



LUND UNIVERSITY

Förvaltningens lagprövning

Wenander, Henrik

Published in:
Förvaltningsrättslig tidskrift

2015

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Wenander, H. (2015). Förvaltningens lagprövning. *Förvaltningsrättslig tidskrift*, (3), 421-458.

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Förvaltnings- rättslig tidskrift

Särtryck ur FT 2015 3

Förvaltningens lagprövning

Av Henrik Wenander

FÖRVALTNINGENS LAGPRÖVNING*

av Henrik Wenander**

1. Inledning

Kontroll av att föreskrifter av olika slag överensstämmer med högre regler, lagprövning, är ett välkänt ämne i den konstitutionella rätten.¹ Uppmärksamheten i den juridiska diskussionen har då främst riktats mot domstolarna (se 11 kap. 14 § regeringsformen, RF). Något som har berörts betydligt mindre är i vilken utsträckning också förvaltningsorgan av olika slag ska kunna ägna sig åt en sådan konstitutionell efterhandskontroll.² I svensk rätt finns emellertid i 12 kap. 10 § RF en bestämmelse om offentliga organs prövning av föreskrifter som är parallell till vad som gäller för domstolarna:

Finner ett offentligt organ att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.

Vid prövning enligt första stycket av en lag ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag.

Bestämmelsen kan vid närmare eftertanke verka egendomlig, konstitutionellt sett. Ska inte den offentliga förvaltningen vara ett verktyg för att praktiskt genomföra demokratiskt fattade politiska beslut avseende exempelvis skatter,

* Artikeln har *peer review*-granskats.

** Artikeln har tillkommit inom ramen för forskningsprojektet Regeringsformen och förvaltningen – styrning och rättslig reglering, vilket bedrivs vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet och finansieras av Vetenskapsrådet. Innehållet har i delar presenterats vid den rättshistorisk-förvaltningsrättsliga konferensen *Den svenska modellen*, Görvälns slott, Järfälla i oktober 2014. Jag vill rikta ett tack till deltagarna i konferensen för värdefulla synpunkter. Ett stort tack går också till Bengt Lundell, Vilhelm Persson och Martin Sunnqvist för kommentarer till utkast till artikeln.

¹ Med lagprövning avses här prövning av såväl lagar som lägre föreskrifter. Se vidare om terminologin och innebörden av lagprövning (också betecknad normprövning eller föreskriftsprövning) Joakim Nergelius, *Konstitutionellt rättighetskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, 1996 s. 660 fotnot 1; Annika Lagerqvist Veloz Roca, *Föreskrift och föreskriftsprövning enligt 1974 års regeringsform*, 1999 s. 12; SOU 2007:85 s. 13; Karin Åhman, *Normprövning. Domstols kontroll av svensk lags förenlighet med regeringsformen och Europarätten 2000–2010*, 2011 s. 19 ff.; Martin Sunnqvist, *Konstitutionellt kritiskt dömande. Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel*, 2 rev. uppl. 2014 s. 87 f.

² Jfr Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford 2014 kap. 1 som uppmärksammar lagprövning genom icke-judiciella statsorgan, dock utan att närmare behandla förvaltningsmyndigheter.

social trygghet och miljöskydd? Varför ska då till exempel en länsstyrelse ha kompetens att åsidosätta riksdagens lagar eller regeringens förordningar? Uttryckliga regler av detta slag tycks vara mycket ovanliga i andra statsklick.³ I ett internationellt perspektiv har annars traditionella teorier om (horisontell) maktindelning mellan lagstiftande, dömande och verkställande makt i Montesquieus efterföljd varit mycket inflytelserika (se om betydelsen av sådana teorier i den svenska rättsutvecklingen avsnitt 2).⁴ Dessa teorier räknar den offentliga förvaltningen som en underordnad del av den verkställande makten. Det kan då vara svårt att tillerkänna förvaltningen en lagprövande roll.⁵

Joakim Nergelius har angående svensk rätt framfört att det är principiellt fel att förvaltningsorgan ska kunna ägna sig åt lagprövning. Uppgiften att på detta sätt kontrollera de normgivande organen bör, menar han, vara förbehållen domstolarna. Likställandet av domstolar och förvaltning i detta hänseende utgör en ”reminiscens av grumligt konstitutionellt tänkande” som inte borde ha bevarats i grundlagsreformen 2010. Lagprövning för andra än domstolar skulle dessutom kunna medföra oreda i rättstillämpningen.⁶ Även andra bedömare har uttryckt sig skeptiskt till en sådan prövningskompetens för förvaltningsorgan.⁷

I denna artikel undersöks innebörden av bestämmelsen i 12 kap. 10 § RF i förhållande till den kritik som Nergelius och andra har framfört. Det övergripande syftet är att belysa förvaltningens rättsliga ställning i det svenska konstitutionella systemet mot bakgrund av exemplet lagprövning. Undersökningen är rättsvetenskaplig och är inriktad på att kartlägga och diskutera de

³ Se Iain Cameron, *Protection of Constitutional Rights in Sweden*, [1997] Public Law 488–512, 509 som menar att de svenska förvaltningsorganens lagprövning troligen är unik i internationell jämförelse; Anders Eka m.fl., *Regeringsformen med kommentarer*, 2012 s. 496 (kommentaren till 12 kap. 10 § RF); jfr den mer begränsade lagprövningen för förvaltningen enligt 107 § Finlands grundlag.

⁴ Se allmänt om flexibiliteten – och vagheten – hos maktindelningsteorier Henrik Palmer Olsen, *Magtfordeling. En analyse af magtfordelingslæren med særligt henblik på den lovgivende magt*, København 2005 s. 4 f.

⁵ Jfr den juridiska debatten i USA ang. presidentens utrymme att åsidosätta lagstiftning som strider mot konstitutionen Dawn E. Johnsen, *Presidential Non-Enforcement of Constitutionally Objectionable Statutes*, 63 *Law and Contemporary Problems* (2000) s. 7–60.

⁶ Se Nergelius 1996 (not 1) s. 672 f.; Nergelius, *Svensk statsrätt*, 3 uppl. 2014 s. 105 fotnot 86 och 247 f.

⁷ Se Bertil Bengtsson, *Om lagprövning ur svenskt perspektiv*, NAT 1989 s. 323–336 på s. 331: ”Men lagprövningen torde då [vid en utökad lagprövning utan uppenbarhetsrekvisit] få reserveras för domstol; att varje förvaltningsmyndighet skulle få åsidosätta en lagregel så snart den ter sig grundlagsstridig tycks inte ha satts i fråga [sic] och är nog inte tänkbart.”; se även Olof Petersson i *Statlig styrning och ansvarsutkrävande*, rapport från riksdagen 2012/13:RFR1 s. 11: ”... att en vanlig liten myndighet skulle kunna sätta sig över riksdagen hade vi [författarna till en tidigare rapport] aldrig gått med på.”

rättsliga ramarna för förvaltningens lagprövning. Den rekonstruktion av rättslaget som blir resultatet av en sådan undersökning kan utgöra kunskapsunderlag till den rätts- och förvaltningspolitiska diskussionen om förvaltningens roll i statskicket, då framför allt när det gäller frågan om utrymmet för lagprövning i andra organ än domstolar.

Framställningen utgår från det rättsliga materialet i form av lagstiftning, rättsvetenskaplig diskussion, förarbetsuttalanden och praxis. En utgångspunkt om grundlagarna är att de rättsligt bör betraktas som överordnade rättsregler (*lex superior*) som är bindande på samma sätt som annan lagstiftning, och inte enbart som försök att empiriskt beskriva det faktiskt existerande statskicket.⁸ När det gäller praxis kan det redan här konstateras att tillämpning av bestämmelsen tycks vara ovanlig.⁹ Eftersom det här dessutom rör sig om underordnade organ, vars beslut i många fall kan överklagas till förvaltningsdomstol, kan det inte enbart bli fråga om att sammanställa auktoritativa avgöranden (prejudikat). De fåtaliga avgöranden som jag refererar till i det följande ska i stället ses som exempel på hur bestämmelsen i 12 kap. 10 § RF kan bli aktuell i förvaltningen.

Undersökningen är avgränsad på så sätt att den behandlar frågor om lagprövning som är specifika för förvaltningen, det vill säga de offentliga organ som omfattas av 12 kap. 10 § RF. Domstolarnas lagprövning kommer endast att beröras om de är av betydelse för förvaltningens roll och funktion i detta avseende. När det gäller aspekter som är gemensamma för domstolarna och den offentliga förvaltningen hänvisas till den omfattande litteraturen om domstolarnas normkontroll. Till dessa gemensamma aspekter hör balansen mellan politiskt och rättsligt beslutsfattande, det nu avskaffade uppenbarhetsrekvisitet och förhållandet till andra former för konstitutionell kontroll.¹⁰

En teoretisk utgångspunkt för undersökningen är att det finns en spänning i förvaltningens konstitutionella roll som å ena sidan genomförare av demokratiskt grundade organs beslut och å andra sidan självständig tillämpare av rättsregler. I statsvetenskaplig förvaltningsteori har Lennart Lundquist – utan att uttryckligen anknyta till lagprövning – allmänt identifierat en konflikt mellan grundläggande värdenivåer i förvaltningen, nämligen vad han beteck-

⁸ Se Thomas Bull – Fredrik Sterzel, Regeringsformen – en kommentar, 2 uppl. 2013 s. 46; Henrik Wenander, En princip om internationell öppenhet – 1 kap. 10 § regeringsformen och socialförsäkringsrätten, FT 2011 s. 537–561 på s. 548; Nergelius 2014 (not 6) s. 14; jfr också Thomas Bull, Maktindelning i den svenska författningen, i: dens., Fundamentala fragment. Ett konstitutionellt lapptäcke, 2013 s. 15–28 på s. 27.

⁹ Se Wiweka Warnling-Nerep – Annika Lagerqvist Veloz Roca – Jane Reichel, Statsrättens grunder, 4 uppl. 2011 s. 229 f.

¹⁰ Se för aktuella framställningar Nergelius 2014 (not 6) s. 233–283; Åhman (not 1); Sunnqvist (not 1).

nar som värdena *lojalitet gentemot överordnade* och *lydnad inför lagen*.¹¹ Vidare har Helena Wockelberg gjort en statsvetenskaplig undersökning av de politiska partiernas syn på förvaltningen mellan 1975 och 2000. Hon har då uppmärksammat bland annat politiska uppfattningar om förvaltningens lagprövande roll utifrån kategorierna *följsamt verktyg* och *motmakt*.¹² Dessa beskrivningar passar in väl på den grundläggande frågan om förvaltningens utrymme för lagprövning.

I svensk rätt kommer intresset av *lojalitet* till uttryck genom att de statliga förvaltningsmyndigheterna är underordnade regeringen eller – när det gäller vissa speciella organ – riksdagen (12 kap. 1 § RF). Det föreligger därmed en grundläggande lydnadsplikt för dessa myndigheter i förhållande till regeringen (eller riksdagen).¹³ I fråga om kommunala förvaltningsmyndigheter och andra organ som kan räknas till den offentliga förvaltningen i vid mening (se vidare avsnitt 3) är dock denna lojalitet mot den centrala politiska makten i riksdag och regering mindre tydlig.

Intresset av vad Lundquist betecknade som *lydnad inför lagen* manifesteras genom att organ inom den offentliga förvaltningen på samma sätt som domstolarna är bundna av legalitetsprincipen (1 kap. 1 § tredje stycket RF). Principens effektiva genomslag kan tänkas förutsätta att förvaltningsorgan kan åsidosätta regler som inte överensstämmer med högre rättsliga normer.¹⁴ Med legalitetsprincipen sammanhänger att förvaltningsmyndigheter enligt den så kallade svenska förvaltningsmodellen ska agera självständigt när de fattar beslut i ärenden som rör myndighetsutövning mot en enskild eller en kommun eller som rör tillämpningen av lag (12 kap. 2 § RF).¹⁵ Dessutom kan EU-rättens krav på effektivt genomslag för enskildas rättigheter innebära att förvaltningsorgan måste kunna åsidosätta nationella regler. För att legalitetsprincipen ska få praktiskt genomslag enligt RF och EU-rätten krävs ett stort mått av integritet hos tjänstemännen i förhållande till riksdag, regering och andra organ.¹⁶

¹¹ Se Lennart Lundquist, *Förvaltning, stat och samhälle*, 1992 s. 56 f.

¹² Se Helena Wockelberg, *Den svenska förvaltningsmodellen. Parlamentarisk debatt om förvaltningens roll i styrelseskicket*, 2003 s. 29.

¹³ Se SOU 2008:125 s. 351; Eka m.fl. (not 3) s. 478.

¹⁴ Se om den principiella anknytningen mellan legalitetsprincipen och lagprövning i allmänhet Nergelius 1996 (not 1) s. 671; Nergelius 2014 (not 6) s. 248 f.

¹⁵ Till det som brukar betecknas som den svenska förvaltningsmodellen kan även räknas att myndigheterna lyder under regeringen (12 kap. 1 § RF), och att denna fattar sina beslut kollektivt (7 kap. 3 § RF). Se vidare ang. oklarheten i vad som omfattas av beteckningen Shirin Ahlbäck Öberg, *Förvaltning och revision*, i: I. Mattsson – O. Petersson (red.), *Svensk författningspolitik*, 3 uppl. 2011, s. 156–172, 160 f.

¹⁶ Se SOU 2007:75 s. 207 ff.; Sten Heckscher, *Lydnadsplikt, självständighet och ministerstyre*, i S. Heckscher – A. Eka (red.), *Festskrift till Johan Hirschfeldt*, 2008 s. 145–158, särskilt s. 151.

När det slutligen gäller betydelsen av maktindelningsteorier har dessas traditionella syn på förvaltningen som en del av den verkställande makten utmanats i den samtida internationella rättsvetenskapen. Det har då framhållits att förvaltningen ("The Administrative State") sedan länge har vuxit så mycket i omfattning och ansvar att det är rimligt att räkna med den som en egen statsmakt, som bör behandlas åtskilt från regeringsmakten.¹⁷ Allt detta kan principiellt tala för att förvaltningen åtminstone i vissa situationer ska kunna utgöra en, med Wockelbergs terminologi, motmakt till den politiska makten.

I det följande redogörs mot bakgrund av dessa förutsättningar först för den historiska bakgrunden till förvaltningens lagprövning i Sverige (avsnitt 2). Därefter undersöks innebörden av dagens bestämmelse i 12 kap. 10 § RF när det gäller vilka organ som omfattas (avsnitt 3), vilka regler som kan prövas (avsnitt 4) samt hur förfarandet är utformat (avsnitt 5). I det avslutande avsnitt 6 lämnas några sammanfattande kommentarer till undersökningen.

