



LUND UNIVERSITY

Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag

Wenander, Henrik

Published in:
Förvaltningsrättslig tidskrift

2018

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Wenander, H. (2018). Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag. *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 443-456.

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Annan

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 2018 3

Proportionalitetsprincipen i 2017
års förvaltningslag

Av Henrik Wenander

PROPORTIONALITETSPRINCIPEN I 2017 ÅRS FÖRVALTNINGSLAG*

av Henrik Wenander**

1. Inledning

Proportionalitetsprincipen kan på ett mycket övergripande plan betraktas som en rättslig mekanism för att vid sidan av ren regeltillämpning föra in en bedömning av rimlighet i förvaltningens agerande och i domstolskontrollen av förvaltningen. Principen har en konstitutionell aspekt på så sätt att den rör rollfördelningen mellan å ena sidan politiker i riksdag och regering och å andra sidan rättstillämpare i domstolar och förvaltning.¹ I den allmänna förvaltningsrätten har principen nu kommit till uttryck i 5 § tredje stycket 2017 års förvaltningslag (2017:900), FL:

Myndigheten får ingripa i ett enskilt intresse endast om åtgärden kan antas leda till det avsedda resultatet. Åtgärden får aldrig vara mer långtgående än vad som behövs och får vidtas endast om det avsedda resultatet står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för den som åtgärden riktas mot.

Den övergripande frågan för denna artikel är vad proportionalitetsprincipen innebär i den nya förvaltningslagens tappning. Eftersom lagen när detta skrivs ännu inte har trätt i kraft blir det här fråga om att identifiera eventuella nyheter i förhållande till tidigare reglering samt att uppmärksamma hur bestämmelsens utformning svarar mot de skäl som anfördes i lagstiftningsärendet. Det är däremot givetvis ännu för tidigt att säga något om bestämmelsens påverkan på praxis. En sådan undersökning får anstå ett antal år. I fråga om material får förarbetena till bestämmelsen i framför allt Förvaltningslagsutredningens betänkande och propositionen till den nya lagen stor betydelse.²

* Artikeln har *peer review*-granskats.

** Tack till Jane Reichel för givande diskussioner om begreppet god förvaltning (se vidare hennes bidrag i detta tidskriftsnummer).

¹ Se Christina Moëll, *Proportionalitetsprincipen i skatterätten*, 2003 s. 170; se i engelskt perspektiv Robert Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford 2000 s. 86–94.

² SOU 2010:29; prop. 2016/17:180; jfr bet. 2017/18:KU2 s. 14 f. där Konstitutionsutskottet tillstyrker regeringens förslag utan några egentliga egna överväganden.

När det gäller rättsvetenskaplig behandling ska här särskilt Ingrid Helmius artikel på temat nämnas.³

Liksom andra offentlighetsrättsliga grundsatser kan proportionalitetsprincipen ge upphov till ett mycket stort antal principiella och praktiska frågor. Det finns här inte utrymme för att behandla alla aspekter. Artikeln koncentrerar sig därför på mer övergripande frågor om principens framväxt och tillämpningsområde. Mer detaljerade frågor rörande innebörden i principens olika delar – lämplighet, nödvändighet och proportionalitet i strikt mening (se avsnitt 2 och 3) – kan inte närmare behandlas här.⁴

Artikeln är upplagd på så sätt att den i avsnitt 2, mot bakgrund av tidigare forskning, först identifierar hur principen har utvecklats i europeisk och svensk förvaltningsrätt. Därefter redogörs i avsnitt 3 för den nya regleringens bakgrund och närmare innehåll. I avsnitt 4 uppmärksammas principens tillämpningsområde enligt den nya lagen. Resultaten av undersökningen sammanfattas i kapitel 5.

2. Principens utveckling

Redan den förmoderna tidens rättsuppfattning kunde omfatta krav på rimlighet och skälighet i den offentliga maktutövningen.⁵ Dock kan den förvaltningsrättsliga proportionalitetsprincipen i modern mening knytas till utvecklingen av rättsstatsidéer vid 1800-talets slut i tysk rätt. Principen utgjorde där först enbart en begränsning av politirättsliga ingrepp i den enskildes fri- och rättigheter, för att senare få en bredare betydelse för alla slags åtgärder inom förvaltningen. Den kom så småningom att erkännas också som en konstitutionell princip som även lagstiftaren ska beakta.⁶

Så småningom kom principen, under inflytande av medlemsstaternas rättstraditioner, att etableras genom EU-rätten, såväl i fördragen (artikel 5.4 i EU-fördraget) som i EU-domstolens praxis i olika avseenden. Den har betydelse för både EU-institutionernas beslutsfattande och medlemsstaternas agerande inom EU-rättens tillämpningsområde, inte minst när det gäller inskränkningar av den fria rörligheten i olika avseenden.⁷ Här har EU-

³ Ingrid Helmius, Proportionalitetsprincipen, i Lena Marcusson (red.), *Offentlighetsrättsliga principer*, 3 uppl. 2017 s. 133–168.

