

ANMÄLAN

Carl Lebeck, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Norstedts Juridik 2018, 464 s.

av *Tormod Otter Johansen*

1. Inledning

Carl Lebeck har i sin studie *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten* gett sig an att beskriva en av de centrala principerna eller komponenterna i den svenska rättsordningen. Samtidigt som legalitet – kravet på att rättsliga aktörer, inte minst offentliga organ, agerar i enlighet med lagarna – är helt grundläggande för varje fungerande rättsordning, är det en fråga som blivit fragmentariskt och inte sällan styvmoderligt behandlad i svensk doktrin. Förvisso har olika rättsområden, särskilt straffrätten och skatterätten, från sina specifika perspektiv behandlat temat. Bland de mer allmänna studierna lyser Fredrik Sterzels studie ”Legalitetsprincipen” fram som den viktigaste, då den fokuserar på den offentliga maktens utövande. Sterzels text är också uppfriskande i sin rättframhet, då han konstaterar att legalitetsprincipen balanserar mellan det självklara och det oklara. ”Vad har man lagar till, om inte ens den offentliga makten ska lyda dem?” Sterzel frågar sig vilken innebörd legalitetsprincipen har, vilket ”sakligt innehåll” den kan ges och undrar ”vilken saklig betydelse kan principen ha för det praktiska rättslivet?” Samma grundläggande anspråk och angreppssätt präglar Lebecks bok.

Lebeck vill sätta in den förvaltningsrättsliga legalitetsprincipen i en historisk, teoretisk och normativ kontext och ”ge en definition av legalitetsprincipen i ljuset av den samtida rättsteoretiska och förvaltningsrättsliga doktrinen” samt ”analysera de normativa förutsättningarna för den praxis som utvecklats rörande legalitetsprincipen” (s. 25).

Denna beskrivning framstår å ena sidan som mer ambitiös än Sterzels, och det är tveklöst så att Lebeck skrivit en längre text och gjort djupare studier på flera sätt jämfört med sin föregångare. Å andra sidan ligger tyngdpunkten i Lebecks bidrag primärt på grundliga studier av praxis, både nationellt och inom ramen för EU-rätten.

2. Bokens disposition

Boken är upplagd i tio kapitel i tre delar.

Del 1: Kapitel 1 innehåller syften, avgränsningar, disposition och material och metod-diskussioner. Kapitel 2 är en redogörelse för den teoretiska bakgrunden till projektet (återkommer till det nedan). Kapitel 3 är kort och diskuterar frågor om relationen mellan inhemska och folkrättsliga/överstatliga normer. Det är snarast ett slags bihang till kapitel 2 (och kunde kanske inkorporerats där).

Del 2 består av kapitel 4 och 5 som redogör för den historiska och konstitutionella bakgrunden till legalitetsprincipen i svensk rätt (kap. 4) respektive Europarätten (kap. 5), det senare inkluderande både EKMR och EU-rätt.

Del 3 består av kapitlen 6–9 och utgör den centrala delen av studien. De fyra kapitlen går i tur och ordning igenom fyra centrala komponenterna av legalitetsprincipen: föreskriftskrav, publicitet, klarhet/*lex certa* samt retroaktivitet. Dessa har författaren identifierat utifrån den teoretiska litteraturen samt svensk och europeisk konstitutionell rätt och doktrin i del 1 och 2. De fyra kapitlen går igenom respektive krav/komponent först i svensk rätt och sedan i europeisk rätt.

Kapitel 10 innehåller slutsatser som sammanfattar studien.

Om upplägget generellt finns inget att invända. Det blir ibland aningen repetitivt, men det är svårt att se hur det skulle lösas på ett enkelt sätt. Och jag uppskattar de pedagogiska slutsatserna som återfinns i slutet på varje större avsnitt.

En innehållsöversikt hade varit bra, då rubriknivåerna går ganska djupt ner. Sakregistret är väldigt välkommet, det hjälper läsaren avsevärt. Trots, eller kanske på grund av, dess omfattning brister det ibland, till exempel fattas på några ställen sidhänvisningar till avsnitt där viktiga begrepp avhandlas (exempelvis faktisk verksamhet, s. 103 och 184). En del termer hade också tjänat på korshänvisningar och mer utvecklade nivåer i registret (exempelvis ”skön” och ”myndigheternas skön” som nu är på olika ställen, eller ”straffprocessuell retroaktivitet” och ”retroaktivitet” samt liknande). På en del ställen saknar jag referenser, som både hade underbyggt texten och väglett läsaren (exempelvis i det korta avsnittet 4.3.2 som helt saknar fotnoter). Detta är dock anmärkningar i marginalen, överlag är boken mycket väl skriven, redigerad och korrekturläst.

De metodologiska beskrivningarna i kapitel 1 pekar fram mot vad som kanske kan kallas en ”öppen rättsdogmatik” som är sympatisk och på ett bra sätt beskriver vad som faktiskt görs i studien. Författaren levererar inte några tvärsäkra svar på frågor, men redogör för sina tolkningsmetoder och tillämpar dem sedan på materialet på ett vederhäftigt sätt.