2. Historisk bakgrund

Det är inte här möjligt att på ett heltäckande sätt undersöka den historiska utvecklingen av lagprövning inom förvaltningen i svensk rätt. Framför allt för de äldre skedena fram till 1900-talets början skulle detta kräva omfattande rätthistorisk forskning genom arkivstudier i anslutning till primärkällor, något som faller utanför artikelns ramar. I detta avsnitt görs därför endast vissa nedslag i den historiska utvecklingen mot bakgrund av exempel som har uppmärksamats i tidigare rättsvetenskaplig forskning. Fokus ligger på den utveckling under 1809 års och 1974 års regeringsformer (avsnitt 2.2 och 2.3) som ledde fram till den nuvarande regleringen.

2.1 Från medeltiden till 1809 års RF

Grundläggande idéer om krav på lagstöd i den offentliga verksamheten tycks ha förekommit i någon utsträckning redan mycket tidigt i den svenska offentliga rättens historia.¹⁸ Sedan medeltiden och tillkomsten av något som kan betraktas som en svensk stat hade kungen betraktats som innehavare av den

¹⁷ Se Eoin Carolan, *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State*, Oxford 2009 s. 42 ff.; Bruce Ackerman, *Good-bye Montesquieu*, i: S. Rose-Ackerman – P. Lindseth (red.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham – Northampton 2010 s. 128–133 på s. 129: "Almost three centuries later, it is past time to rethink Montesquieu's holy trinity"; i svenskt perspektiv Bull (not 8) s. 24 ff.

¹⁸ Se Nils Stjernquist, *Land skall med lag byggas. Svensk författningshistoria. I: Sveriges konstitutionella urkunder*, 1999 s. 9–45, på s. 11.

högsta administrativa makten i riket. Denna makt skulle dock utövas i enlighet med lagarna och rättsordningen, något som bland annat kom till uttryck i Magnus Erikssons landslag från omkring 1350.¹⁹ Det får betraktas som givet att det faktiska genomslaget för sådana krav på lagstöd i utövandet av kunglig makt kunde variera stort beroende på de politiska förutsättningarna och maktförhållandena.²⁰

Den statliga offentliga förvaltning som framträdde i det tidigmoderna Sverige under 1500- och 1600-talet kan betraktas som ett utflöde av den kungliga makten. Inrättandet av särskilda organ för förvaltning, tydligast genom 1634 års RF, förändrade inte detta förhållande. Den svenska förvaltningens självständiga rättstillämpning (jämför idag den ovan nämnda bestämmelsen i 12 kap. 2 § RF) utgör ett betydligt senare fenomen.²¹

Det kan här påpekas att åtskillnaden mellan rättskipning och förvaltning mycket länge spelade en begränsad roll i det svenska konstitutionella systemet och att administrativa och judiciella funktioner ofta kunde förenas i samma organ och betraktas på likartat sätt.²² Myndighetsinstruktioner och liknande tycks inte sällan ha omfattat påminnelser om att verksamheten skulle utövas inom rättsordningens ramar.²³

Som ett exempel på att vad som idag skulle ses som lagprövning i förvaltningen inte var helt utesluten har tidigare forskning uppmärksammat kungliga besluts förhållande till riksstaten (statsbudgeten). Denna ansågs nämligen rättsligt bindande också för kungen, så även under det karolinska enväldet. När kungen ändå av någon anledning ansåg sig behöva avvika från riksstaten

¹⁹ Se SOU 1964:27 s. 57 ff.; Hans-Heinrich Vogel, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweden*, i: A. von Bogdandy – P. Cruz Villalón – P. Huber (red.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*. Band I. *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, Heidelberg 2007 s. 507–564, på s. 510 (punkt 3); jfr V.3 § konungabalken i Magnus Erikssons landslag, *Sveriges konstitutionella urkunder* (not 18) s. 47.

²⁰ Se Nils Herlitz, *Nordisk offentlig rätt. I. Historisk inledning*, 1958 s. 6 ff.; SOU 1964:27 s. 63.

²¹ Se Thomas Bull, *Oxenstierna och omvärlden*, i: T. Bull m.fl. (red.), *Arvet från Oxenstierna – reflektioner kring den svenska förvaltningsmodellen och EU*, 2012 s. 7–19 på s. 7 f. som menar att myndigheternas självständighet kan knytas till utvecklingen under 1700-talet, men att en förutsättning för denna var de organisatoriska förändringarna genom 1634 års RF; se även SOU 1983:39 s. 96, ang. att dualismen mellan regeringsmakten (Kungl. Maj:t) och ämbetsverken förstärktes under 1800-talet; se även Nils Stjernquist, *Regerar regeringen över de centrala ämbetsverken? StvT 1984 s. 211–226, 219* för uppfattningen att tesen om förvaltningsmyndigheternas självständighet mot regeringen kom att etableras på allvar på 1920-talet; se vidare Catrin Andersson, *Tudelad trots allt – dualismens överlevnad i den svenska staten 1718–1987*, 2004.

²² Se SOU 1964:27 s. 58 ff.; särskilt angående Kammarkollegiet och dess dömande funktion (så småningom betecknad Kammarrätten) Kjell Å Modéer – Christian Häthén, *Kammarrens jurister. Kammarrätten 1695–1995*, 1995 s. 12 ff.

²³ Se SOU 1964:27 s. 63 med hänvisning till 1635 års landshövdingeinstruktion, kammarrådsleden i 1618 års instruktion för kammarrådet samt 1689 års förordning om processen i kammar- och kommerskollegierna.

skulle han först höra Statskontoret som var ansvarig myndighet. Om kungen hade underlåtit att på detta sätt höra Statskontoret när ett beslut fattades, skulle myndigheterna betrakta beslutet som en nullitet.²⁴ Som har framhållits av Nils Stjernquist kan en sådan kompetens för myndigheterna knytas till deras mera allmänna, och enligt Stjernquist närmast tidlösa, plikt att för högre myndighet påtala fel eller brister i regler eller anvisningar, ibland betecknad som *remonstrationskyldighet*.²⁵

Det arbete med att reformera lagstiftningen som hade inletts under Karl XI:s tid resulterade så småningom i 1734 års lag. Ämnen som i vår tid skulle betraktas som stats- eller förvaltningsrättsliga berördes inte i någon större utsträckning. Av intresse för denna undersökning är dock bestämmelsen i 10 kap. 26 § rättegångsbalken, vilken angav att författningsbestämmelser om prövning i förvaltningsmyndighet uteslöt prövning i domstol. På detta sätt etablerade lagstiftningen en sidoordning av domstolar och förvaltningsmyndigheter som byggde vidare på förhållandena under 1634 års RF.

Från 1700-talet finns ett ytterligare möjligt exempel på utrymme för lagprövning i förvaltningen, då gällande de formella kraven på kungliga beslut. Enligt § 21 i 1772 års regeringsform skulle befallningar som saknade kontrasignering inte åtlydas. Bestämmelsen leder närmast tankarna till en form av nullitetsresonemang.²⁶

2.2 Utvecklingen under 1809 års RF

2.2.1 Regeringsformen och maktindelningen

Genom 1809 års RF kom upplysningstidens idéer om maktdelning i olika mening att i viss utsträckning påverka den svenska konstitutionella ordningen.²⁷ Det är dock omdiskuterat i vilken mån grundlagen kom att innebära en maktdelning av det slag som har brukat förknippas med Montesquieu med en åtskillnad mellan lagstiftande, dömande och verkställande makt. Det är visserligen möjligt att i någon mån se 1809 års RF som ett uttryck för en sådan maktdelning, inte minst som konstitutionsutskottet i sitt memorial till förslaget till ny RF uttalade att det med sitt förslag hade försökt att bilda en

²⁴ Se Fredrik Lagerroth, Statsreglering och finansförvaltning i Sverige till och med frihetstidens ingång, Skrifter utgivna av Fahlbeckska stiftelsen XI, 1928 s. 120 f. med hänvisning till en förklaring av Karl XI från år 1685; Fredrik Lagerroth, 1809 års regeringsform. Dess ursprung och tolkning, 1942 s. 135.

²⁵ Se Stjernquist 1984 (not 21) s. 217.

²⁶ Se Karl Willgren, Den historiska utvecklingen av Finlands förvaltningsrätt, Helsingfors 1934 s. 84.

²⁷ Se Vogel (not 19) s. 531 (punkt 55) ang. att idéer om maktdelning mellan kung och riksdag kom till uttryck redan i 1772 års RF.

styrande, en lagstiftande och en dömande makt.²⁸ Samtidigt fick denna tredelade maktindelning inte något större genomslag i den slutliga grundlagstexten. Snarare byggde 1809 års RF till stor del på en delning av makten mellan kung och riksdag. Dessa ansvarade, delvis tillsammans, delvis var för sig, för vad som kunde beskrivas som fem statsmakter, nämligen den lagstiftande, styrande, dömande, beskattande respektive kontrollerande.²⁹ Särskilt kan här noteras att förvaltningen fortsatt hängde nära samman med domstolarna.³⁰ Det är möjligt att betrakta grundlagen som ett resultat av en långtgående anpassning av utländska idéer till svenska historiska och konstitutionella erfarenheter.³¹ I fråga om teoretisk grund kan här alltså noteras en spänning mellan de olika formerna av maktindelningssystem, något som kan ha betydelse för hur utvecklingen av förvaltningens ställning ska förstås.

Uppdelningen mellan kung och riksdag kan skönjas i grundlagens disposition, där §§ 1–48 rörde kungamakten, medan bestämmelserna för riksdagen följde i §§ 49–77, med några ytterligare bestämmelser i skilda ämnen i de resterande paragraferna.³² Till den kungliga sfären hörde enligt grundlagens systematik såväl domstolarna som förvaltningen. Högsta domstolen, och från 1909 Regeringsrätten, dömde i kungens namn och omfattades av kungens plikter enligt § 16 att följa lag och laga stadgar. Bestämmelsen förde till sin ordalydelse vidare innehållet i kungaeden från Magnus Erikssons landslag, vars konungabalk slutligt hade upphävts genom 1809 års RF.³³ De lägre domstolarna samt förvaltningsmyndigheterna behandlades i § 47 i 1809 års RF:

²⁸ Se konstitutionsutskottet, Wördsamt memorial, publicerat i Sveriges konstitutionella urkunder (not 18) s. 183–191 på s. 184; Mats Kumlien – Kjell Å Modéer, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweden, i: A. von Bogdandy – S. Cassese – P. Huber (red.), Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band III. Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, Heidelberg 2010 s. 273–312, 283 f. (punkt 27 f.).

²⁹ Se Håkan Strömberg, Sveriges författning, 2 uppl. 1968 s. 88 f.; Nergelius 1996 (not 1) s. 592 ff.; Bull – Sterzel (not 8) s. 13; Sunnqvist (not 1) s. 112.

³⁰ Se Caroline Taube, En tredje statsmakt? Domstolarna under 1809 års regeringsform, i: M. Brundin – M. Isberg (red.), Maktbalans och kontrollmakt. 1809 års händelser, idéer och författningssverk i ett tvåhundraårigt perspektiv, 2009 s. 343–372 på s. 344.

³¹ Se Wårnling-Nerep – Lagerqvist Veloz Roca – Reichel (not 9) s. 27 som betecknar systemet under 1809 års RF som ”en inhemska tolkning av Montesquieus maktindelninglära i kombination med den maktindelning som vuxit fram i konstitutionell praxis”; Sunnqvist (not 1) s. 113; om receptionen av Montesquieus idéer i Sverige fram till 1809 års RF Torbjörn Vallinder, Montesquieu and Constitution-making in Sweden, 1809–1815 Part I, i: Vetenskapssocieteten i Lund, Årsbok 1989 s. 112–130.

³² Se Lagerroth 1942 (not 24) s. 31 ff.

³³ Se § 17 i 1809 års RF; se ang. HD:s bindning till lagen genom § 16 Robert Malmgren – Halvar G. F. Sundberg – Gustaf Petrén, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, 11 uppl. 1970, kommentar till § 47 (s. 60).

Rikets hovrätter och alla andra domstolar skola efter lag och laga stadgar döma; rikets kollegier, lantregeringen tillika med alla andra verk samt högre och lägre ämbetsmän, skola förvalta de dem åliggande sysslor och värv, enligt de instruktioner, reglementen och föreskrifter, som redan givna äro eller framdeles kunna givas, lyda Konungens bud och befallningar och räcka varandra handen till fullgörande därav och av allt vad rikets tjänst utav dem fordrar; blivande de Konungen i laga ordning ansvarige, om något av dem underlåtes och försummas eller olagligen behandlas.³⁴

Samtidigt som förvaltningen behandlades i samma sammanhang som domstolarna, uttryckte grundlagstexten alltså en skillnad mellan de två typerna av organ. Här kan möjligen skönjas ett utslag av ambitionen att skilja på dömande och styrande makt. I fråga om förvaltningsmyndigheterna betonade grundlagstexten dessas underordnade ställning i förhållande till kungamakten. Domstolarna omfattades inte på samma sätt av lydnessplikten.³⁵

Den förvaltningsapparat som fanns när 1809 års RF antogs hade fortfarande den kombination av dömande och förvaltande organ som hade etablerats under 1600-talet. Under 1800-talet kom emellertid förvaltningsorganens dömande funktioner i brottmål och tvistemål att successivt överflyttas till de allmänna domstolarna. Till någon del framfördes argument knutna till Montesquieus maktindelningsteori i anslutning till denna förändring. Praktiska motiv tycks dock ha dominerat.³⁶ Vid sidan av denna renodling av förvaltningens uppgifter tycks emellertid den statliga förvaltningens juridiska och domstolsliknande inriktning i praktiken till stor del ha bestått i fråga om rekryteringen av tjänstemän och arbetssättet i förvaltningsmyndigheterna.³⁷ Högre offentliga tjänstemän hade vidare på liknande sätt som domare skyddade anställningar, vilket som i domstolarna tillgodosåg intresset av oberoende i rättstillämpningen.³⁸ Det kan vidare noteras att bestämmelsen i 10 kap. 26 § rättegångsbalken i 1734 års lag kvarstod. Detta innebar att förvaltningsmyndigheter och domstolar även under 1800-talet i praktiken kan ha framstått som parallella organ utan större skillnader.³⁹

³⁴ Citerat efter den moderniserade lydelse som återges i Malmgren – Sundberg – Petrén (not 33) s. 60 f.

³⁵ Se Lagerroth 1942 (not 24) s. 95; Andersson (not 21) s. 143 f.

³⁶ Se Rune Lavin, *Domstol och administrativ myndighet*, 1972 s. 41 ff.; Sunnqvist (not 1) s. 117 ff.

³⁷ Se Nils Herlitz, *Grunddragen av det svenska statsskickets historia*, 6 uppl. 1964 s. 324; jfr även diskussionen i SOU 1968:47 s. 19 ff.

³⁸ Se § 36 i 1809 års RF i dess lydelse fram till 1965; Håkan Strömberg, *Allmän förvaltningsrätt*, 1 uppl. 1962 s. 32 ff.

³⁹ Se Willgren (not 26) s. 114 f.; Sunnqvist (not 1) s. 118.