⁴ Se för sådana diskussioner i ett norskt och europarättsligt perspektiv Karl Harald Søvig (red.), *Forholdsmessighetsvurderingen i forvaltningsretten*, Bergen 2015.

⁵ Se Helmius (not 3) s. 134.

⁶ Se Jürgen Schwarze, *European Administrative Law*, omarbetade 1 uppl., Luxembourg 2006 s. 685 ff.

⁷ Se Paul Craig, *EU Administrative Law*, 2 uppl., Oxford 2012 s. 590–640.

domstolen betraktat både formella beslut och olika former av faktiskt handlande som inskränkningar som behöver vara proportionerliga.⁸ På liknande sätt innefattar Europakonventionens regler, så som de har tolkas av Europadomstolen, krav på att inskränkningar av rättigheter ska uppfylla krav på proportionalitet. För båda regelverken har, på samma sätt som i tysk rätt, de tre momenten lämplighet, nödvändighet och proportionalitet i strikt mening identifierats som centrala. Som framhålls i Förvaltningslagsutredningen har dock terminologin varierat.⁹

Också i svensk rättsvetenskap går principen relativt långt tillbaka. Exempelvis uppmärksammade Nils Herlitz vad vi nu kallar proportionalitet som en begränsning av utrymmet för myndighetens fria bedömning vid verkställighet.¹⁰ Det handlade här alltså om en proportionalitetsbedömning inom lagstiftningens ramar.

Så småningom kom proportionalitetsprincipen också till uttryck på konstitutionell nivå, bland annat när det gäller förutsättningarna för lagstiftning som begränsar av medborgerliga fri- och rättigheter (2 kap. 21 § RF), egendomsskydd (2 kap. 15 § RF) och inskränkningar i den kommunala självstyrelsen (14 kap. 3 § RF). Vidare ska Lagrådet i sin granskning av lagförslag uppmärksamma bland annat förslaget i förhållande till rättssäkerhetens krav och till de angivna syftena (8 kap. 22 § 3 och 4 RF). Också här kan sålunda proportionalitetsbedömningar aktualiseras. Det finns i svensk konstitutionell rätt dock inte något övergripande krav på proportionalitet i lagstiftningen som kan granskas i domstol. Utgångspunkten är, i enlighet med den svenska konstitutionella traditionen, att sådana intresse- och lämplighetsavvägningar primärt ska göras i lagstiftningsförfarandet.¹¹

På lagnivå finns idag, vid sidan av den nya regleringen i förvaltningslagen, författningsbestämmelser som innefattar proportionalitetskrav i flera bestämmelser i den speciella förvaltningsrätten och skatterätten. Hit hör exempelvis 8 § polislagen (1984:387) (avseende verkställighet av tjänsteuppgift), 2 kap. 5 § skatteförfarandelagen (2011:1244) (avseende beslut enligt lagen) och

⁸ Se t.ex. mål 42/82 kommissionen mot Frankrike, EU:C:1983:88, punkt 36–38 (ang. att plötslig ändring av etablerade rutiner för vissa kontroller av vin kunde utgöra ett handelshinder enligt nuvarande artikel 34 FEUF, vilket därmed behövde rättfärdigas i förhållande till bl.a. proportionalitet).

⁹ Se SOU 2010:29 s. 157.

¹⁰ Se Nils Herlitz, Föreläsningar i förvaltningsrätt III. Förvaltningsrättsliga plikter, 1949 s. 545 f.; se även Halvar G.F. Sundberg, Allmän förvaltningsrätt, 1955 s. 120 och 668 f.

¹¹ Se ang. rättighetsinskränkningar och egendomsskydd prop. 2016/17:180 s. 61; ang. kommunalt självstyre prop. 2009/10: 80 s. 213 och 296 med synsättet att formuleringen av bestämmelsen (som en bör-regel) skulle utesluta lagprövning i efterhand.