Kapitel 2 med rubriken ”Legalitetsprincipen: teoretiska förutsättningar” är tyvärr i min mening det svagaste i studien. Det fyller förvisso en viktig funktion i att det presenterar författarens eget perspektiv på legalitetsprincipen, dess grundläggande komponenter och de begreppsliga förutsättningar som ligger till grund för de efterkommande kapitlen. Men kapitlet innehåller inget egentligt eget bidrag på det teoretiska planet. Om än referenser görs till både svensk och internationell litteratur, så framstår dessa som spridda fynd bland den mycket omfattande litteratur som står att finna. Det är i sig inget läsaren behöver kritisera – utmaningen att hitta nån slags röd tråd eller samlande perspektiv i floden av internationell litteratur är övermäktig de flesta av oss. Problemet ligger i att studien tidigare utgett sig för att vilja ”ge en definition av legalitetsprincipen i ljuset av den samtida rättsteoretiska och förvaltningsrättsliga doktrinen” (s. 25). Kanske övertolkar jag lokutionen ”i ljuset av” och författaren vill bara sprida några teoretiska strålar över det som sedan blir en i grunden rättsdogmatisk studie av praxis. Kanske är det också min egen törst efter mer teoretiskt arbete kring legalitetsprincipen i den svenska rättsvetenskapen som spökar.

Oavsett det framstår kapitel 2 huvudsakligen som en transportsträcka fram till det som författaren vill göra och sedan också gör på ett mycket bra sätt – som han själv uttrycker det är fokus på ”hur principen konkretiserats i rättspraxis” (s. 28).

Törsten efter mer tar sig också uttryck när jag läser avsnitten om bland annat faktisk verksamhet (avsnitt 4.2.1.2), konstitutionell nödrätt (avsnitt 4.3) och legalitetsprincipen i 2017 års FL (avsnitt 4.4). Här hade jag gärna läst mer av författaren, men det beror på att det är intressanta och aktuella ämnen. Som studien nu är inriktad hålls det på en rimlig nivå, som syftar till att stödja den centrala undersökningen. Författaren, och andra, får anledning att återkomma till alla de intressanta teman som lyfts.

3. Legalitet, principer och krav

Man kan fråga sig om legalitetsprincipen är en standard mot vilken man kan utvärdera den praxis vi finner i domstolarna eller hos myndigheterna? Eller är legalitetsprincipens innehåll helt enkelt det beteende som vi kan beskriva att domstolar och myndigheter ägnar sig åt när de avgör rättsliga frågor, och särskilt när de hanterar frågor om normbundenhet? I det första fallet blir legalitetsprincipen en norm eller standard som kommer ur rättskällorna, som sedan kan ligga till grund för en kvalitativ bedömning av hur mycket rättsordningen lever upp till legalitetsprincipen. I det andra blir beskrivningen av praxis ett sätt att fylla en formell, eller tom, legalitetsprincip med ett konkret innehåll.

Men då kommer detta normativa innehåll inte från övriga rättskällor, utan domstolarnas praxis blir den primära rättskällan.

Författarens angreppssätt fokuserar mer på huruvida legalitetsprincipen är en rättsregel eller en (rätts)princip. Han för en kort men intressant diskussion om skönsmässighet, och hur större eller mindre skönsmässigt utrymme för ett offentligt organ ändå måste förstås som utövande av en viss befogenhet, som i sig inte strider mot legalitetsprincipen.

”Legalitetsprincipen måste därför ses som en konstitutionellt grundad rättsprincip som i huvudsak konkretiseras genom rättspraxis. Grunden för det är att den till sin karaktär måste ses som en princip snarare än som en regel.” (s. 30.)

Vidare konstateras att legalitetsprincipen är en tolkningsprincip som i sig inte kan vara skriven, eftersom kodifiering av en tolkningsprincip i sin tur måste vara föremål för tolkning. Det skulle i så fall bara skjuta problemet framåt och ge upphov till en problematisk regress.

Författaren konstaterar att de skrivna legalitetskrav som finns i lagstiftningen (sådana som 1 kap. 1 § tredje stycket RF och 5 § FL) är generella och abstrakt utformade. De är därmed inte i sig tillräckliga för att ge legalitetsprincipen ett mer tydligt eller detaljerat innehåll. Det är också vad som leder författaren till att studera rättspraxis, där domstolarnas tolkningar ”konkretiserat principen” (s. 30, se också s. 33 f. om det ovanliga i den större vikt som lagts vid rättspraxis från domstolarna och JO).

På ett något svårfångat sätt vänder sig därmed studien av legalitetsprincipen in mot sig själv. Själva frågan om rättstillämpning, vad det innebär att korrekt använda eller besluta på grundval av en rättsregel, när en kritisk punkt när denna rättsregel är den abstrakta kodifieringen av legalitetsprincipen själv. Här har jag som sagt mycket sympati för angreppssättet att fokusera på rättspraxis (eller ”institutionell praxis” som det också kallas på några ställen), eftersom det är i denna konkreta verksamhet som tillämpningen av legalitetsprincipen får sitt innehåll.