2.2.2 *Diskussioner om lagprövning*

När det gäller lagprövningen kom det under 1800-talet att diskuteras i vilken mån de svenska domstolarna hade utrymme att åsidosätta rättsregler som – med nutidens terminologi – stred mot bestämmelser på en högre konstitutionell nivå. Denna diskussion pågick fram till att det konstitutionella reformarbetet hade påbörjats vid 1900-talets mitt (se vidare nedan).⁴⁰ Vid sidan av debatten om domstolarnas roll förekom också vissa diskussioner om förvaltningens lagprövning från slutet av 1800-talet fram till första halvan av 1900-talet. Till att börja med konstaterade Christian Naumann att grundlagstexten i § 38 i 1809 års RF krävde att kungliga befallningar till förvaltningen ”för att bli gällande” skulle vara försedda med underskrift och kontrasignering (jämför om motsvarande bestämmelse i 1772 års RF ovan avsnitt 2.1). I den mån sådana beslut var generella och motsvarade vad vi idag betraktar som författningar (väl närmast förordningar inom regeringens restkompetens) fanns alltså här utrymme för vad som idag kan betecknas som en formell lagprövning.⁴¹

På liknande sätt anförde C.A. Reuterskiöld i sin grundlagskommentar:

Hvarje myndighet har alltid formell pröfningsrätt d. v. s. den har att pröfva, huruvida åberopad lag eller författning dels är äkta eller af den gifven, som anges såsom dess utfärdare, dels fortfarande gäller: den förra frågan besvaras jakande, när stadgade former för utfärdandet finnas iakttagna, den senare, när det konstateras, att hvarken ändring eller upphäfvande senare skett.⁴²

Reuterskiölds rättspolitiska inriktning kan, bland annat avseende lagprövning, betraktas som en strävan bort från de maktdelningsidéer som till viss del hade präglat det sena 1800-talets utveckling.⁴³

Nils Herlitz uppmärksammade vidare situationer där tjänsteföreskrifter skulle kunna åsidosättas på grund av ogiltighet. Med tjänsteföreskrifter avsåg Herlitz beslut av Kungl. Maj:t eller myndigheter inom förvaltningen som reglerade förvaltningsverksamheten utan att direkt ge upphov till rättigheter eller skyldigheter för enskilda. Stöd för möjligheten att åsidosätta sådana föreskrifter fanns till viss del i speciallagstiftning. Som en förutsättning för att åsido-

⁴⁰ Se Nergelius 1996 (not 1) s. 660 ff.

⁴¹ Se Christian Naumann, Sveriges statsförfattningsrätt II, ny uppl., 1880 s. 195 f.; se även vid slutet av 1809 års RF:s tid Malmgren – Sundberg – Petrén (not 33), kommentar till § 38 (s. 52); se ang. motsvarigheterna i nuvarande RF till författningstyperna under 1809 års RF Håkan Strömberg, Normgivningsmakten, 3 uppl. 1999 s. 57.

⁴² C. A. Reuterskiöld, Sveriges grundlagar med därtill hörande författningar och konstitutionell sedvanerätt samt vissa internationella överenskommelser m.m. I. Regeringsformen och successionsordningen, 2 uppl. 1934 s. 81 (kommentar till § 47).

⁴³ Se vidare om Reuterskiölds rättspolitiska åskådning Stjernquist 1984 (not 21) s. 219 f.; Andersson (not 21) s. 143 f.

sätta en felaktig tjänsteföreskrift angav Herlitz att felet måste vara uppenbart. Resonemanget byggde till viss del på teorier om förvaltningsrättslig nullitet.⁴⁴ Enligt dagens syn på åtskillnad mellan beslut i enskilda fall och rättsregler, omfattade Herlitz uppfattning åtminstone delvis sådant som idag skulle betecknas som lagprövning. Det kan dock noteras att det här handlade om interna regler på lägre nivå.⁴⁵

När det gällde prövning i förhållande till lagar framförde Herlitz i ett senare sammanhang att det, åtminstone i vissa situationer, kunde vara aktuellt att tillerkänna förvaltningsorganen samma möjligheter till lagprövning som domstolarna. Som skäl angav han att förvaltningstjänstemän på samma sätt som domare hade att tillämpa lagar självständigt utan att styras av överordnade.⁴⁶

2.2.3 Reform av författning och förvaltning

Frågan om lagprövning – inklusive förvaltningsmyndigheternas roll i sammanhanget – kom att uppmärksammas under efterkrigstidens arbete med reformering av förvaltningsförfarandet och regeringsformen. Besvärssakkunniga, den kommitté som utredde förvaltningsförfarandet, behandlade i sitt principbetänkande från 1955 kort frågan om domstol eller annan myndighet hade rätt att pröva normers giltighet. Kommittén konstaterade att det fanns flera exempel på att såväl HD som Regeringsrätten hade gått in på en sådan prövning, men att det var osäkert var gränserna för denna prövning gick. Den uttalade sig inte närmare om vare sig domstolars eller andra organs lagprövning.⁴⁷

Författningsutredningen berörde 1963 i sitt förslag till regeringsform ”frågan om *lagprövningsrätten*, varmed avses i första hand domstolarnas rätt att pröva huruvida stadgande i lag eller annan författning står i överensstämmelse med grundlag”.⁴⁸ Det kan noteras att utredningens formulering (”i första hand domstolarnas”) kan förstås som att den ansåg att lagprövningsrätten kunde omfatta andra organ än domstolar.⁴⁹ Utredningen lämnade inte något

⁴⁴ Se Nils Herlitz, Föreläsningar i förvaltningsrätt II. Den offentliga förvaltningens organisation, 2 uppl. 1948 s. 159 ff. (definition av tjänsteföreskrift) och 191 ff. (utrymmet för åsidosättande) med hänvisning till bl.a. polisreglementet. Jfr också, med anknytning till nullitetsresonemang, diskussionen om förvaltningens utrymme att vägra verkställighet av en lagstridig dom, refererad i Sunnqvist (not 1) s. 445.

⁴⁵ Jfr ang. myndighetsinterna regler i dagens svenska förvaltning Vilhelm Persson, Intern normgivning efter myndighetsförordningen, FT 2009 s. 233–245.

⁴⁶ Se Nils Herlitz, Nordisk offentlig rätt II. Riksdagarna och tingen, 1958 s. 81 f. och 89.

⁴⁷ SOU 1955:19 s. 51 och 92.

⁴⁸ SOU 1963:17 s. 155 (kursivering i original).

⁴⁹ För en möjligen annorlunda tolkning se SOU 2007:85 s. 18.

förslag om en regel om lagprövning, men utgick i sitt betänkande från att domstolarna hade rätt att genomföra sådan prövning. Däremot uttalade den sig inte om vad som gällde för andra offentliga organ.⁵⁰

I den rättsvetenskapliga diskussion som följde på betänkandet framförde Nils Herlitz att Författningsutredningens förslag rimligen kunde förstås som att förvaltningsmyndigheterna måste tillerkännas samma rätt som domstol. Motiveringen var att legalitetsprincipen förutsatte en sådan rätt.⁵¹ Håkan Strömberg menade däremot att en lagprövningsrätt för förvaltningsmyndigheter skulle strida mot ”subordinationsförhållandet inom statsförvaltningen” och att en sådan därför knappast kunde komma ifråga. Också för regeringen i dess roll som högsta instans i förvaltningsärenden skulle lagprövning vara utesluten. Han uppmärksammade dock som ett särskilt problem förvaltningsdomstolarnas lagprövningsrätt. Enligt tidens synsätt var dessa organ inte nödvändigtvis helt och hållet att betrakta som domstolar.⁵² Strömberg menade att de ändå borde tillerkännas lagprövningsrätt, detta för att möjliggöra lagprövning i de förvaltningsärenden där regeringen inte var högsta instans. Om förvaltningsdomstolarna skulle tillerkännas en sådan rätt, konstaterade Strömberg, skulle de emellertid i strid med förvaltningsrättsliga principer få större befogenheter än de myndigheter, vars beslut de överprövade.⁵³

I remissvaren till betänkandet uppmärksammade några instanser frågan om lagprövning i förvaltningen. Kammarrätten konstaterade att även andra rättstillämpande myndigheter än domstolar hade ”en viss formell lagprövningsrätt, avseende befogenhet att pröva formerna för ett stadgandes tillkomst.”⁵⁴ Hovrätten över Skåne och Blekinge gick ännu längre och menade att administrativa myndigheter hade principiellt samma prövningsrätt som domstol. Denna rätt kunde visserligen vara inskränkt av myndighetens lydnessplikt i förhållande till en överordnad myndighet. När det gällde beslut som kunde hamna under Regeringsrättens prövning kunde det dock knappast tänkas, menade hovrätten, att förvaltningsmyndighetens prövningsrätt skulle vara mindre än Regeringsrättens.⁵⁵ Också Besvärssakkunniga menade att ”grundsatsen att förvaltningsmyndigheterna skall fullgöra sina uppgifter efter vad i lag och författning stadgas”, alltså legalitetsprincipen, förutsatte en

⁵⁰ Se SOU 1963:17 s. 155 f.

⁵¹ Se Nils Herlitz, 1969 års regeringsform? Kommentarer till Författningsutredningens förslag, 1963 s. 136 f.

⁵² Se Sunnqvist (not 1) s. 468.

⁵³ Se Håkan Strömberg, Lagprövningsrätt och medborgerliga rättigheter, StvT 1964 s. 21–31, på s. 24 f.; se för en mer sentida kommentar Nergelius 1996 (not 1) s. 666 ff.

⁵⁴ SOU 1965:2 s. 61.

⁵⁵ Ibid. s. 63.

lagprövningsrätt och lagprövningsskyldighet.⁵⁶ Det fanns dock andra remissinstanser som ställde sig mer tveksamma till en lagprövningsrätt för andra offentliga organ än domstolar.⁵⁷

Parallellt med reformen av stats- och förvaltningsrätten förändrades regleringen av de offentliga tjänstemännens anställningsvillkor. Tidigare hade som nämnts många offentligt anställda haft ett särskilt anställningsskydd på liknande sätt som domare (avsnitt 2.2.1). Från och med 1960-talet försvann detta särskilda skydd successivt.⁵⁸

I det fortsatta arbetet med författningsfrågan fick Grundlagberedningen 1966 bland annat i uppdrag att behandla ”frågan om domstolars *och andra myndigheters* lagprövningsrätt”.⁵⁹ Grundlagberedningen kom dock att avstå från att lämna något förslag om grundlagsreglering av lagprövningen för, som den uttryckte det, ”domstolar och andra rättstillämpande organ”. Bakgrunden var en politisk kompromiss.⁶⁰ I sammanfattningen av betänkandet angav beredningen att dåvarande rättspraxis om ”de rättstillämpande myndigheternas” lagprövning skulle bestå.⁶¹ Kommitténs formulering kan här uppfattas som att den – så som hade diskuterats redan i remissbehandlingen av Författningsutredningen – ansåg att lagprövningsrätten inte bara gällde domstolarna utan också andra ”rättstillämpande myndigheter”. Det kan här noteras att Högsta domstolens och Regeringsrättens praxis i fråga om lagprövning inte gav något tydligt besked om förvaltningsmyndigheternas eventuella roll i lagprövningen.⁶²

Vad som möjligen var av betydelse i sammanhanget var att Grundlagberedningen tydligt utgick från att den nya grundlagen inte skulle bygga på någon maktdelningstanke som den som till någon del präglat 1809 års RF. I stället skulle folksuveränitetens princip, förverkligad genom parlamentarismen, vara vägledande.⁶³ I linje med detta synsätt ansågs domstolar och förvaltningsorgan till stor del ägna sig åt i stort sett likartad verksamhet, nämligen rättstillämpning som syftade till att förverkliga politiska beslut. Angå-

⁵⁶ Ibid. s. 73. Besvärssakkunniga lämnade kort tid efter sitt remissyttrande slutbetänkandet SOU 1964:27, där frågan om lagprövning inte berördes.

⁵⁷ Ibid. s. 73.

⁵⁸ Se Eskil Hinn – Lennart Aspegren, Offentlig arbetsrätt (18 maj 2010, Zeteo), kommentaren till lagen om fullmaktsanställning, under rubriken Allmänt; Erik Holmberg – Nils Stjernquist m.fl., Grundlagarna (1 jan. 2012, Zeteo) kommentaren till 12 kap. 7 § RF.

⁵⁹ Se redogörelsen för utredningsdirektiven i SOU 1972:15 s. 73 (kursiverat här).

⁶⁰ Se SOU 1972:15 s. 107 f.; se ang. den politiska överenskommelsen Nergelius 1996 (not 1) s. 605 f.

⁶¹ Se SOU 1972:15 s. 14.

⁶² Se Nergelius 2014 (not 6) s. 239 ang. att Högsta domstolens prejudikat NJA 1964 s. 471 (butiksstängning) om lagprövning gällde domstolarna men troligen inte förvaltningsmyndigheterna.

⁶³ Se SOU 1972:15 s. 76 och 119 f.

ende förvaltningen konstaterade beredningen dock att en tydlig skillnad bestod i att förvaltningsmyndigheterna kunde vara skyldiga att lyda regeringen eller överordnad myndighet.⁶⁴

2.3 1974 års RF

2.3.1 Den nya grundlagen

År 1974 antog riksdagen slutligt den nya regeringsformen (1974 års RF).⁶⁵ Regleringen kom i stor utsträckning att följa Grundlagsberedningens förslag. Utgångspunkten för statskicket skulle vara folksuveräniteten, och därmed skulle de uttryck för maktindelning som fanns i 1809 års RF försvinna. Den konstitutionella strukturen enligt 1974 års RF kunde i stället beskrivas som en funktionsfördelning.⁶⁶

Domstolar och förvaltning kom att behandlas i ett gemensamt kapitel (11 kap.). I propositionen uttalade departementschefen, den socialdemokratiska justitieministern Lennart Geijer, allmänt att det inte var möjligt att utifrån gällande rätt tydligt skilja på förvaltning och domstolar. Båda slagen av organ ägnade sig åt att pröva rättsfrågor, och bådats verksamhet innefattade att verkställa beslut av riksdag och regering.⁶⁷ Också detta synsätt kan knytas till folksuveränitetens princip och avvisandet av en traditionell maktindelning till förmån för en funktionsfördelning.

När det gällde lagprövningen anförde departementschefen i propositionen följande:

Som jag har nämnt i det föregående förutsätter jag i likhet med [Grundlag-]beredningen att den s.k. lagprövningsrätt som har utvecklats i rättspraxis skall bestå även efter antagandet av den nya RF. Denna rätt har hittills i huvudsak kommit till uttryck genom domstolsavgöranden. Den torde emellertid anses tillkomma samtliga organ som tillämpar rättsregler under utövande av rättskipning eller offentlig förvaltning.⁶⁸

Det kan här noteras att justitieministern inte närmare utvecklade skälen till att lagprövningsrätten ”torde anses tillkomma” även andra organ än domsto-

⁶⁴ Ibid. s. 190 f.