1 kap. 8 § utlänningslagen (2005:716) (avseende förvar enligt 10 och 11 kap. i lagen).¹²

Vid sidan av lagstiftningen har principen, delvis under inflytande av europarätten, kommit till uttryck i praxis från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD), tidigare benämnd Regeringsrätten.¹³ Domstolens praxis efter 1995 har bland annat omfattat en proportionalitetsbedömning av myndigheters beslut om att begränsa enskildas användning av mark (RÅ 1996 ref. 40 och 56). Vidare har domstolen ansett att det var oproportionerligt att inte meddela dispens från strandskyddsregler, trots att det fanns en bestämmelse om särskilda skäl (RÅ 1996 ref. 44). I RÅ 1997 ref. 59 ansåg majoriteten däremot inte att det var oproportionerligt att vägra dispens. Av intresse är dock att domstolen där uttalade att ”kravet på särskilda skäl [enligt den i målet aktuella bestämmelsen] alltid bör anses uppfyllt när upprätthållandet av ett förbud får verkningar som inte är förenliga med proportionalitetsprincipen”.

I RÅ 1999 ref. 76 (Barsebäck) genomförde domstolen en proportionalitetsbedömning avseende ändamålsenlighet, nödvändighet och proportionalitet i strikt mening. Domstolen uttalade mot bakgrund av tidigare praxis ”att myndigheterna i många avvägningsfrågor har ett betydande handlingsutrymme och att ett underkännande av ett myndighetsingripande i sådana fall knappast kan komma i fråga i andra fall än sådana där det råder ett klart missförhållande mellan det allmänna intresset av ingripandet och den belastning som ingripandet innebär för den enskilde.” Bedömningen mynnade ut i att invändningarna om bristande proportionalitet inte utgjorde grund för att upphäva regeringens beslut.

I HFD 2013 ref. 42 (som rörde villkorlig frigivning) beaktade domstolen Europakonventionen och praxis från Europadomstolen och kom fram till att tillämpning av de relevanta svenska reglerna gav ett oproportionerligt resultat och att de ”inte kunde tillämpas fullt ut”. Avgörandet kan mot bakgrund av denna formulering uppfattas som ett åsidosättande av den aktuella författningsregleringen med hänvisning till konventionen. Ingrid Helmius har dock framfört att tillämpningen av proportionalitetsprincipen i målet skedde inom de ramar som den tillämpliga lagstiftningen ställde upp.¹⁴ De olika tänkbara tolkningarna av avgörandet illustrerar att avgöranden om beaktande av principer, och då kanske särskilt proportionalitetsprincipen, inte alltid är entydiga.

¹² Se SOU 2010:29 s. 172 ff.; Helmius (not 3), på s. 137–145; ang. utlänningslagen prop. 2004/05:170 s. 269.

¹³ Se vidare, också från tiden före EU-medlemskapet, SOU 2010:29 s. 172 ff.; Rune Lavin, Högsta förvaltningsdomstolen och Europakonventionen, FT 2012 s. 339–355, på s. 348 och 355; Helmius (not 3) på s. 145–156.

¹⁴ Se Helmius (not 3) s. 157.

I de nu nämnda målen har tillämpningen av principen anknytning till regeringsformen och Europakonventionen. Avgörandena bygger dock också på tillämpning av inhemska lagregler om "särskilda skäl" och annat som gav utrymme för en rimlighetsavvägning från domstolens sida.

Också avseende EU-rätten finns exempel på proportionalitetsbedömningar i HFD.¹⁵ I RÅ 2004 ref. 95 (Wermdö Krog) som rörde det svenska spelmonopolet och EU-rättens fria rörlighet för tjänster bedömde domstolen regleringen i förhållande till bland annat proportionalitetsprincipen. Domstolen kom efter en bedömning av nödvändighet, lämplighet och proportionalitet i strikt mening (dock med delvis annan terminologi) fram till att EU-rätten inte medförde att de svenska reglerna skulle åsidosättas i målet. Ett annat exempel utgörs av RÅ 2009 ref. 83 som handlade om förhållandet mellan alkohollagstiftningens begränsningar för kommersiell införsel av alkohol och EU-rättens regler om fri rörlighet. Också i det målet kom domstolen efter proportionalitetsbedömning – som berörde lämplighet, nödvändighet och proportionalitet i strikt mening – fram till att den svenska regleringen inte stred mot EU-rätten.