Samtidigt är den oundvikliga rundgången frustrerande. Är resultatet av analysen att det inneboende innehållet 1 kap. 1 § tredje stycket RF kan tolkas fram? Har vi genom studien fått svaret på vad 5 § FL egentligen betyder? Särskilt underligt blir detta i ljuset av att författaren inledningsvis konstaterar att något starkt legalitetskrav inte fanns inom förvaltningsrätten fram till 1940-talet (s. 27). Betyder det då att förvaltningen inte agerade utifrån de förvaltningsrättsliga lagar och andra rättsregler som fanns innan denna period? Uppenbarligen inte.

Legalitet är å ena sidan ofrånkomligt i varje rättsordning, annars skulle vi inte kunna förstå domar, beslut och handlingar som tillämpning eller verk-

ställande av de rättsliga normerna. Å andra sidan är just legalitet något annat än legalitetsprincipen.

Ett förslag här (och jag har själv diskuterat frågan något i min avhandling) är att legalitet är ett slags kvalité hos en åtgärd som handlar om i vilken mån den är i överensstämmelse med de normer som antas gälla inom rättsordningen. Från det perspektivet kan vi göra en värdering av hur legal eller, annorlunda uttryckt, hur normmässig en åtgärd är. Vissa åtgärder är helt i överensstämmelse med alla relevanta normer, andra mindre normmässiga men ändå inom ramen för det tillåtna. Ytterligare vissa åtgärder kan ha låg grad av legalitet, antingen genom att vara fria (som i det negativt tillåtna privata handlandet) eller genom att en myndighet har getts en avsevärd skönsmässighet inom ramen för sin befogenhet att handla eller besluta. Det senare betyder inte att dess handlingar eller åtgärder är olagliga, men det blir mindre meningsfullt att prata om legalitet.

Legalitetsprincipen blir i kontrast till legaliteten, en uppsättning krav, en standard, som numer anses krävas för att en åtgärd skall vara laglig. Och här visar författaren att detta krav för det första är generellt lägre ställt inom förvaltningsrätten än inom straff- eller skatterätten. För det andra visar han hur kraven i sin tur skiljer sig ganska väsentligt åt mellan olika delar av förvaltningsrätten, inom det vi kallar den speciella förvaltningsrätten (politirätt, hälso- och sjukvård, migration, etc.), men också inom olika områden som avgränsas beroende på vad för slags rättigheter de berör eller inkräktar på (personliga eller ekonomiska förhållanden, förhållande mellan enskilda, gynnande eller betungande, etc.).

Det som då blir tydligt, i varje fall för mig, är att det är tveksamt om vi kan tala om en legalitetsprincip i singular. Det är en utgångspunkt i studien att den förvaltningsrättsliga legalitetsprincipen är en annan än den straffrättsliga eller den skatterättsliga. Här har vi alltså redan tre legalitetsprinciper att utgå från. Men varför stanna där? Har vi inte att göra med i varje fall en handfull fler legalitetsprinciper på de olika speciella och specifika förvaltningsrättsliga områdena?

Här kommer ytterligare ett förslag för framtida diskussion och studier, men också en möjlig läsning av den aktuella boken. Flera olika termer används genom bokens kapitel (och jag har ovan redan använt en del av dem). Bland annat: legalitet, legalitetsprincip, legalitetsstandard, legalitetskrav, laglighet, rättslig giltighet, normbundenhet, legalitetsskydd. Denna terminologiska flora och tendensen att skapa en sådan känner jag och många andra väl igen. Den är knappast resultatet av bristande fokus eller slarv hos författaren, utan är ett symptom på svårigheten i uppgiften. När vi närmar oss de centrala teoretiska frågorna inom en disciplin tenderar språket att krackelera.

Men här finns som sagt en möjlighet framåt. Och författaren gör själv en talande vändning i det sammanfattande kapitlet. Även om termen ”legalitetskrav” figurerat några gånger tidigare (se sakregistret) har den då huvudsakligen varit synonym med legalitetsprincip eller föreskriftskrav. På s. 415 under rubriken ”Ett variabelt legalitetskrav” övergår plötsligt diskussionen från att tala om legalitetsprincip till att tala om legalitetskrav – och då just som från början ett fenomen i pluralis, snarare än en princip i singularis. Den koncisa sammanfattningen av hela studiens centrala resultat i detta avsnitt är föredömlig. Men det är ironiskt att den handlar om och använder begreppet legalitetskrav och inte legalitetsprincipen. Kanske borde studien hetat något i stil med *Skilda legalitetskrav i förvaltningsrätten?* (Om än förläggaren med rätta hade protesterat mot en så blygsam titel ...).

Sammanfattningsvis rekommenderar jag starkt Carl Lebecks bidrag till offentlighets- och förvaltningsrättens allmänna läror. Det är ett ytterligare steg i den påbörjade men långt ifrån mogna beforskningen av legaliteten i den offentliga rätten. Jag hoppas och tror på efterföljare, från Lebecks och andras skrivbord.