⁶⁵ Rskr. 1974:19; jfr rskr. 1973:265. Se kungörelsen (1974:152) om beslutad ny regeringsform. Den nya RF trädde i kraft den 1 januari 1975.

⁶⁶ Se KU 1973:26 s. 17 f.; prop. 1973:90 s. 156; allmänt SOU 1963:17 s. 151 ff. (där med beteckningen funktionsuppdelning); Warnling-Nerep – Lagerqvist Veloz Roca – Reichel (not 9) s. 26 ff.; se även Bull (not 8) för en diskussion om skillnaden mellan maktindelning och funktionsfördelning i svenskt konstitutionellt perspektiv.

⁶⁷ Se prop. 1973:90 s. 233; se Sunnqvist (not 1) s. 728.

⁶⁸ Se prop. 1973:90 s. 200.

lar.⁶⁹ I ett rättspolitiskt perspektiv har framhävandet av förvaltningen i detta avseende förklarats med ambitionen att undvika att fokusera på domarnas roll. I bakgrunden fanns den ideologiska konflikten om jurismakt kontra folksuveränitet.⁷⁰ Mot bakgrund av förarbetenas starka ställning i svensk rätt – också i fråga om grundlagstolkning – får uttalandet betraktas som ett viktigt steg i utvecklingen mot att befästa att förvaltningsorgan har rättslig kompetens att ägna sig åt lagprövning.⁷¹

2.3.2 Förstärkt skydd för fri och rättigheter

I det fortsatta arbetet med att förstärka skyddet för fri- och rättigheter i den nya RF föreslog 1973 års fri- och rättighetsutredning att en bestämmelse om lagprövning för ”domstol eller annan myndighet” togs in i RF. Utredningen konstaterade i linje med det ovan citerade propositionsuttalandet (se avsnitt 2.3.1) att lagprövningsrätten tillkom inte enbart domstolar, utan också andra rättstillämpande myndigheter. Angående de senare tillade utredningen dock att lagprövning ”mera sällan torde aktualiseras i förvaltningsmyndigheternas verksamhet.”⁷²

Regeringsrätten (majoriteten) påpekade i sitt remissvar att förslaget kunde passa för domstolar och för andra myndigheter när dessa överprövar lägre instansers beslut. Domstolen pekade dock på vissa möjliga problem när det gällde andra organ. Till att börja med kunde det hos många förvaltningsmyndigheter saknas personer med tillräcklig juridisk skolning och erfarenhet för att kunna genomföra en lagprövning. Vidare kunde det enligt Regeringsrätten uppstå svårigheter på grund av att förvaltningsmyndigheter i vissa fall var underordnade andra förvaltningsmyndigheter och hade lydnessplikt i förhållande till dem. Det skulle då i praktiken vara svårt för den lägre myndigheten att lagpröva den överordnade myndighetens föreskrifter.⁷³

Ett regeringsråd, Sjöberg, menade i ett eget remissvar att det fanns flera invändningar mot förslaget om lagprövning. Han ifrågasatte om alla myndigheter verkligen var lämpade att ägna sig åt lagprövning. Dessutom, menade han, var det inte ovanligt att det inte fanns något egentligt partsförhållande i

⁶⁹ Se ang. Socialdemokraternas syn på förvaltningens lagprövande roll Wockelberg (not 12) s. 224 f., där det anförs att grundlagsfästandet av vad Wockelberg betecknar som motmakt (se ovan avsnitt 1) skulle förhindra att förvaltningen ”tog sig för stora friheter”.

⁷⁰ Se Warnling-Nerep – Lagerqvist Veloz Roca – Reichel (not 9) s. 229.

⁷¹ Se om förarbetenas betydelse för grundlagstolkning Nergelius 1996 (not 1) s. 681; Bull – Sterzel (not 8) s. 40 f.

⁷² Se SOU 1975:75 s. 34, 103 och 107; Sunnqvist (not 1) s. 737 ff.

⁷³ Se referatet av remissvaret i prop. 1975/76:209 s. 203 f.

förvaltningsärenden. Detta medförde att frågan om lagprövning då skulle kunna komma att stanna i första instans.⁷⁴

I den efterföljande propositionen refererade departementschefen (som fortfarande var Lennart Geijer) till sina uttalanden i grundlagspropositionen, också denna gång med hänvisning till ”myndigheterna” och ”de rättstillämpande organen”. Någon bestämmelse om lagprövning föreslogs dock inte i detta sammanhang. Det rättsläge som framgick av praxis, och som enligt departementschefen alltså omfattade även förvaltningsorgans lagprövning, skulle bestå.⁷⁵

2.3.3 Grundlagsfästandet av förvaltningens lagprövning

År 1977 tillkallade den borgerliga regeringen en kommitté för att ytterligare utreda regeringsformens skydd för fri- och rättigheter, Fri- och rättighetsutredningen.⁷⁶ Uppdraget omfattade också att behandla frågan om lagprövningsrätten. I sitt betänkande konstaterade utredningen att lagprövningen hade klargjorts inte bara av rättspraxis, utan också ”genom uttalanden såväl av ledamöterna av de båda högsta domstolarna som av statsmakterna”. Här stödde sig utredningen på bland annat de uttalanden som har redovisats här ovan. Den föreslog att detta rättsläge – som alltså omfattade förvaltningsorgans rätt och skyldighet att utföra lagprövning – skulle kodifieras.⁷⁷

I enlighet med förslaget infördes en bestämmelse om lagprövning i 11 kap. 14 § RF, vilken omfattade såväl domstol som ”annat offentligt organ”. Vid remissbehandlingen hade Högsta domstolen ifrågasatt varför detta ovanliga uttryck användes i stället för ”annan myndighet”. I propositionen anfördes att avsikten var att ”offentligt organ” inte enbart skulle omfatta förvaltningsmyndigheter, utan alla organ som i rättskipning eller offentlig förvaltning tillämpar rättsregler. Departementschefen, justitieministern i den borgerliga regeringen Sven Romanus, uttalade i propositionen att detta innebar att även enskilda som har fått en förvaltningsuppgift överlämnad till sig kunde komma att utöva lagprövning.⁷⁸ Det kan här konstateras att de tidigare förar-

⁷⁴ Se prop. 1975/76:209 s. 212.

⁷⁵ Ibid. s. 90 ff.

⁷⁶ Se om det arbete som ledde fram till 1980 års grundlagsrevision Sunnqvist (not 1) s. 742 ff.

⁷⁷ Se SOU 1978:34 s. 103–109; se även bet. 1978/79:KU39 som i fråga om lagprövningsrätten på liknande sätt konstaterade: ”Den har utvecklats i rättspraxis och har befästs genom uttalanden under det konstitutionella reformarbetet. Den anses tillkomma samtliga organ som tillämpar rättsregler under utövande av rättskipning eller offentlig förvaltning”; se allmänt om grundlagsfästandet av lagprövningskompetensen Sunnqvist (not 1) s. 742 ff.

⁷⁸ Prop. 1978/79:195 s. 66 (justitieministerns uppfattning) och bilaga 2 s. 102 (referat av HD:s remissvar); bestämmelsen om överlämnande av förvaltningsuppgift till privata organ finns nu i 12 kap. 4 § andra stycket RF.

betsuttalandena (av socialdemokratiska regeringar) om förvaltningsmyndigheternas sedvanerättsliga utrymme för lagprövning nu kompletterades med uttalanden (från en borgerlig regering) om att också privata organ skulle omfattas.⁷⁹

2.3.4 EU-medlemskapet

Sveriges medlemskap i EU 1995 innebar en omfattande förändring av det svenska statsskicket och innebörden av 1974 års RF. Bland annat kom EU-rätten att i stor utsträckning påverka den svenska förvaltningens roll och uppgifter. Medlemskapet i unionen medförde allmänt att EU-rätten skulle gälla enligt sitt innehåll i Sverige (se nu 1 kap. 10 § och 10 kap. 6 § RF samt lagen [1994:1500] med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen). Det innebar bland annat att Sverige som medlemsstat i enlighet med principen om lojalt samarbete skulle agera för att EU-rätten ska få genomslag i praktiken (artikel 4.3 i fördraget om Europeiska unionen, FEU).

I EU-domstolens praxis hade denna princip tidigt kommit att ligga till grund för EU-rättens direkta effekt och företräde i nationella domstolar.⁸⁰ Så småningom hade domstolen i målet *Costanzo* klargjort att också nationella förvaltningsorgan skulle ge EU-rätten genomslag på dessa sätt.⁸¹

I den grundläggande EU-rättsliga strukturen låg sålunda redan vid tidpunkten för Sveriges medlemskap att förvaltningsorgan är skyldiga att i enskilda fall verka för EU-rättens företräde och effektiva genomslag för regler på alla nivåer i EU-rätten i förhållande till alla slags nationella föreskrifter. Denna skyldighet ska tillämpas ex officio av de nationella organen i samma utsträckning som dessa av egen kraft ska tillämpa nationella regler.⁸² EU-domstolen kom sedermera att upprepa sin praxis i flera avgöranden gällande

⁷⁹ Se ang. de förvaltningspolitiska sammanhangen översikten över de politiska partiernas inställning hos Wockelberg (not 12) s. 106 f. (Moderaterna), 147 ff. (Folkpartiet), 185 ff. (Centern), 224 f. (Socialdemokraterna), 264 (Vänsterpartiet kommunisterna).

⁸⁰ Se om företräde mål 6/64 *Costa mot E.N.E.L.*, EU:C:1964:66; se sedermera även förklaring (nr 17) om företräde, EUT 2012 C 326/337.

⁸¹ Se mål 103/88 *Costanzo*, EU:C:1989:256 punkterna 29–33; se för den tidigare utvecklingen av praxis på detta område mål 167/73, kommissionen mot Frankrike, EU:C:1974:35 punkt 35; mål 158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft*, EU:C:1981:163 punkt 43.

⁸² Se Sacha Prechal, *Does Direct Effect Still Matter?* (2000) 37 *Common Market Law Review* 1047–1069, 1049; Carl-Fredrik Bergström – Jörgen Hettne, *Introduktion till EU-rätten*, 2014 s. 118; Jane Reichel, *God förvaltning i EU och Sverige*, 2006 s. 71 ff.; dens., *Ansvarsutkrävande. Svensk förvaltning i EU*, 2010 s. 80 ff.; Reichel har uppmärksammat att både praxis och rättslig reglering i Sverige ger uttryck för denna skyldighet: i RÅ 2004 not. 135 uttalade Regeringsrätten (nu HFD) att "[m]yndigheter och domstolar har en skyldighet att beakta gemenskapsrätten" och av 3 § myndighetsförordningen (2007:515) framgår vidare att myndigheter som omfattas av regleringen ska bedriva sin verksamhet i enlighet med EU-rätten.

både statliga och lokala myndigheter. I denna senare praxis klagjordes det också att skyldigheten att åsidosätta nationella regler kan gälla både lagar och förvaltningsföreskrifter.⁸³

I den juridiska litteraturen har Sacha Prechal, sedermera domare i EU-domstolen, uppmärksammat att avgörandet i Costanzo har mycket långtgående konstitutionella konsekvenser när det gäller maktindelning och att utgången kan betraktas som kontroversiell.⁸⁴ Med tanke på den svenska förvaltningsmodellen och att 1974 års RF inte avsåg att bygga på maktindelning av detta slag (avsnitt 1) är konsekvenserna dock möjligen mindre dramatiska i svensk rätt. I samband med att Sverige blev medlem i EU uppmärksammades att svenska förvaltningsmyndigheter inte ska tillämpa svenska regler som strider mot EU-rätten, men att myndigheterna i allmänhet inte kan begära förhandsavgörande från EU-domstolen.⁸⁵

Ett långtgående exempel på att en svensk förvaltningsmyndighet har agerat för att ge EU-rätten genomslag finns på skatteområdet. Där har Skatteverket i sina allmänna råd (så kallade styrsignaler) vid olika tillfällen bedömt att EU-domstolens praxis gör att vissa svenska skattebestämmelser inte får tillämpas. Myndigheten har därmed prövat svensk skattelagstiftnings förenlighet med EU-rätten utan anknytning till något enskilt fall.⁸⁶

Det ska understrykas att EU-rätten inte medförde några krav på att det skulle vara möjligt att pröva svenska föreskrifters förenlighet med högre inhemska författningar. Dock kom EU-rättens krav på direkt effekt och företräde för EU-rättsliga regler att påverka debatten om hur den svenska inhemska lagprövningen borde vara utformad. Inte minst kom uppenbarhetsrekvisitet att ifrågasättas.⁸⁷

2.3.5 Grundlagsreformen 2010

Mot bakgrund av utvecklingen sedan EU-medlemskapet kom bestämmelsen om lagprövning att förändras genom 2010 års grundlagsreform. Då delades det gamla 11 kap. RF upp på ett kapitel för domstolarna (11 kap.) och ett för förvaltningen (12 kap.). Bakgrunden till förändringen var enligt förarbetena att skillnaden mellan domstolar och förvaltning hade förstärkts i den rättsliga

⁸³ Se mål C-224/97 Ciola, EU:C:1999:212 punkterna 30 och 31; C-198/01 Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), EU:C:2003:430 punkt 49; C-606/10 Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE), EU:C:2012:348 punkt 75.

⁸⁴ Se Prechal (not 82) på s. 1049 där hon framför att avgörandet har "enormous constitutional impact"; H.C.H. Hoffmann – G.C. Rowe – A. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford 2011 s. 118.

⁸⁵ Se prop. 1994/95:19 s. 529.

⁸⁶ Se vidare, delvis kritiskt, Robert Pålsson, *Konstitutionell skatterätt*, 3 uppl. s. 121 ff.