Praxis har dock inte enbart gällt rättigheter som skyddas av svensk grundlag och av europarätten. RÅ 2003 ref. 41 rörde återbetalningsskyldighet för bostadsbidrag när den enskilde hade ansetts ha en för hög inkomst under året med hänsyn till studiebidrag i förskott som avsåg studier under nästkommande år. Angående den centrala frågan om till vilket år bidragen skulle hänföras uttalade domstolen att lydelsen av den aktuella lagen "synes inte hindra en viss flexibilitet i tillämpningen". Det kan noteras att den princip för till vilket år en inkomst skulle hänföras (kontantprincipen) som var central i målet framgick av propositionen till lagen. Även om domstolen inte uttryckligen nämnde proportionalitet, förekom i domen formuleringar om "orimliga konsekvenser", vilket har föranlett Ingrid Helmius att betrakta avgörandet som ett exempel på en proportionalitetsbedömning.¹⁶

I HFD 2012 ref. 12 fann Högsta förvaltningsdomstolen att Skatteverkets beslut om tredjemansrevision var oproportionerliga enligt både den allmänna rättsgrundsatsen om proportionalitet och den under målets handläggning införda skatteförfarandelagen. Motsvarande resonemang har förts vid bedömningen av särskilda skäl för eftergift av återbetalningskrav för felaktigt och i god tro mottaget aktivitetsstöd (HFD 2013 ref. 64) och i fråga om avvägningen mellan enskilda och allmänna intressen vid antagandet av en detalj-

¹⁵ Se vidare Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson (red.), EU-rättslig metod, 2 uppl. 2011 s. 269 ff.

¹⁶ Jfr Helmius (not 3) s. 166 som menar att det här rörde sig om en proportionalitetsbedömning utanför lagens ramar; se även Mats Tjernberg, Skatterättslig tolkning, 2018 s. 127.

plan enligt plan- och bygglagen (1987:10) (HFD 2013 ref. 66).¹⁷ I HFD 2016 ref. 60 satte domstolen ned en likvidators betalningsskyldighet enligt reglerna om företrädaransvar med hänvisning till proportionalitetsprincipen och en undantagsbestämmelse om ”särskilda skäl” i den tillämpliga lagen.

Också Migrationsöverdomstolen har i MIG 2017:25 – utan uttrycklig hänvisning till principen – resonerat på ett sätt som anknyter till en proportionalitetsavvägning. Målet rörde arbets- och uppehållstillstånd när den enskildes lön till följd av ett misstag hade varit något lägre än vad som följer av svenska kollektivavtal (jfr 6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagen [2005:716]). Den aktuella bestämmelsen anger att ”arbetstillstånd *får* [kursiverat här] ges” om vissa villkor är uppfyllda. Domstolen kom efter en helhetsbedömning av anställningsvillkoren fram till att utlänningslagens villkor för arbetstillstånd var uppfyllda.

I de nu nämnda målen skedde proportionalitetsbedömningarna inom de ramar som lagstiftningen ställde upp, i vissa fall dessutom med hänvisningar till EU-rätten och Europakonventionen. Det finns emellertid också exempel där avgörandena kan uppfattas som ett åsidosättande av tillämpliga lagregler med hänsyn till principen.

I HFD 2015 ref. 16 uppkom frågan om Högsta förvaltningsdomstolen kunde göra en proportionalitetsbedömning och bortse från uttryckliga lagkrav. Frågan i målet var hur körkortslagens – då undantagslösa – krav på avhållsamhet från narkotika för att kunna ha villkor om alkohol och därmed behålla körkortet skulle tillämpas för en person som hade använt narkotiska läkemedel efter läkarordination. Domstolens majoritet nämnde inte proportionalitetsprincipen särskilt, utan konstaterade endast att regelverket inte gav utrymme för annat än att undanröja beslutet om villkor om alkohol. Justitierådet Bull var skiljaktig och ansåg att proportionalitetsprincipen gäller utan uttrycklig lagreglering och att det var möjligt att med stöd av principen underlåta att återkalla körkortet ”även om de tillämpliga författningarna inte ger utrymme för en sådan bedömning”. Han hänvisade till att en sådan bedömning kunde göras i förhållande till EU-rätten och Europakonventionen samt anförde att den (inhemska) förvaltningsrättsliga proportionalitetsprincipen på samma sätt borde vara oberoende av hur lagstiftningen på ett område ser ut. Av betydelse var vidare att det inte framgick varför lagen hade utformats på detta sätt samt att också en indragen förman – som det handlade om här – enligt Bull också kunde aktualisera beaktande av principen. I själva bedömningen av åtgärden – att undanröja beslut om alkohol – kom Bull fram till

¹⁷ Se Thomas Bull, Rättighetsskyddet i Högsta förvaltningsdomstolen, SvJT 2017 s. 216–244, på s. 217.

att den inte kunde leda till att uppfylla syftet med reglerna samt att den fick påtagliga negativa effekter för den enskilde, varför beslutet skulle upphävas.

