt bygger vårt rättssystem — liksom för övrigt, såvitt jag vet, alla andra rättssystem — på idén att repressiva åtgärder har allmänpreventiva och individualpreventiva effekter.

Att ta mutor är en sak som man, med rätta, ser strängt på i Sverige. Men det verkar som om man inte har tänkt på att det för de medborgare, som lider skada av godtycklig maktutövning, inte spelar någon roll om beslutfattaren fick pengar för att göra fel. För medborgarna är skadan lika stor, om det som drev beslutfattaren att göra fel var t.ex. överdrivet nit eller hans egna politiska värderingar.

Generalklausuler m.m.

Om de slutsatser, som har dragits i denna bok är riktiga, är allmänna kompetensstadganden och generalklausuler inte fullt så farliga för rättssäkerheten som det ofta anses. Skönet är enligt mina slutsatser inte fritt; det måste utövas med beaktande av fundamentala rättsgrundsatser. Likväl bör normlösa lagar enligt min mening undvikas i större utsträckning än vad som har skett under de senaste 10—15 åren. Med normlösa lagar avser jag lagar som inte fyller den lagens skyddsfunktion som jag nämnde i inledningen. Ty även om normlösa lagar tillämpas med beaktande av de rättsgrundsatser jag här har behandlat, ger de dock ett stort utrymme för den enskilde beslutfattarens privata värderingar. De ger utrymme för en rättsutveckling som riksdagen inte har några möjligheter att kontrollera, och som ger medborgarna en mycket begränsad rättstrygghet. Jag vill därmed inte bestrida, att vissa rättsregler måste vara allmänt hållna. Men jag vill påstå, att det har gått för mycket slentrian i lagstiftningen så att man av bekvämlighetsskäl ofta tillgriper normlösa lagar där det skulle ha varit fullt möjligt att utforma normer som ger rättssäkerhet.

Framställningen har inte gått ut på att beskriva gränserna för vad lagstiftaren kan tillåta sig utan att samhället upphör att vara ett rättssamhälle. Men eftersom de aspekter, som har behandlats här, gäller fundamentala rättsgrundsatser som sammanhänger med definitionen av ett rättssamhälle, är det tydligt att lagstiftaren genom att i stor omfattning ge stöd för avvika från dessa grundsatser kan urholka och upphäva rättssamhället. Politiker och medborgare kan, om de är förtrogna med de grundsatser det är fråga om, vara på sin vakt mot en sådan utveckling.

Lever vi i ett rättssamhälle?

Man hör inte sällan någon säga, att "vi lever i ett rättssamhälle". Är det sant? Jag har ofta undrat vad de som säger så kan mena. Vi har en stor mängd normlösa lagar. Vi har t.o.m. fått lagar med inbyggt godtycke (se 6.8.1). Principen om likhet inför lagen tas inte på allvar ens av höga ämbetsmän (se t.ex. 6.8.3). I den mån de rättsgrundsatser jag här har behandlat iakttas beror det inte på inbyggda mekanismer i vårt rättssystem. Myndigheter ges av lagstiftaren ibland kompetens att använda myndighetsutövning som påtryckningsmedel utan att man alls beaktar de idéer som lett till att svaga avtalsparter har lagens skydd gentemot starka avtalsparter (se t.ex. den lagstiftning som var aktuell i "Bohman och skärgården", 8.2.2). Lagstiftaren har sedan något decennium tillämpat en politik som — genom det sätt på vilket lagar skrivs — leder till en obestämd tvångsmakt att sättas in för otydligt beskrivna samhällsmål.

Det nu sagda är förståeligt. Det är helt naturligt, att politiker är angelägna att använda de redskap, som står till deras förfogande, för att nå de mål som de anser vara goda för samhället. Men vi kan inte vänta oss, att något politiskt parti med kraft skall verka för medborgarnas skydd gentemot statsmakten, i varje fall inte ett parti som har makten eller som kan räkna med att snart få den. Ty varje sådant parti vill, helt naturligt, använda makten för att, så långt det är möjligt, uppnå sina mål.

Det är också naturligt om de jurister, som är verksamma i lagstiftningen, inte har så stor känsla för medborgarskyddet och rättssamhällets grundsatser. De måste arbeta på politiska villkor.

Däremot är det rätt förvånande hur litet intresse andra — t.ex. journalister och advokater — har visat för medborgarskyddet. Åtminstone i England och Västtyskland tycks det finnas en helt annan medvetenhet än hos oss om medborgarnas behov av skydd mot stats-

makten. Det kan sammanhänga med att lagstiftningens överensstämmelse med fundamentala rättsgrundsatser prövas av domstol i båda dessa länder, visserligen inte parlamentsakter i England, men de utgör en så liten del av mängden lagstiftning att detta förbehåll inte spelar så stor roll i praktiken. Rätten till domstolsprövning gör att advokater måste vara alerta när det gäller dessa rättsgrundsatser. Sannolikt spelar väl friheternas långa tradition — och känslan för traditioner — en betydelsefull roll i England för att göra medborgarna medvetna om sitt skydd, och i Västtyskland lever ännu skammen över den totalitära nazitiden. Kanske har invånarmängden också betydelse. Det finns fler än hos oss som kan uppmärksamma övertramp från statsmakternas sida och göra parlamentsledamöter och massmedia medvetna om dem. Och det bör vara lättare i ett stort land än i ett litet att organisera pressure groups. I det i 3.3 återgivna fallet Congreve v Home Office hade de medborgare, som hade tagit ut nya TV-licenser före den 1 april, snabbt organiserat sig för att låta en av dem genomföra processen mot Home Office.

För några år sedan hörde vi i samband med en valrörelse, att "Sverige är ett bra land". Visst ligger det mycket i det. Vi riskerar inte att bli mördade eller arresterade för våra åsikters skull, och vi är rätt väl omhändertagna av samhället i materiellt hänseende. Men även hednatidens träl anses ha varit väl behandlad av sin husbonde. Frihet hade han likväl inte. Han saknade lagens skydd. Det var innebörden av att vara träl.

Brita Sundberg-Weitman

Saklighet och godtycke

i rättskipning och förvaltning

I våra grundlagar fastställs bl a rättssamhällets idéer. Några av grundpelarna är värnandet om allas likhet inför lagen, skyddet för medborgarna mot myndigheters maktmissbruk samt kravet att iaktta saklighet och opartiskhet i maktutövandet.

Men hur fungerar dessa honnörsord? Var går gränsen mellan saklighet och godtycke? Och vad är egentligen ''likhet inför lagen''? Nya lagar har under senare år alltmera utformats som generalklausuler, ofta kallade gummiparagrafer. Vad har denna typ av lagar för effekt?

I denna bok visar författaren med cirka 150 praktiska fall innebörden av regeringsformens förbud mot godtycke i rättstillämpningen. Grundlagarnas syften konfronteras här med medborgarnas berättigade krav på rättssäkerhet.

Boken är lättläst och till nytta inte bara för den som arbetar i domstolar och förvaltning utan också för politiker, massmediafolk och för varje medborgare som vill lära känna sitt skydd mot maktmissbruk.

Brita Sundberg-Weitman är hovrättsråd i Svea hovrätt och docent i folkrätt vid Stockholms universitet.



NORSTEDTS
ISBN 91-1-807701-3

€ 22.00