⁸⁷ Se Nergelius 2014 (not 6) s. 277; jfr SOU 2008:125 s. 381; prop. 2009/10:80 s. 147 f.

regleringen, bland annat genom att ansvaret för att pröva vissa ärenden hade överflyttats från förvaltningen till domstolarna. Rimligen avsågs här förvaltningsdomstolarnas utökade roll i överprövningen av förvaltningsbeslut. Särskilt framhölls att EU-medlemskapet hade påverkat domstolarnas uppgifter. Förarbetena betonade också förvaltningens stora betydelse och angav att den statliga förvaltningsmodellen skulle finnas kvar. Genom att förvaltningen behandlades i ett eget kapitel i RF kunde dess betydelse tydliggöras.⁸⁸

Lagprövningsbestämmelsen delades upp på motsvarande sätt i 11 kap. 14 § och 12 kap. 10 § RF. Rättsläget kom dock inte att förändras när det gällde vilka organ som var behöriga att utföra lagprövning. Den expertgrupp som på Grundlagsutredningens uppdrag hade undersökt olika former av lagprövning hade visserligen diskuterat möjligheten att avskaffa förvaltningens lagprövningskompetens eller att begränsa den till situationer av myndighetsutövning eller tillämpning av lag (se nu 12 kap. 2 § RF). Expertgruppen uppmärksammade som ett motargument den processekonomiska sidan av förvaltningens lagprövning. Det kunde, menade gruppen, hävdas att felaktiga bestämmelser bör kunna åsidosättas redan på förvaltningsmyndighetsnivån så att det inte blir nödvändigt med domstolsprövning.⁸⁹

I propositionens författningskommentar angavs att ”offentligt organ” i den nya 12 kap. 10 § RF liksom tidigare skulle avse förvaltningsmyndigheter samt ”andra organ som utövar offentliga förvaltningsuppgifter, t.ex. regeringen eller olika privaträttsliga subjekt till vilka sådana uppgifter har överlämnats.”⁹⁰

3. Vilka organ omfattas av lagprövningskompetensen?

3.1 Allmänt

När det gäller att definiera vilka myndigheter och andra som omfattas av i 12 kap. 10 § RF kan det först konstateras att bestämmelsen talar om ”offentligt organ”. Uttrycket förekommer i övrigt i grundlagarna endast i 15 kap. 9 § RF som handlar om förhållandena under ockupation. Med tanke på att den bestämmelsen handlar om helt andra rättsliga problem och intresseavvägningar, är det inte meningsfullt att försöka dra några närmare slutsatser av uttryckets innebörd där. Uttrycket kan vidare på ett mer principiellt plan kny-

⁸⁸ Se prop. 2009/10:80 s. 119 f.; SOU 2008:125 s. 346 f.; se för en diskussion om betydelsen av grundlagsreformen och europarätten för förvaltningens roll Jane Reichel, *Domstolar och/eller förvaltning*, SvJT 2011 s. 440–450.

⁸⁹ Se SOU 2007:85 s. 69 f. och 91 f.

⁹⁰ Se prop. 2009/10:80 s. 292; SOU 2008:125 s. 374 ff.

tas till 1 kap. 9 § RF som avser ”domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter” och till uttrycket ”allmänt organ” som förekommer i bland annat 1 kap. 1 § tryckfrihetsförordningen (TF) och 1 kap. 3 § yttrandefrihetsgrundlagen (YGL).⁹¹ Inte heller dessa bestämmelser bör dock vara avgörande för tolkningen av lagprövningskompetensen.

Den ursprungliga lagprövningsbestämmelsen från 1979 talade om ”domstol eller annat offentligt organ” (11 kap. 14 § RF i lydelse enligt SFS 1979:932). Som framgått (avsnitt 2.3) avsågs enligt den bestämmelsens förarbeten vid sidan av domstolar både förvaltningsmyndigheter och andra organ som i rättskipning eller offentlig förvaltning tillämpar rättsregler.⁹²

Utländska organ och internationella organisationer som inte omfattas av regeringsformens tillämpningsområde kan inte utgöra offentliga organ i bestämmelsens mening. Justitiekanslern, JK, har angående den svensk-finska gränsälvskommisionen uttalat att den som mellanfolkligt organ inte var skyldig att tillämpa dåvarande 11 kap. 14 § RF.⁹³

I det följande undersöks närmare de olika typer av organ som omfattas av lagprövningsbestämmelsen i 12 kap. 10 § RF.

3.2 Regeringen

Till att börja med är det tydligt att regeringen som står i spetsen för den statliga förvaltningen (12 kap. 1 § RF) utgör ett offentligt organ i bestämmelsens mening. I förarbetsuttalanden i anslutning till grundlagsreformen 2010 nämns regeringen också uttryckligen som ett sådant.⁹⁴ Sålunda är det tydligt att regeringen har rätt och skyldighet till lagprövning i de ärendetyper där den beslutar i enskilda fall efter ansökan eller överklagande (förvaltningsärenden).

Ett exempel på lagprövning i regeringen rörde ett ärende där en kommun till regeringen hade överklagat en skattemyndighets beslut enligt lagstiftningen om kommunal skatteutjämning. Kommunen menade att lagarna stred mot dåvarande bestämmelser i RF om kommunal självstyrelse och beskattningsrätt. Regeringen fann att lagstiftningen inte uppenbart stred mot bestämmelse i grundlag och avslog överklagandet (beslut 1997-03-20, återgett i RÅ 2000 ref. 19. I det målet prövade Regeringsrätten en resningsansökan i ärendet och fann att lagstiftningen – med tillämpning av dåvarande 11 kap. 14 § RF – inte uppenbart stred mot grundlagsbestämmelser.)

⁹¹ Se Holmberg – Stjernquist m.fl. (not 58), kommentaren till 12 kap. 10 § RF.

⁹² Se prop. 1978/79:195 s. 66.

⁹³ JK beslut 1999-02-15, Dnr 2437-96-40.

⁹⁴ Se prop. 2009/10:80 s. 292.

Med tanke på regeringens roll är det svårt att tänka sig att den vid sådan lagprövning helt skulle bortse från de politiska aspekterna av de föreskrifter som ifrågasätts. Regeringen omfattas dock av kravet på saklighet och opartiskhet enligt 1 kap. 9 § RF när den avgör förvaltningsärenden.

Det har vidare varit omdiskuterat om regeringen med stöd av 12 kap. 10 § RF ska kunna vägra att utfärda lagar som är grundlagsstridiga (se 8 kap. 19 § RF om regeringens uppgift att utfärda lagar). I praktiken skulle en sådan situation rimligen främst kunna uppstå för en minoritetsregering, när riksdagen har antagit en lag efter ett utskottsinitiativ. I propositionen till regeringsformen uttalade departementschefen att detta bör vara möjligt med stöd av ”den myndigheterna tillkommande lagprövningsrätten”.⁹⁵ Annika Lagerqvist Veloz Roca har påpekat att lagprövningsbestämmelsen (som tillkom efter det nämnda förarbetsuttalandet) avser åsidosättande av en föreskrift vars tillämpning aktualiseras i ett enskilt ärende. När regeringen utfärdar en lag tillämpar den dock inte den lag som ska utfärdas utan regeringsformen, och någon lagprövning kan därför inte ske enligt bestämmelsens lydelse.⁹⁶ Joakim Nergelius har däremot anförts att 12 kap. 10 § RF medför att regeringen inom vissa ramar kan vägra att utfärda en lag.⁹⁷

Diskussionen rör sig här om två frågor som kan behöva hållas isär, nämligen dels om regeringen har en kompetens att vägra utfärda en beslutad lag, dels var denna kompetens i så fall finner sitt rättsliga stöd. När det gäller den första frågan är det med tanke på förarbetsuttalandet svårt att se att regeringen helt skulle sakna sådan kompetens. En sådan möjlighet kan dessutom fungera som en konstitutionell förhandskontroll vid sidan av Lagrådet (8 kap. 20–22 §§ RF) och talmannens möjlighet att besluta att inte ställa proposition (11 kap. 7 § riksdagsordningen, RO). Angående den andra frågan passar, som Lagerqvist Veloz Roca har påpekat, formuleringen i lagprövningsbestämmelsen inte helt för situationen att regeringen vägrar att utfärda en grundlagsstridig lag. Stöd för att regeringen har en möjlighet att vägra att utfärda en lag får då sökas i att det skulle finnas kvar en sedvanerättslig kompetens – men inte nödvändigtvis en skyldighet – till prövning av detta speciella slag för regeringen, så som framfördes i grundlagspropositionen 1973.⁹⁸ Såvitt känt har denna form av kontroll av lagstiftningen inte aktualiserats i regeringens arbete.

⁹⁵ Se prop. 1973:90 s. 328.

⁹⁶ Se Lagerqvist Veloz Roca (not 1) s. 310.

⁹⁷ Se Nergelius 2014 (not 6) s. 105.

⁹⁸ Se Holmberg – Sjernquist m.fl., (not 91), kommentaren till 8 kap. 19 § RF, där det anförts att 11 kap. 14 § och 12 kap. 10 § RF inte omfattar situationen att regeringen vägrar utfärda en lag men att förarbetsuttalandet från 1973 fortfarande är relevant trots lagprövningsbestämmelserna.

3.3 Förvaltningsmyndigheter under regeringen

Enligt 1 kap. 8 § RF finns för den offentliga förvaltningen bland annat statliga förvaltningsmyndigheter. Det är tydligt att dessa omfattas av lagprövningskompetensen. Hit hör till att börja med förvaltningsmyndigheter under regeringen av skilda slag såsom Skatteverket, Försäkringskassan och länsstyrelserna.

Särskilt kan i denna grupp framhållas förvaltningsmyndigheter som i sin sammansättning och verksamhet har domstolsliknande drag.⁹⁹ Just i kategorin domstolsliknande nämnder finns flera exempel på tillämpning av bestämmelsen i 12 kap. 10 § RF.

Till att börja med har Skatterättsnämnden vid åtminstone två tillfällen haft anledning att ta ställning till om bestämmelser i skattelagstiftningen ska åsidosättas i det enskilda fallet.¹⁰⁰

I Skatterättsnämndens ärende Dnr 58-09/D (2011-03-17) menade sökanden bland annat att en viss bestämmelse i inkomstskattelagen (1999:1229), IL, hade tillkommit i strid med RF:s krav på beredning av regeringsärenden (7 kap. 2 § RF) och att stadgad ordning därmed hade åsidosatts på det sätt som avses i 12 kap. 10 § RF. Nämnden konstaterade att det inte var lämpligt att göra en sådan bedömning inom ramen för ett förhandsbesked. Ansökan avvisades därför i denna del. I samma avgörande konstaterade nämnden att bestämmelsen inte, så som hade anförts, stred mot retroaktivitetsförbudet i 2 kap. 10 § andra stycket RF. När beslutet överprövades av Högsta förvaltningsdomstolen berördes inte den del av ansökningen som hade avvisats (HFD 2011 not. 86). Skatterättsnämndens avvisningsbeslut är nämligen enligt 23 § lagen (1998:189) om förhandsbesked i skattefrågor inte överklagbara. Det kan i sammanhanget noteras att Skatterättsnämnden enligt 12 § samma lag ska avvisa en ansökan om nämnden med hänsyn till ansökans innehåll finner att förhandsbesked inte bör lämnas, vilket kan förklara beslutets formulering.

Ärendet Dnr 10-14/D (2014-07-03) rörde verkningarna av att riksdagen efter ett utskottsinitiativ hade ändrat det som den tidigare hade beslutat i statsbudgeten angående skiktgränsen för statlig inkomstskatt i IL. Den sökande anförde att riksdagens beslut hade tillkommit i strid med stadgad ordning för budgetprocessen enligt bestämmelserna i RO. Skatterättsnämndens majoritet genomförde lagprövning enligt 12 kap. 10 § RF. Slutsatsen blev att det inte kunde fastställas att den stadgade ordningen i väsentligt hänseende hade åsidosatts. Skälet var att RO:s ordalydelse inte utslöt ett senare utskottsinitiativ, att riksdagen i tidigare fall hade fattat beslut som påverkade en beslutad budget samt att tidigare lagstiftningsärenden inte hade innehållit några förslag om hantering av beslut som påver-

⁹⁹ Exempelvis Överklagandenämnden för högskolan, 1 och 4 §§ förordningen (2007:991) med instruktion för Överklagandenämnden för högskolan; arrende- och hyresnämnderna, lagen (1973:188) om arrendenämnder och hyresnämnder; Skolväsendets överklagandenämnd, 27 kap. skollagen (2010:800).

¹⁰⁰ Se om Skatterättsnämndens sammansättning och uppgifter lagen (1998:189) om förhandsbesked i skattefrågor. Jfr dock att nämnden i EU-rättens perspektiv inte utgör en domstol enligt nuvarande artikel 267 FEUF mål C-134/97 Victoria Film, EU:C:1998:535. Nämndens förhandsbesked finns tillgängliga på www.skatterattsnamnden.se (besökt 2015-05-15).

kar budgeten. En ledamot var skiljaktig och menade att ansökningen borde ha avvisats eftersom det inte hade ställts någon specifik taxerings- eller beskattningsfråga.¹⁰¹ Efter överklagande beslutade Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2014 ref. 74) att avvisa ansökningen med hänsyn till att förhandsbeskedsinstitutet inte var avsett för denna typ av frågor. Domstolen fick därmed inte anledning att uttala sig om nämndens majoritets tillämpning av 12 kap. 10 § RF.

Lagprövning har också berörts av JO i ett ärende som rörde Närradionämnden, en numera avskaffad förvaltningsmyndighet under regeringen. Nämnden var domstolsliknande i det avseendet att dess ordförande skulle vara eller ha varit ordinarie domare, samt i det att den tillämpade rättegångsbalkens omröstningsregler.¹⁰²

I JO 1992/93 s. 235 hade en närradioförening JO-anmält Närradionämnden. Grunden för anmälan var att nämnden hade ingripit mot närradiostationer som hade sänt kommersiell reklam, detta i enlighet med ett reklamförbud som fanns i närradiolagen (1982:459), numera upphävd. Anmälaren menade att agerandet stred mot den då nya YGL eftersom uttalanden vid grundlagens tillkomst innebar att ett reklamförbud nu bara skulle kunna omfatta *public service*-företag. JO Ragnemalm fann att anmälan aktualiserade frågan om nämnden skulle ha bortsett från bestämmelsen i lagen i enlighet med dåvarande 11 kap. 14 § RF. Han konstaterade att grundlagsbestämmelsen som gav stöd för reklamförbud (1 kap. 12 § andra stycket YGL) till sin ordalydelse inte var begränsad till *public service*-företag. Diskussionen i förarbetena kunde inte innebära en sådan begränsning i strid med bestämmelsens klara formulering. JO:s slutsats blev därför att Närradionämnden inte hade brutit mot 11 kap. 14 § RF genom sin tillämpning av närradiolagens reklamförbud efter att YGL hade trätt i kraft. Han avslutade med att konstatera att uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § RF gjorde att slutsatsen framstod som än mer självklar.

3.4 Myndigheter under riksdagen

Också myndigheter under riksdagen omfattas av 12 kap. 10 § RF. Hit hör bland annat Riksrevisionen, Sveriges riksbank, Riksdagens ombudsmän (JO) och Valprövningsnämnden. Det rör sig här om organ med uppgifter av grundläggande konstitutionell betydelse, det sistnämnda med domstolsliknande sammansättning och uppgifter.¹⁰³ Såvitt känt har Riksrevisionen, riks-

¹⁰¹ Se vidare om avgörandet Eleonor Kristoffersson, Lagprövning i Skatterättsnämnden, Skattenytt 2014 s. 871–877.

¹⁰² Se den numera upphävda förordningen (1988:340) med instruktion för Kabelnämnden och Närradionämnden.

¹⁰³ Se 9 kap. 13 § RF (Sveriges riksbank); 13 kap. 7 § RF (Riksrevisionen); 1 § första stycket lagen (2011:745) med instruktion för Riksdagsförvaltningen; 1 § andra stycket lagen (2012:880) med instruktion för Valprövningsnämnden. Ang. Riksdagens ombudsmän som myndighet se Hans-Gunnar Axberger, JO – i riksdagens tjänst, 2014 s. 61 ff.

banken eller JO inte åsidosatt en föreskrift med hänvisning till att den strider mot en högre författning. Det är möjligen också svårt att tänka sig exempel på hur dessa myndigheters rättstillämpning i enskilda fall skulle avse regler som strider mot högre föreskrifter.