Ett ytterligare avgörande som aktualiserar gränsdragningen mellan avvägningar inom och utom den av lagtexten givna ramen är HFD 2017 ref. 5.¹⁸ Målet rörde djurförbud enligt djurskyddslagen (1988:534) för en lantbrukare som hade dömts för djurplågeri. Enligt lagens bestämmelser ska en sådan dom medföra att länsstyrelsen meddelar förbud att ha hand om djur, såvida inte det är uppenbart att ett upprepande inte kommer att inträffa (29 §). Efter ett resonemang om utrymmet för undantag och betydelsen av proportionalitetsprincipen konstaterade HFD att en framåtsyftande bedömning gav vid handen att riskerna för vanskötsel för övriga djur i besättningen var liten. Dessutom skulle ett förbud få en mycket stor betydelse för lantbrukaren, varför beslutet om djurförbud inte stod i proportion till det intresse som lagstiftningen avsåg att skydda. Av domskälens formulering är det inte helt tydligt om domstolen, i enlighet med lagtexten, ansåg att det var uppenbart att vanskötseln inte skulle upprepas, eller om proportionalitetsprincipen användes för att gå utöver vad som lagstiftningen medgav.

Det kan tilläggas att det ligger nära en normprövning enligt 11 kap. 14 § RF att beakta principen så att en författningsregel åsidosätts. I ett senare sammanhang har Thomas Bull, vid sidan av sin roll som domare, tillsammans med Anna Jonsson Cornell anført att majoritetens avgörande klagör att utrymmet för proportionalitetsbedömningar bestäms av den rättsliga regleringen. Detta, menade de, minskar betydelsen av proportionalitetsprincipen som en konstitutionell princip som kan användas av domstolar.¹⁹

3. Den nya regleringen

Förvaltningslagsutredningen hade föreslagit en bestämmelse som skulle kodifiera den proportionalitetsprincip som hade utvecklats i såväl svensk inhemsk som europeisk förvaltningsrätt. En uttrycklig reglering skulle enligt utredningen förtydliga principens betydelse för myndigheterna, förbättra deras handläggning, underlätta överprövningen i förvaltningsdomstol och markera Sveriges åtaganden enligt europarätten. För att fånga upp alla slags åtgärder med negativa verkningar skulle denna reglering tas in i den del av lagen som

¹⁸ Se min kommentar till avgörandet i FT 2018 s. 387–391.

¹⁹ Se Thomas Bull och Anna Jonsson Cornell, Sweden: Developments in Swedish Constitutional Law, i: Richard Albert, m.fl. (red.), *The I-CONnect-Clough Center 2016 Global Review of Constitutional Law*. ISBN: 9780692925164, tillgänglig på <https://ssrn.com/abstract=3014378> (besökt 2018-05-06) s. 201–205, på s. 202.

behandlar god förvaltning.²⁰ Regeringen anförde samma skäl för att införa bestämmelsen, och konstitutionsutskottet ställde sig bakom regeringens förslag i dess helhet.²¹

Den slutliga lagen kom därmed att ligga mycket nära utredningens förslag. En viktig skillnad är dock att utredningen hade föreslagit en begränsning av tillämpningsområdet genom att kräva att det enskilda intresset som skyddas skulle vara väsentligt. Skälet var att myndigheternas prövning annars kunde tänkas fokusera också på mindre viktiga intressen så att effektiviteten i förvaltningen hotades.²² I den slutliga lagtexten togs ordet ”väsentligt” dock bort eftersom Lagrådet hade kritiserat formuleringen.²³ I propositionen uttalade regeringen dock att avsikten inte är att ”absolut rättvisa ska uppnås i varje enskilt fall”²⁴ och att ”[k]ravet på rimlighet innebär att det inte får föreligga ett klart missförhållande mellan det allmänna intresset av ett visst ingripande och den belastning som detta medför för den enskilde”.²⁵

Den nya bestämmelsen i 5 § tredje stycket FL anger gränserna för när en myndighet får ingripa i ett enskilt intresse och omfattar krav på att en sådan åtgärd i förhållande till det avsedda målet ska vara nödvändig, lämplig och stå i rimligt förhållande till de olägenheter som kan uppstå för den enskilde. Någon sådan allmän reglering har inte funnits i de båda tidigare förvaltningslagarna. Principen och dess innehåll allmänt måste dock anses ha varit väletablerad i lagstiftning och praxis redan när den nya lagen antogs.²⁶ Som har framgått hänger detta samman med både principens inhemska framväxt inom framför allt politirätten och den förstärkning av principen som europarätten innebär. När nu principen tas in i förvaltningslagen är det därför, åtminstone till största delen, fråga om en kodifiering som tydliggör vad som redan gäller.²⁷

Med den nya bestämmelsen blir det tydligt för handläggare i förvaltningen och för överinstanser att principen alltid ska beaktas (om det inte finns särregleringar som går före FL, se nedan). Rent praktiskt blir det dessutom troligen lättare för både parter och beslutsfattare att kunna hänvisa till en uttrycklig lagbestämmelse, snarare än till praxis. Som har framgått ovan har Högsta förvaltningsdomstolen återkommande hänvisat till principen vid tillämp-

²⁰ Se SOU 2010:29 s. 181 ff.; se vidare om detta begrepp Jane Reichels bidrag till detta tidskriftsnummer.

²¹ Se prop. 2016/17:180 s. 62 f.; bet. 2017/18:KU2 s. 14 f.

²² Se SOU 2010:29 s. 182 f.

²³ Se prop. 2016/17:180 s. 61 (motiveringen) och 378 (Lagrådet).

²⁴ Prop. 2016/17:180 s. 63.

²⁵ Prop. 2016/17:180 s. 290.

²⁶ Se SOU 2010:29 s. 171 och 181; prop. 2016/17:180 s. 62.

²⁷ Se Helmius (not 3) s. 168.

ningen av lagbestämmelser om ”särskilda skäl”, ”helhetsbedömning” och andra rimlighetsbedömningar. Den nya bestämmelsen, med den uttryckliga uppdelningen i tre moment i en proportionalitetsbedömning, kan på så sätt underlätta för domstolarna när de redogör för varför exempelvis särskilda skäl föreligger eller när den bedömer utrymmet för handlande när lagtexten anger att någon ”får” göra något. Att det finns en skriven generell regel innebär emellertid också att förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar kan förväntas hänvisa till den i sina avgöranden när en part hänvisar till rimlighet eller proportionalitet (jämför här majoritetens tystnad om principen i HFD 2015 ref. 16).

Liksom övriga delar av lagen gäller proportionalitetsregleringen för förvaltningsmyndigheter och domstolar enligt vad som framgår av 1 § FL. Det är då värt att notera att kravet på proportionalitet inte omfattar enbart handläggning av ärenden, utan också ”annan förvaltningsverksamhet”, det vill säga vad som brukar betecknas som faktiskt förvaltningshandlande. Förvaltningsdomstolar och andra myndigheter som överprövar beslut behöver dessutom bedöma underinstansens tillämpning av bestämmelsen både när det rör sig om förvaltningsrättsligt överklagande och om laglighetsprövning enligt kommunallagen (2017:725).

Förvaltningslagens bestämmelser gäller inte för regeringen (jfr 1 § FL). I propositionen till den nya lagen anger dock regeringen att den, i enlighet med tidigare praxis, även i fortsättningen ”i så stor utsträckning som möjligt i tillämpliga delar” följa bestämmelserna om ärendehandläggning i FL. Det kan här noteras att de ärenden som ska prövas av regeringen, antingen som enda eller som sista instans (bortsett från eventuell rättsprövning i HFD) är sådana, där det finns ett behov av politiska bedömningar.²⁸ Med tanke på proportionalitetsprincipens konstitutionella dimension (se avsnitt 1) blir frågan då i vilken utsträckning regeringen i praktiken kommer att anse sig begränsad av principen i sin handläggning av sådana ärenden.

Proportionalitetsregeln i 5 § tredje stycket FL är, liksom bestämmelserna i förvaltningslagen i övrigt, subsidiär till avvikande bestämmelser i annan lag eller förordning (4 § FL). Av propositionen till 1986 års förvaltningslag – som refereras i propositionen till den nya lagen – framgår att det enbart torde vara bestämmelser som tydligt avviker från lagen som har företräde.²⁹ Vidare anger propositionen till den nya lagen att en bedömning av eventuellt företräde får ske utifrån specialregleringens syfte och hur fullständigt den reglerar

²⁸ Se t.ex. ang. regeringens tillämplighetsprövning enligt miljöbalken prop. 1997/98:45 del 1 s. 437; jfr ang. regeringens roll som överklagandeinstans prop. 1983/84:120 s. 16; bet. 1983/84:KU23 s. 7.