Förvaltningens lagprövningskompetens har däremot berörts i Valprövningsnämndens praxis.¹⁰⁴

I Valprövningsnämndens beslut 2014:53 och 86 hade en person överklagat Valmyndighetens respektive länsstyrelsens beslut att fastställa utgången av val. Klaganden menade att han inte hade garanterats allmän och lika rösträtt i enlighet med 1 kap. 1 § RF eftersom han inte själv hade fått lägga ner sitt valkuvert i valurnan. Att väljaren ska lämna över sina iordninggjorda röster till röstmottagarna framgår av 7 kap. 3 § vallagen (2005:837). I sitt yttrande över överklagandet hänvisade Valmyndigheten till 12 kap. 10 § RF, men bedömde att det inte hade framkommit något som gav stöd för att reglerna i vallagen stred mot åberopade grundlagsbestämmelser. Valprövningsnämnden konstaterade att bestämmelserna inte var oförenliga med de aktuella bestämmelserna i regeringsformen.

Valprövningsorgan har i den internationella rättsvetenskapliga diskussionen nämnts som exempel på utvecklingen bort från den traditionella maktodelningsmodell, där förvaltningsorgan utgör en del av den verkställande makten.¹⁰⁵

3.5 Kommunala organ

Inom kommunerna finns till att börja med beslutande församlingar (kommun- och landstings- eller regionfullmäktige). Dessas utrymme att genomföra lagprövning enligt 12 kap. 10 § RF berördes inte i förarbetena till nuvarande 12 kap. 10 § RF. Med tanke på att det här rör sig om organ som ingår i den offentliga organisationen och som tillämpar rättsregler (se ovan avsnitt 2.3) bör de omfattas av lagprövningsbestämmelsen.¹⁰⁶ En sådan tolkning öppnar för att exempelvis kommunfullmäktige kan åsidosätta föreskrifter med åligganden för kommunen som i något avseende strider mot RF. I sammanhanget kan det noteras att ett centralt intresseområde för kommunerna, skyddet för den kommunala självstyrelsen, i 14 kap. 3 § RF har utformats som en bör-regel. Den bestämmelsen kan därför rimligen inte ligga till grund för åsidosättande av föreskrifter genom lagprövning.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Valprövningsnämndens beslut finns tillgängliga på www.val.se (besökt 2015-05-15).

¹⁰⁵ Se Ackerman (not 17) s. 129.

¹⁰⁶ Se Lena Dalman m.fl., Kommunallagen med kommentarer och praxis, 5 uppl. 2011 s. 20.

¹⁰⁷ Se prop. 2009/10:80 s. 296.

Vid sidan av de statliga förvaltningsmyndigheterna finns kommunala förvaltningsmyndigheter för den offentliga förvaltningen (1 kap. 8 § RF). Också dessa måste utgöra sådana offentliga organ som avses i bestämmelsen. På samma sätt bör kommunala partssammansatta organ och självförvaltningsorgan enligt 7 kap. kommunallagen (1991:900), KL, eller kommunalförbund enligt 3 kap. 20–28 §§ KL utgöra offentliga organ enligt 12 kap. 10 § RF i den utsträckning dessa tillämpar rättsregler.

Såvitt känt har kommunala organ inte prövat föreskrifters förenlighet med högre författning i enlighet med 12 kap. 10 § RF.¹⁰⁸

3.6 Enskilda

Enligt förarbetena till nuvarande 12 kap. 10 § RF (se avsnitt 2.3) kan, överraskande nog, enskilda utgöra offentliga organ i bestämmelsens mening.¹⁰⁹ Förutsättningen är att dessa har fått förvaltningsuppgifter överlåtna till sig och därför tillämpar rättsregler (jfr 12 kap. 4 § RF). Det kan då röra sig om bland annat aktiebolag, föreningar, stiftelser samt enskilda individer.¹¹⁰

Stöd för överlåtelse av förvaltningsuppgifter till sådana privata organ finns i svensk rätt bland annat i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), socialtjänstlagen (2001:453) och skollagen (2010:800).¹¹¹ På dessa och andra områden har ett stort antal privaträttsliga subjekt av olika slag anförtratts att tillämpa offentligrättsliga regler, delvis med inslag av myndighetsutövning. Därför kan enligt 12 kap. 10 § RF exempelvis en friskola i sin tillämpning av rättsregler ha kompetens att i ett enskilt fall åsidosätta en föreskrift som bedöms strida mot en överordnad författning. De praktiska förutsättningarna att utöva lagprövning hos dessa olika typer av organ kan troligen variera stort.

Inte heller inom denna breda kategori organ finns såvitt känt några exempel på att ett privaträttsligt subjekt har ägnat sig åt lagprövning.¹¹² I JO:s praxis har dock denna form av lagprövning berörts i anslutning till arbetslöshetskassornas verksamhet.

¹⁰⁸ Se dock Vilhelm Persson, Svenskt rättsligt skydd mot säkerhetsrådets beslut, FT 2010 s. 271–301, på s. 295 ang. att kommuner i strid med folkrätt och EU-rätt beviljat ekonomiskt stöd till personer som fanns upptagna på FN:s och EU:s listor över terrorister och vars tillgångar skulle frysas.

¹⁰⁹ Se Gustaf Petrén – Hans Ragnemalm, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, 1980 s. 309.

¹¹⁰ Se vidare om uppgiftsmottagare enligt nuvarande 12 kap. 4 § RF Lena Marcusson, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet, 1989 s. 252 ff.; Alf Bohlin – Wiweka Warnling-Nerep, Förvaltningsrättens grunder, 2 uppl., 2007 s. 29 ff.

¹¹¹ Se särskilt ang. skolor Åsa Örnberg, Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt, 2014 s. 278 ff.

¹¹² Se Nergelius 2014 (not 6) s. 247 fotnot 101; Eka m.fl. (not 3) s. 495 f.

JO 1998/99 s. 199 handlade om en föreskrift från Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) om arbetslöshetskassors möjlighet att vid utbetalning av ersättning göra avdrag för förfallna och obetalade medlemsavgifter. Föreskriften rörde sålunda arbetslöshetskassornas handläggning och tillämpades i första hand av kassorna. Frågan var om föreskriften hade meddelats med stöd i den aktuella lagen och förordningen. JO Lavin hänvisade inledningsvis till dåvarande 11 kap. 14 § RF. Han konstaterade att lagprövningsbestämmelsen innebar att föreskriften inte fick tillämpas om den skulle strida mot regeringens bemyndigande. Slutsatsen i beslutet blev att AMS hade överskridit sina befogenheter och att AMS föreskrift ”egentligen inte har fått tillämpas”. I beslutet berördes inte frågan om något fel hade blivit begånget, rimligen beroende på att beslutet var inriktat på AMS föreskrift och inte på någon viss kassas handläggning.

Lagprövningskompetensen för enskilda som anförtrotts förvaltningsuppgifter motiverades i förarbetena med att de tillämpar rättsregler (se avsnitt 2.3). Därför får denna kompetens antas vara begränsad till tillämpningen av de regler som rör de överlåtna förvaltningsuppgifterna.

4. Vilka regler kan prövas?

En särskild fråga är vilka regler som kan omfattas av prövningen enligt 12 kap. 10 § RF, och mot vad denna prövning ska ske. Bestämmelsen gäller enligt sin lydelse föreskrifter. Med detta uttryck avses allmänt generella och rättsligt bindande bestämmelser i form av lagar, förordningar, myndighetsföreskrifter och kommunala föreskrifter.¹¹³ Andra typer av regler, såsom allmänna råd, faller således utanför bestämmelsen.¹¹⁴ Prövningen avser enligt ordalydelsen dessa föreskrifters överensstämmelse med högre författningar.

Det kan konstateras att förvaltningens lagprövning inte är inskränkt vare sig när det gäller prövningens föremål eller måttstocken för prövningen. Även om de offentliga organens prövningskompetens alltså inte skiljer sig från vad som gäller för domstolarna, kan några kommentarer göras till förvaltningens lagprövning av olika kategorier av författningar.

4.1 Lagar

När det först gäller lagprövning av lagar i förhållande till grundlagarna och RO får det antas att det kan framstå som ett stort steg för en förvaltningsmyndighet eller annat organ att åsidosätta sådana. Lagstiftningsprocessen ska ju

¹¹³ Se Holmberg – Stjernquist m.fl. (not 91), kommentaren till 8 kap. (inledningen) under rubriken Föreskrifter.

¹¹⁴ Se för ett exempel JO 1983/84 s. 276 på s. 289 ang. s.k. riktvärden i den dåvarande fastighetstaxeringen.

omfatta en omsorgsfull beredning inklusive en bedömning av förslags grundlagsenlighet i kommittéväsendet, Regeringskansliet och regeringen (7 kap. 2 § RF), Lagrådet (8 kap. 22 § RF) samt riksdagen (10 kap. 2 och 3 §§ samt 11 kap. 7 § RO).¹¹⁵ Även om det inte längre finns något uppenbarhetsrekvisit, kan det framstå som långtgående för en förvaltningsmyndighet som har begränsade juridiska resurser att ifrågasätta bedömningar av grundlagsenlighet som har gjorts i ett lagstiftningsärende.

Helt uteslutet är det dock givetvis inte att tänka sig att en förvaltningsmyndighet i praktiken skulle gå emot riksdagens (och det relevanta departementets) bedömning. Som nämnt ovan (avsnitt 2.3.4) har Skatteverket bedömt att vissa bestämmelser i skattelagstiftningen strider mot EU-rätt och inte får tillämpas. Det kan emellertid noteras att det då alltså har rört sig om en prövning av förhållandet till EU-rätten och inte till svenska grundlagar. Vidare kan det – på samma sätt som för domstolar – tänkas att en förvaltningsmyndighet ställs inför en situation som inte har uppmärksammats i beredningen av någon viss lagbestämmelse.

Utformningen av 12 kap. 10 § andra stycket RF bör inte rättsligt sett innebära att förvaltningsmyndigheter skulle vara mer begränsade i prövningen av lagar än domstolarna. De senare har ju motsvarande bestämmelse i 11 kap. 14 § andra stycket att förhålla sig till. I praktiken kan den försiktighet i tillämpningen av lagprövningsbestämmelsen som har ansetts prägla domstolarna dock alltså antas vara ännu mer påtaglig för förvaltningsorgan.¹¹⁶

De exempel på lagprövning i statliga myndigheter (domstolsliknande nämnder) som har anförts ovan (avsnitt 3.3) rörde prövning av lagar mot RF, YGL och RO. Som framgått utmynnade där lagprövningen i att myndigheterna inte åsidosatte lagarna.

4.2 Förordningar

När det gäller förordningar kan liknande överväganden som för lagar ha betydelse för benägenheten att i praktiken genomföra lagprövning i förvaltningen. Här tillkommer avseende de statliga förvaltningsmyndigheternas under regeringen deras hierarkiska underordning (12 kap. 1 § RF). Det kan tänkas ta emot för exempelvis en generaldirektör att i förhållande till departementet behöva försvara varför myndigheten har åsidosatt någon viss bestämmelse.¹¹⁷

¹¹⁵ Jfr i förhållande till både domstolar och andra offentliga organ Petrén – Ragnemalm (not 109) s. 309.

¹¹⁶ Se Warnling-Nerep – Lagerqvist Veloz Roca – Reichel (not 9) s. 229 f.

¹¹⁷ Se Göran Lysén, Något om lagprövning och skadestånd, FT 1983 s. 129–154, på s. 131 som i förhållande till domstolarnas lagprövning konstaterar: ”Än mer mod torde fordras av förvaltningsmyndigheter att åsidosätta en lagstridig bestämmelse och inte snegla på eventuella synpunkter, som ifrågavarande departement kan tänkas ha.”

Särskilt kan detta tänkas vara fallet i förhållande till de löpande kontakterna med det ansvariga departementet inom ramen för den informella styrningen av myndigheten.¹¹⁸

Det är viktigt att notera att de fall där lagprövning kan bli aktuell många gånger ligger inom det område som skyddas av förvaltningens självständighet. Om en minister skulle uttrycka synpunkter på lagprövning i ett sådant ärende kan detta strida mot förbudet i 12 kap. 2 § RF. Lagprövningskompetensen enligt 12 kap. 10 § RF omfattar dock alla situationer av tillämpning av rättsregler i de statliga förvaltningsmyndigheterna. Statliga förvaltningsmyndigheter under regeringen kan därför behöva pröva föreskrifter också i situationer där de inte skyddas av förbudet mot påverkan i 12 kap. 2 § RF.¹¹⁹ Sådana hypotetiska situationer saknar motsvarighet för domstolarnas del och illustrerar tydligt den spänning mellan lojalitet och motmakt som ligger i förvaltningens lagprövning.

4.3 Myndighetsföreskrifter och kommunala föreskrifter

De nu beskrivna faktorerna som kan begränsa förvaltningens benägenhet att i praktiken lagpröva lagar och förordningar gör sig inte på samma sätt gällande ifråga om föreskrifter antagna av förvaltningsmyndigheter (myndighetsföreskrifter). Bull och Sterzel har i sin kommentar till regeringsformen angett att den praktiska betydelsen av 12 kap. 10 § RF närmast finns i prövningen av föreskrifter som har beslutats av någon annan förvaltningsmyndighet.¹²⁰

Ett exempel på bedömning av myndighetsföreskrifter i förhållande till högre föreskrifter finns i JO 1990/91 s. 264, även refererat i FT 1990 s. 59–65. Där konstaterade JO Ragnemalm – utan att hänvisa till dåvarande 11 kap. 14 § RF – att vissa föreskrifter om pälsdjursuppfödning från Lantbruksstyrelsen svårligen kunde förenas med de krav som framgick av dåvarande djurskyddslagen (1988:534).

Det är till och med tänkbart att ett organ med mer eller mindre självständig ställning inom en förvaltningsmyndighet lagprövar den egna myndighetens föreskrifter. Ett möjligt exempel är att en miljöprövningsdelegation inom en länsstyrelse prövar om tillämpning av den egna länsstyrelsens föreskrifter i ett ärende strider mot miljöbalken.¹²¹ På liknande sätt kan det tänkas att en

¹¹⁸ Se om den informella styrningen SOU 2007:75 s. 207 ff.; Heckscher (not 16) s. 153 f.; Thomas Bull – Fredrik Sterzel, *Regeringsformen – en kommentar*, 3 uppl. 2015 s. 264 f.

¹¹⁹ Se SOU 2007:85 s. 70 och 91 f. (behandlad i avsnitt 2.3).

¹²⁰ Se Bull – Sterzel (not 118) s. 271.