²⁹ Se prop. 1985/86:80 s. 59.

förfarandet. Även principen om att en nyare författning har företräde kan enligt författningskommentaren ha betydelse. Samtidigt anges där att det bör vara ovanligt med avvikande föreskrifter som begränsar enskildas rättsskydd. Särskilt gäller detta för regler i förordningsform.³⁰

4. Proportionalitetsbestämmelsens tillämpningsområde

En utmaning med den nya bestämmelsen kan vara att fastställa dess tillämpningsområde. En viktig begränsning är att en åtgärd ska avse ett ingrepp i ett enskilt intresse för att träffas av lagens krav på proportionalitet. Förarbetena påpekar att begränsningen till enskilt intresse innebär att kommunerna inte skyddas av proportionalitetskravet, förutom när de agerar som enskilda i civilrättsliga sammanhang. Därutöver finns grundlagsbestämmelsen om proportionalitetsbedömning av lagstiftning som begränsar den kommunala självstyrelsen i 14 kap. 3 § RF.³¹

Vad som räknas som ett ingrepp får rimligen bedömas utifrån det rättsliga utgångsläget att den enskilde har rättslig och faktisk handlingsfrihet.³² Dessutom förutsätter förarbetena, trots att något väsentlighetskrav inte finns med i lagtexten, avseende proportionalitetsbedömningen i strikt mening att det rör sig om ett ”klart missförhållande”. Uttryckssättet anknyter till vad Regeringsrätten (nu HFD) uttalade i RÅ 1999 ref. 76 (Barsebäck). På denna punkt har domstolarna, JO och JK en viktig uppgift att i sin praxis vidare utveckla innebörden av denna begränsning.

Betungande beslut, både sådana som inskränker grundlagsskyddade rättigheter och sådana som begränsar andra rättsliga positioner, får anses omfattade av proportionalitetskravet på samma sätt som i Högsta förvaltningsdomstolens tidigare praxis. Det kan då noteras att domstolen, som framgått ovan, i RÅ 1996 ref. 44, ansett att proportionalitetsprincipen ska beaktas i fråga om dispens från förbud att använda fast egendom. Denna praxis anknyter till egendomsskyddet enligt regeringsformen och Europakonventionen. Frågan blir då om frågor om dispens från förbud allmänt – bortsett från de situationer av egendomsbegränsningar som berördes i målet – ska räknas som sådana ingrepp som måste uppfylla den nya bestämmelsens krav. På motsvarande sätt kan man fråga sig om avslag på ansökningar om tillstånd måste uppfylla krav på proportionalitet enligt bestämmelsen (jfr Migrationsöverdomstolens ”hel-

³⁰ Se prop. 2016/17:180 s. 38 och 288 f.

³¹ Se prop. 2016/17:180 s. 64; se även SOU 2010:29 s. 181 samt de särskilda yttrandena där på s. 713 ff.

³² Se Håkan Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 3 uppl. 1999 s. 73 ff.

hetsbedömning” i MIG 2017:25 angående arbets- och uppehållstillstånd). Sett till lydelsen verkar det långtgående att anse att det utgör ett ingrepp att inte lämna dispens eller ett tillstånd. Däremot kan det övervägas om indragning av en förmån (såsom berördes av det skiljaktiga justitierådet Bull i HFD 2015 ref. 16) kan omfattas av proportionalitetskravet enligt lagen. Också här finns utrymme för framtida klargöranden från JO, JK och HFD. Frågan blir då om dessa organ ska fortsätta att genom praxis utveckla principens innebörd utöver vad som framgår av de skrivna författningarna, det vill säga nu 5 § tredje stycket FL.

Utöver handläggning av ärenden omfattas faktiskt förvaltningshandlande av proportionalitetskravet. På så sätt överensstämmer regleringen med europarätten, vilken inte bygger på en tydlig uppdelning mellan ärendehandläggning och faktiskt förvaltningshandlande. Den nya bestämmelsen i FL kräver därmed mer av förvaltningen än exempelvis skatteförfarandelagen, som enbart gäller beslutsfattandet. På liknande sätt som redan har gällt enligt 8 § polislagen blir det då fråga om åtgärder som på något sätt begränsar den enskildes handlingsutrymme. I propositionen nämns som exempel på sådana ingrepp återkravshantering på socialförsäkringsområdet och åtgärder av en tentamensvakt vid misstänkt fusk vid ett prov inom universitetsutbildning. Däremot ska – rimligt nog – inte ”meningsskiljaktigheter mellan studenter och lärare på en högskola” anses utgöra ett ingrepp.³³

Mellan dessa olika former av faktiskt förvaltningshandlande finns givetvis många tänkbara former av agerande från förvaltningsmyndigheternas sida. Det blir troligen en utmaning för framför allt JO och JK att bedöma vad som utgör ingrepp i fråga om faktiskt förvaltningshandlande. Med tanke på Högsta förvaltningsdomstolens praxis om överklagbarhet sedan RÅ 2004 ref. 8 (olivoljemålet) – där förvaltningsmyndigheters agerande med betydande faktiska verkningar har ansetts utgöra överklagbara beslut – kan också förvaltningsdomstolarna behöva bedöma åtgärder såsom rådgivning, information och annan påverkan med mer ingripande verkningar för den enskilde utifrån proportionalitetskravet i den nya FL.