¹²¹ Se om sammansättning och uppgifter förordningen (2011:1237) om miljöprövningsdelegationer.

tjänsteman eller ett underordnat organ inom en kommun ifrågasätter en föreskrift som har beslutats av kommunfullmäktige.¹²² Lagprövningskompetensen för förvaltningen kan på så sätt ge ett inte enbart teoretiskt utrymme för rättsliga konflikter inom myndigheterna.¹²³ Av betydelse i sammanhanget är att förvaltningsmyndigheterna under regeringen i stor utsträckning nu är organiserade som stora enmyndigheter.¹²⁴ Som exempel kan nämnas Polismyndigheten, Försäkringskassan och Skatteverket. I sådana myndigheter kan det å ena sidan finnas större juridiska resurser för konstitutionella bedömningar. Å andra sidan kan intresset av central styrning av myndigheten möjligen tänkas begränsa det praktiska utrymmet för beslutsfattare att i enskilda fall ägna sig åt lagprövning.

Förordningen (2014:570) om regeringens medgivande till beslut om vissa föreskrifter innehåller bestämmelser om antagande av föreskrifter i förvaltningsmyndigheter under regeringen. Innan en sådan myndighet antar föreskrifter med vissa kostnadsmässiga effekter måste regeringen ge sitt medgivande (2 §). Läst så långt, skulle förordningen kunna tänkas utgöra stöd för lagprövning enligt 12 kap. 10 § RF av kostnadspåverkande myndighetsföreskrifter som antagits utan medgivande från regeringen i enlighet med förordningen. I 4 § anges emellertid: ”Att regeringens medgivande inte har inhämtats utgör inte hinder mot att föreskrifter tillämpas.” Det kan ifrågasättas om det är förenligt med regeringsformen att på detta sätt inskränka kontrollen av myndighetsföreskrifters överensstämmelse med förordningen.¹²⁵

Också kommunala föreskrifter kan tänkas bli föremål för lagprövning hos andra offentliga organ:

JO 1991/92 s. 404 rörde ett beslut av kommunfullmäktige i Göteborg att påbörja ett försök med bilfria lördagar i city. En person JO-anmälde polismyndigheten för att den inte hade gjort vad den skulle för att hindra biltrafik under en dag som omfattades av försöket. JO Eklundh fann att det inte hade funnits något stöd för ett beslut om tillfälligt förbud

¹²² Se för detta exempel Lars Bejstam, *Kommunal normgivning – en bokanmälan*, FT 2000 s. 78–91 på s. 90.

¹²³ Jfr SOU 2008:125 s. 358 där det allmänt anförs: ”Normprövning i den mening termen används här förutsätter att prövningen utförs av någon annan än den som beslutar den föreskrift som ska prövas. Den som utför prövningen ska dessutom inta en självständig ställning i förhållande till beslutsfattaren.”

¹²⁴ Se om denna utveckling Lena Marcusson, *Myndighet som myndighet? Om begreppsförvirring i den offentliga förvaltningsorganisationen* i C. Moëll – V. Persson – H. Wenander, *Festskrift till Hans-Heinrich Vogel*, 2008 s. 275–284.

¹²⁵ Se vidare Ds 2014:10; remissvar från Juridiska fakultetsstyrelsen, Lunds universitet, Dnr V 2014/760; jfr även remissvar från Juridiska fakultetsnämnden, Uppsala universitet, Dnr JURFAK 2014/14. Remissvaren finns tillgängliga på www.jur.lu.se respektive www.jur.uu.se (besökta 2015-03-24).

mot biltrafik. Med hänvisning till dåvarande 11 kap. 14 § RF uttalade JO att polisen därmed varken hade rätt eller skyldighet att ingripa för att genomdriva ett sådant förbud.¹²⁶

5. Förfarandet

När lagprövning i ett offentligt organ enligt 12 kap. 10 § RF aktualiseras kan det övervägas hur det berörda organet ska genomföra denna. I detta avsnitt kommenteras några principiella aspekter av hur lagprövning i offentliga organ enligt bestämmelsen ska gå till.

5.1 Initiativet

När det först gäller initiativet till lagprövning är förarbetena inte helt tydliga. Även om de hänvisar till en möjlighet till prövning *ex officio*, anger de också att lagprövningsskyldigheten för såväl domstolar som andra offentliga organ ska inträda om någon uttryckligen åberopar en normkonflikt till stöd för ett yrkande eller om det finns särskild anledning för en myndighet att uppmärksamma frågan.¹²⁷ Eftersom parter i förvaltningsärenden normalt saknar juridiskt ombud är det troligen inte så ofta som någon enskild part på detta sätt uttryckligen hänvisar till en normkonflikt i ett förvaltningsärende.¹²⁸ Med tanke på att förvaltningsärenden till stor del handläggs av personer som är specialister på något område, men ofta saknar generell juridisk utbildning, skulle det också vara praktiskt orimligt att kräva en prövning *ex officio* (se vidare avsnitt 5.2 om möjligheten att ta hjälp av myndighetsjurister och motsvarande om en part aktualiserar lagprövning). Ett exempel på att det finns särskild anledning att uppmärksamma lagprövning skulle kunna vara när ett ärende aktualiserar en bestämmelse som Högsta förvaltningsdomstolen i ett tidigare fall har åsidosatt med stöd av 11 kap. 14 § RF.¹²⁹

En särskild aspekt är här att förvaltningsmyndigheter och andra offentliga organ till skillnad från domstolar kan eller ska ta initiativ till att inleda ärenden självmant. Ett exempel kan vara förelägganden enligt miljörättsliga regler.

¹²⁶ Se även kommentaren i Warnling-Nerep – Lagerqvist Veloz Roca – Reichel (not 9) s. 199 och 230.

¹²⁷ Se prop. 1978/79:195 s. 42; jfr dock *ibid.* s. 40 och uttalandet i prop. 1975/76:209 s. 93 f. som anger det dåvarande rättsläget som att lagprövningsrätten utövas i princip *ex officio*, men som samtidigt menar att lagprövning blir aktuell endast om någon uttryckligen åberopar en normkonflikt eller om en myndighet har särskild anledning att förmoda att det föreligger en sådan; jfr kritiken mot de oklara uttalandena hos Nergelius 1996 (not 1) s. 671 f.

¹²⁸ Se Ulrik von Essen, Kommunal normgivning, 2000 s. 349 f.

¹²⁹ Jfr bl.a. Håkan Strömbergs uppfattning att utrymmet för lagprövning för förvaltningsmyndigheter bör vara detsamma som för förvaltningsdomstolar, refererad i avsnitt 2.2.3.

Om den aktuella regleringen då strider mot en högre föreskrift skulle myndigheten vara skyldig att inleda ett ärende för att sedan självant lagpröva de relevanta föreskrifterna mot högre författning.¹³⁰ Detta hypotetiska scenario illustrerar förvaltningens särdrag i fråga om lagprövning.

I praktiken är det dock troligt att lagprövningsfrågor allmänt aktualiseras av enskilda. Det kan då övervägas i vilka typer av ärenden det är tänkbart att en enskild uppmärksammar någon konstitutionell brist i en föreskrift.¹³¹ När det gäller ansökningar från enskilda om gynnande beslut är det möjligen svårt att tänka sig exempel där den enskilde tycker att det är nödvändigt att vid ansökningen påpeka att någon relevant bestämmelse strider mot en högre författning. I sådana ärenden kan frågan om lagprövning snarare tänkas bli aktuell vid ett överklagande. Helt uteslutet är det nog dock inte att tänka sig exempelvis att en förordning som anger förutsättningar för en förmån skulle vara snävare utformad än den bakomliggande lagen, vilket skulle kunna aktualisera lagprövning.¹³²

I fråga om betungande beslut är det däremot tänkbart att en enskild i sitt svar på exempelvis ett föreläggande väcker frågan om lagprövning. Ovan (avsnitt 3.3) har vidare getts exempel på att lagprövning kan aktualiseras i ärenden om bindande förhandsbesked (där från Skatterättsnämnden). Praktiskt sett viktigast är kanske situationer där förvaltningsmyndigheter överprövar en lägre myndighets beslut, exempelvis i domstolsliknande nämnder (se avsnitt 3.3 och 3.4).

Utöandet av lagprövning i ett enskilt fall får mot bakgrund av formuleringen av 12 kap. 10 § RF betraktas som en skyldighet för det berörda offentliga organet (se avsnitt 2.3.3). Avskaffandet av uppenbarhetsrekvisitet har gjort att denna skyldighet för myndigheterna har utökats och förtydligats.¹³³ Som framgått föreligger dock denna skyldighet alltså främst när någon åberopar en normkonflikt i ett enskilt fall eller där det annars finns någon särskild anledning till lagprövning. Av den förvaltningsrättsliga motiveringsskyldigheten följer att myndigheten i sitt beslut måste besvara partens påstående om normkonflikt (jfr 20 § förvaltningslagen [1986:223]).¹³⁴

I situationer där det inte föreligger något ärende som aktualiserar lagprövningsskyldighet kan ett offentligt organ välja andra åtgärder för att uppmärk-

¹³⁰ Se för detta argument avseende dansk rätt Poul Andersen, Dansk Statsforfatningsret, København 1954 s. 476 f.

¹³¹ Se om olika kategorier av förvaltningsbeslut Håkan Strömberg – Bengt Lundell, Allmän förvaltningsrätt, 2014 s. 60 ff.

¹³² Jfr NJA 1988 s. 15 som rörde möjligheten till prövning i allmän domstol av regeringens beslut om verkställighet av riksdagens anslagsbeslut.

¹³³ Jfr JO 1991/92 s. 153 som behandlas nedan avsnitt 5.3.

¹³⁴ Se allmänt SOU 2010:29 s. 492 ff.

samma en möjlig normkonflikt. Tänkbara strategier är att kontakta den myndighet eller den kommun som har beslutat en viss lägre föreskrift eller att, i fråga om förordningar och lagar, vända sig till regeringen eller annan överordnad myndighet och påpeka problemet (se avsnitt 2.1 om så kallad remonstrationskyldighet).¹³⁵

5.2 Vem beslutar?

En särskild aspekt av förvaltningens lagprövning är vem inom ett offentligt organ som genomför lagprövningen och eventuellt beslutar att åsidosätta en föreskrift. Allmänt gäller att instruktioner och arbetsordningar anger vem som får fatta beslut på en förvaltningsmyndighets vägnar. Sådana regler kan innebära att viktigare ärenden ska avgöras av exempelvis en myndighets styrelse.¹³⁶ Frågor om lagprövning hör rimligen till denna kategori.

Det kan konstateras att beslut i offentliga organ – till skillnad för vad som gäller för domstolar – ofta fattas utan att någon person med juridisk utbildning deltar. Ändå förutsätter grundlagsregleringen att en tjänsteman eller ett beslutande kollegialt organ ska kunna genomföra en lagprövning, åtminstone om någon i ärendet åberopar en konstitutionell aspekt som kräver en sådan prövning. Regeringsformens system bygger sålunda på en juridiskt inriktad förvaltning, som vid behov kan göra kvalificerade juridiska bedömningar i förhållande till grundlagar och högre föreskrifter i övrigt. I ett statsvetenskapligt perspektiv ger denna syn på förvaltningen uttryck för vad Lennart Lundqvist har betecknat som *ämbetsmannaskolan*, det vill säga att myndigheterna och de offentliga tjänstemännen är juridiskt inriktade och fattar beslut på liknande sätt som domstolar.¹³⁷ Här kan det föreligga en skillnad mellan det ideal som uppställs av grundlagen och de praktiska förutsättningarna i förvaltningen för ett sådant rättsligt inriktat förvaltningsförfarande.¹³⁸ Att tjänstemän eller politiker (exempelvis i kommunala nämnder) utan juridisk skollning ska fatta beslut i rättsligt komplexa ärenden är dock inte unikt för lagprövning. Tvärtom är sådana situationer det normala i den offentliga

¹³⁵ Jfr slutbetänkandet från 2006 års förvaltningskommitté, SOU 2008:118 s. 172: "Enskilda tjänstemän har t.ex. både rätten och skyldigheten att anmäla att de tycker att ett beslut i ett ärende som de är inblandade i är fel."

¹³⁶ Se Strömberg – Lundell (not 131) s. 121 ff.

¹³⁷ Se Lundquist (not 11) s 91 f.

¹³⁸ Se Gustaf Petréén [Debattinlägg i anslutning till Bent Christensen, Fullmaktslovgivning og annen delegasjon av lovgivningsmyndighet], Forhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet Oslo 15.–17. august 1984. Del 2 på s. 278 (tillgänglig på http://jura.ku.dk/njm/30/30_26.pdf, besökt 2015-05-15), som exemplifierar med en präst som (enligt dåtida regler) ska tillämpa en folkbokföringsföreskrift.

förvaltningen. På samma sätt som annars får beslutsfattare i de sällsynta fall där lagprövning blir aktuell därför förlita sig på juridisk sakkunskap i beredningen och föredragningen av ärenden.

Det kan noteras att offentliga tjänstemäns agerande vid myndighetsutövning, inklusive bedömningen av lagprövningssituationer, kan omfattas av tjänstefelsansvar enligt 20 kap. 1 § brottsbalken. Såvitt känt har ansvar för tjänstefel för underlåten eller felaktig lagprövning dock inte aktualiserats i praktiken.

En annan aspekt av vem som beslutar om lagprövning på ett offentligt organs vägnar är offentliga tjänstemäns och andra berördas anställningstrygghet. I fråga om domstolarna kan deras lagprövningskompetens sättas i samband med domarnas oberoende som i sin tur hänger samman med deras starka anställningsskydd. Tidigare hade som framgått (avsnitt 2.2.1) också vissa högre statliga tjänstemän i förvaltningen ett starkt anställningsskydd. Numera omfattas den som fattar beslut för en förvaltningsmyndighet eller annat offentligt organ dock normalt inte av någon sådan särskild reglering.¹³⁹ Som anfördes ovan (avsnitt 4.1 och 4.2) kan det allmänt sett vara ett stort steg att ifrågasätta föreskrifter antagna av riksdagen eller regeringen.¹⁴⁰ Avsaknaden av särskilt anställningsskydd kan tänkas begränsa den praktiska tillämpningen av bestämmelsen ytterligare.

För de domstolsliknande förvaltningsmyndigheterna är situationen möjligen en annan. Om en sådan har ledamöter som är ordinarie domare och beslutsfattandet sker kollegialt kan det upplevas som mindre problematiskt att lagpröva. I avsnitt 3.3 och 3.4 har getts exempel på att domstolsliknande nämnder utfört lagprövning. Inte i något av dessa fall blev resultatet dock att en föreskrift åsidosattes.

5.3 Överprövning och tillsyn

När lagprövning har aktualiserats i ett offentligt organs beslut kan frågan om konflikt med en högre föreskrift givetvis komma att behandlas vid en överprövning av beslutet i förvaltningsdomstol. Detta förutsätter dock att beslutet är överklagbart och att det finns någon som är klagoberättigad. När det gäller klagorätten kan det hända att det inte finns någon som kan föra målet vidare

¹³⁹ Se ang. att justitiekanslern och riksåklagaren med hänsyn till intresset av självständighet i rättskipningen anställs med fullmakt SOU 2011:81 s. 72 och 126.

¹⁴⁰ Jfr i dansk rätt Andersen (not 130) s. 476 f. som påpekar att "[...] Forvaltningsmyndighedernes Afgørelser vedrørende Retsspørgsmaal ikke er omgærdet med saadanne Garantier, at de med den fornødne Autoritet kan træde op imod Lovgivningsmakten."

till domstolsprövning. Så kan vara fallet om ett beslut som innefattar lagprövning är till en enskilds fördel.¹⁴¹

Vid sidan av domstolsprövning kan skyldigheten till lagprövning också komma att bedömas inom ramen för den konstitutionella kontrollen av regeringen och förvaltningen. För regeringens del gäller att handläggningen av regeringsärenden, också avseende tillämpning av 8 kap. 19 § RF och lagprövning i förvaltningsärenden, kan granskas av konstitutionsutskottet (KU) enligt 13 kap. 1 § RF. I praktiken har dock såvitt känt inte några sådana frågor aktualiserats i KU.

De statliga förvaltningsmyndigheterna, deras tjänstemän och andra som innehar tjänst eller uppdrag som avser myndighetsutövning står under JO:s tillsyn enligt 13 kap. 6 § RF och 2 § lagen (1986:765) med instruktion för Riksdagens ombudsmän, JO-instruktionen. Av JO:s praxis framgår att denna tillsyn omfattar kontroll av att myndigheterna när så behövs tillämpar 12 kap. 10 § RF.

I JO 1991/92 s. 153 uttalade JO Ragnemalm efter en redogörelse för dåvarande 11 kap. 14 § RF inklusive uppenbarhetsrequisitet: ”En följd av att myndigheterna har att företaga sådan normkontroll är, att JO kan kritisera en myndighet, om han finner, att den har tillämpat en föreskrift i en av riksdagen beslutad lag, men alltså endast under den snävt utformade förutsättningen, att lagbestämmelsen uppenbarligen står i strid med föreskrift i grundlagen.”

Avskaffandet av uppenbarhetsrequisitet gör att JO har utrymme för en mer ingående granskning av förvaltningens lagprövning. Som framgått ovan (avsnitt 5.1) kan en begränsning av lagprövningsskyldigheten dock vara att det krävs att någon har uppmärksammat det offentliga organet på en konstitutionell brist i aktuell lagstiftning eller att det annars finns särskild anledning att utöva lagprövning. En annan tänkbar situation – som såvitt känt inte har aktualiserats i praktiken – skulle vara att JO kritiserar ett förvaltningsorgan som har tillämpat 12 kap. 10 § RF felaktigt och åsidosatt en föreskrift utan grund.

Också JK:s tillsyn kan omfatta tillämpningen av lagprövningsbestämmelsen (2 och 3 §§ lagen [1975:1339] om justitiekanslerns tillsyn och 3 § förordningen [1975:1345] med instruktion för Justitiekanslern).¹⁴²

På liknande sätt som de statliga förvaltningsmyndigheterna och de privata organen med förvaltningsuppgifter och myndighetsutövning står kommu-

¹⁴¹ Jfr regeringsrådet Sjöbergs synpunkter i prop. 1975/76:209 s. 212, refererade i avsnitt 2.3.2.

¹⁴² Jfr det ovan (avsnitt 3.1) berörda ärendet där JK kom fram till att den svensk-finska gränsälvskommissionen inte var skyldig att tillämpa 11 kap. 14 § RF, JK beslut 1999-02-15, Dnr 2437-96-40.

nala myndigheter under JO:s och JK:s tillsyn. Då ska dock det kommunala självstyret beaktas (3 § JO-instruktionen och 3 § lagen om JK:s tillsyn). Det kommunala självstyret kan dock inte ha någon betydelse för skyldigheten att tillämpa lagprövningsbestämmelsen.

Slutligen kan här nämnas betydelsen av det allmännas skadeståndsansvar. Högsta domstolen har i sin praxis tillerkänt en person skadestånd för att Skatteverket i strid med 2 kap. 7 § RF hade avregistrerat hans svenska medborgarskap i folkbokföringsdatabasen.¹⁴³ Räckvidden av avgörandet är osäker.¹⁴⁴ Domen kan dock allmänt ses som en påminnelse om att det också med hänsyn till skadeståndsansvaret kan finnas anledning för den offentliga förvaltningen att överväga att åsidosätta grundlagsstridiga föreskrifter.

6. Sammanfattande kommentarer

Syftet med denna artikel har, som angavs inledningsvis, varit att belysa och diskutera förvaltningens konstitutionella ställning i svensk rätt med lagprövning som exempel. Det kan då först konstateras att lagprövningen enligt 12 kap. 10 § RF praktiskt sett framstår som en marginell företeelse. Rättsligt sett finns det ändå anledning att ta bestämmelsen på allvar. Det handlar om en regel i grundlag vars tillämpning kontrolleras av JO och andra tillsynsorgan. I det följande ges några sammanfattande kommentarer till förvaltningens lagprövning mot bakgrund av spänningen mellan lojalitet och legalitet i förvaltningen. Efter några anmärkningar till den historiska utvecklingen av förvaltningens lagprövning kommenteras några särskilda aspekter av den nuvarande regleringen. Avslutningsvis behandlas den kritik mot förvaltningens lagprövande roll som har framförts (avsnitt 1).

När det gäller den historiska bakgrunden följer utvecklingen av förvaltningens lagprövning inte någon tydlig linje. Visserligen tycks nullitetsresonemang som liknar lagprövning ha förekommit redan i äldre tid, såsom var fallet när det gällde riksstaten och granskning av att kravet på kontrasignering av författningar var uppfyllt (avsnitt 2.1). Här kan det tidiga betonandet av vad vi idag skulle kalla legalitetsprincipen ha haft viss betydelse. Detta utrymme för formellt inriktade kontroller var dock av ett annat slag än den materiella lagprövning i förvaltningen som började diskuteras i rättsvetenskapen under 1900-talet (avsnitt 2.2). Som framgår av dessa diskussioner var förvaltningens lagprövning inte någon självklarhet. Först vid antagandet av 1974 års RF med

¹⁴³ Se NJA 2014 s. 323; jfr om bakgrunden till domen RÅ 2006 ref. 73.

¹⁴⁴ Se för en kommentar till domen Bertil Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, SvJT 2014 s. 431–439.

senare ändringar kom förvaltningens lagprövning att etableras. Detta skedde inledningsvis genom vaga propositionsuttalanden om sedvanerätt och senare med en grundlagsändring som stödde sig på dessa uttalanden (avsnitt 2.3). Den närmare förvaltningspolitiska bakgrunden till denna utveckling har inte kunnat utredas i denna rättsvetenskapligt inriktade artikel. Det kan dock konstateras att tanken om förvaltningens lagprövning sammanfaller i tid med att traditionella maktodelningsidéer i Montesquieus efterföljd tappade i betydelse under 1900-talet. I arbetet med författningsreformen kom de att helt avfärdas till förmån för den folksuveränitetsprincip som ligger till grund för 1974 års RF.

Några aspekter av den nu gällande regleringen i 12 kap. 10 § RF kan särskilt lyftas fram. Hit hör till att börja med den breda krets av organ som omfattas. En lång rad offentliga och privata organ av mycket olika slag är skyldiga att genomföra lagprövning. Det har inte framkommit något som stöder att dessa organs lagprövningsskyldighet skulle vara mer begränsad än domstolarnas. Det innebär att också prövningens omfattning blir mycket bred. Prövningen ska alltså omfatta såväl lagar, förordningar, myndighetsföreskrifter och kommunala föreskrifter (se avsnitt 4).

Det angavs redan inledningsvis att tillämpning av bestämmelsen tycks vara ovanlig. Detta gäller dock också lagprövning i domstol. Att en bestämmelse sällan eller aldrig tillämpas är dock inte i sig något skäl till kritik (se ovan avsnitt 1 om artikelns synsätt på grundlagen som normativ och inte beskrivande).

Att tillämpning är sällsynt kan principiellt sett bland annat förklaras med att det skulle vara ovanligt med konstitutionella brister i lagstiftningen eller med att eventuella brister sällan uppmärksammas i förvaltningsärenden. Inom ramen för denna artikel har det inte varit möjligt att närmare undersöka hur det förhåller sig med dessa förklaringar. Ovan har dock påpekats att avsaknaden av juridiska ombud, liksom ibland ärendenas karaktär (se avsnitt 5.1) kan tänkas göra att lagprövning mer sällan aktualiseras i förvaltningen.

Mot bakgrund av de exempel på lagprövning som har getts ovan kan förvaltningens lagprövning i svensk konstitutionell rätt till att börja ses som en mekanism för att legalitetsprincipen ska få genomslag. Om 12 kap. 10 § RF inte fanns skulle förvaltningsorgan kunna vara skyldiga att tillämpa exempelvis grundlagsstridiga bestämmelser, vilket kunde framstå som märkligt. Särskilt i situationer där Högsta förvaltningsdomstolen i ett tidigare mål har åsidosatt en bestämmelse som grundlagsstridig skulle det vara otillfredsställande om denna praxis inte skulle kunna få genomslag i ett liknande ärende i en förvaltningsmyndighet. Som framförts i debatten kan det vara rimligt att felaktigheter kan uppmärksammas redan i den lägsta förvaltningsinstansen.

Bestämmelsen har vidare en praktisk funktion när det gäller de domstolsliknande förvaltningsmyndigheterna. Inte minst när sådana organ beslutar som sista instans skulle det vara konstigt om det, bortsett från situationer av resning, saknades möjlighet till lagprövning. I fråga om Valprövningsnämnden och dess centrala konstitutionella roll skulle det ha varit mycket uppseendeväckande att utesluta denna typ av kontroll (avsnitt 3.4).

En aspekt som talar för att inte bara domstolarna utan också förvaltningsorgan ska vara skyldiga att utöva lagprövning är slutligen EU-rätten. Lojalitetsprincipen enligt EU-domstolens praxis förutsätter att nationella förvaltningsorgan av olika slag ska tillämpa EU-rättsliga regler med direkt effekt och vid behov ge dem företräde framför nationella regler på alla nivåer. Det skulle då vara märkligt att förvaltningen inte skulle ha motsvarande befogenheter och skyldigheter när det gäller att ge genomslag åt svenska bestämmelser (se angående den motsvarande debatten i fråga om domstolar avsnitt 2.3.4). Det kan dock åter påpekas att det är EU-rättsligt tillåtet att på ett sådant sätt ge ett svagare skydd för nationella regler än för EU-rätt.

När det gäller den kritik som har framförts mot lagprövningsbestämmelsen i 12 kap. 10 § RF är det riktigt att förvaltningens lagprövning i praktiken kan komma att begränsas av faktorer som inte föreligger när det gäller domstolar. Hit hör för det första att de som handlägger förvaltningsärenden inte nödvändigtvis har en generell juridisk utbildning som gör att de kan förväntas kunna bedöma konstitutionella frågor. Ovan har anförts att lösningen här bör vara att på samma sätt som i andra fall av komplexa rättsliga frågeställningar vända sig myndighetsjurister eller motsvarande. Den juridiskt inriktade förvaltning som förutsätts i RF, bland annat i 12 kap. 10 § RF, bygger på att det finns någon sådan kompetens att tillgå i olika förvaltningsorgan.

För det andra är ett särdrag för förvaltningen den hierarkiska underordningen och avsaknaden av ett särskilt skydd för anställningen som kan utgöra en garanti för oberoende rättstillämpning. För de statliga förvaltningsmyndigheterna märks på så sätt tydligt de lojalitetsaspekter som har uppmärksamats i statsvetenskaplig förvaltningsforskning. På samma sätt som i fråga om andra aspekter av den svenska förvaltningsmodellen förutsätter förvaltningens lagprövningsskyldighet att myndigheter och tjänstemän har integritet i förhållande till högre organ.

För det tredje an knyter en del av kritiken mot bestämmelsen till de traditionella maktodelningsidéerna i Montesquieus efterföljd. Till följd av den historiska utvecklingen i svensk rätt och betonandet av folksuveränitet i 1974 års RF har den svenska förvaltningen en i internationellt perspektiv särpräglad fristående ställning. På så sätt är det korrekt att förvaltningens roll enligt RF utgör en rest av äldre tiders konstitutionella tänkande (se avsnitt 1). Samtidigt har emellertid denna ställning kommit att överensstämma med den interna-

tionella rättsvetenskapliga diskussionen om att betrakta förvaltningen som mera fristående från den verkställande makten. I linje med ett sådant synsätt kan också ligga att tillerkänna förvaltningen möjligheten att, med Wockelbergs ord, fungera som motmakt. Grundlagsreformen 2010, med den särskilda regleringen av förvaltningen placerad i ett eget kapitel, snarare än i anslutning till bestämmelserna om regeringen, kan också ses som ett förtydligande av förvaltningens roll i detta avseende.

Ett argument mot lagprövning i andra offentliga organ har slutligen, för det fjärde, varit risken för en omfattande lagprövning som skapar oreda i rättssystemet. Detta argument rör den allmänna utformningen av lagprövningen i svensk rätt och valet av den starkt decentraliserade modell som redan följer av att alla domstolar ska utöva lagprövning enligt 11 kap. 14 § RF. Med tanke på att lagprövningsbestämmelsen trädde i kraft 1980 och inte tycks ha skapat någon sådan oreda kan detta argument uppfattas som hypotetiskt. Det är å ena sidan möjligt att förvaltningens lojalitet fortsatt begränsar en mer vidsträckt tillämpning av lagprövning. Å andra sidan kan en ökad uppmärksamhet kring konstitutionella frågor leda till att lagprövning blir vanligare också i förvaltningen. Ett tänkbart exempel är Skatterättsnämndens lagprövning av riksdagens tillämpning av RO (avsnitt 3.3). Införandet av en särskild bestämmelse i 12 kap. 10 § RF kan tänkas synliggöra förvaltningens lagprövning och göra att den åberopas i större utsträckning. Det kan här särskilt understrykas att privaträttsliga subjekt inte nödvändigtvis kan förväntas vara lojala med riksdag, regering och statliga förvaltningsmyndigheter. Här finns en – hittills hypotetisk – risk för att lagprövning kan bidra till oreda i rättssystemet.

Lagprövningsskyldigheten för offentliga organ vid sidan av domstolar illustrerar några viktiga aspekter av den svenska förvaltningens konstitutionella roll. På samma sätt som när det gäller myndigheternas självständighet (12 kap. 2 § RF) bygger lagprövningsskyldigheten på en offentlig förvaltning med allmän juridisk sakkunskap och integritet. Förvaltningen ska vara lojal, men den ska också vid behov kunna utgöra en motmakt. Den svenska förvaltningsmodellen har därmed kommit att passa väl in i EU-rättens krav och i den samtida internationella rättsvetenskapliga diskussionen. En grundläggande utmaning är att praktiskt i ärendehandläggningen förena dessa roller.