När proportionalitetsprincipen aktualiseras inom EU-rättens tillämpningsområde kan den innebära att en nationell bestämmelse måste åsidosättas för att Sverige inte ska bryta mot EU-rätten. På liknande sätt har Högsta förvaltningsdomstolen beaktat proportionalitetsprincipen med hänsyn till Europakonventionen. I förhållande till rent inhemska bestämmelser kan principen enligt HFD 2015 ref. 16 dock inte utgöra stöd för att frånga uttryckliga

³³ Prop. 2016/17:180 s. 290. Det något förbryllande exemplet – som även utan denna hänvisning svårligen hade kunnat betraktas som ett ingrepp – tycks ha föranletts av ett remissvar från Linköpings universitet, se Ds 2010:47 s. 222.

författningsbestämmelser. Den nya lagen innebär ingen förändring i detta hänseende. Tvärtom gör den rättsläget ännu tydligare än tidigare eftersom den nya FL ju också omfattar en kodifiering av legalitetsprincipen för förvaltningsmyndigheterna. I situationer som enbart avser svenska bestämmelser har den kodifierade principen därmed, på samma sätt som tidigare (och som redan Nils Herlitz diskuterade, se avsnitt 2), enbart betydelse i situationer där lagstiftningen ger ett visst utrymme (för fri prövning eller skön) för rättstillämparen. Här visar sig sålunda en skillnad mellan principen i europarättsliga sammanhang och i inhemska situationer. Som Ingrid Helmius har påpekat beror denna skillnad på att den rättsliga ramen för myndighetens agerande ser annorlunda ut.³⁴

En särskild fråga är här om också myndighetsföreskrifter ska begränsa tillämpningsområdet av proportionalitetsprincipen på samma sätt som lagar och förordningar. Myndighetsföreskrifter har en betydligt svagare demokratisk anknytning än både lagar och förordningar. En viss kontrollmöjlighet ligger i domstolarnas normprövning enligt 11 kap. 14 § RF avseende huruvida reglerna om normgivningsmakt i 8 kap. RF har följts.³⁵ Om i och för sig korrekt tillkomna myndighetsföreskrifter därutöver får orimliga följder är en möjlighet att ge proportionalitetsprincipen ett större utrymme så att alltför långtgående verkningar av myndighetsföreskrifter kan begränsas i det enskilda fallet.

Även om proportionalitetsbedömningen ska ske inom det utrymme som den tillämpliga författningsregleringen ger, är det inte alltid entydigt vad som är innanför och utanför författningsregleringen. Inte minst erbjuder samspillet mellan förarbetsuttalanden och tolkning av lagtext en utmaning. Här utgör både RÅ 2003 ref. 41 (som visserligen inte omfattade någon uttalad proportionalitetsbedömning) och HFD 2017 ref. 5 exempel. Dessutom kan domstolarna, liksom tidigare, upphäva eller ändra orimliga beslut redan med stöd av de tillämpliga bestämmelserna om exempelvis "särskilda skäl" eller där förvaltningsmyndigheten "får" göra något.³⁶

Proportionalitetsprincipen enligt den nya lagen innefattar, liksom HFD:s praxis, samma tre moment som ursprungligen har etablerats i tysk rätt och sedermera också i europarätten. Även om principen utgör stöd för en begränsning av den offentliga makten, och därmed har betydelse avseende maktfördelning, är det inte fråga om någon helt fri rimlighetsbedömning för myndigheterna. Bedömningen av lämplighet, nödvändighet och proportionalitet

³⁴ Se Helmius (not 3) s. 159.

³⁵ Se Henrik Wenander, Myndighetsföreskrifter. Demokratisk anknytning, politisk styrning och rättssäkerhet, TFR 2016 s. 489–517, på s. 512 ff.

³⁶ Se Fredrik Sterzel, Författning i utveckling, 2009 s. 146; Moëll (not 1) s. 185.

i strikt mening ska ske i förhållande till syftet med regleringen. Detta skulle för övrigt gälla även om principen skulle tillåtas medföra att uttryckliga lagbestämmelser kunde åsidosättas genom en proportionalitetsbedömning.

5. Avslutning

Den övergripande frågan för denna artikel har varit vad proportionalitetsprincipen innebär i den nya förvaltningslagens tappning. Som framgick inledningsvis omfattar behandlingen av denna fråga bland annat att identifiera nyheter samt att uppmärksamma hur bestämmelsens utformning svarar mot de skäl som anfördes för att ta in en regel om proportionalitet i FL.

En nyhet är givetvis lagfästandet av principen. Regleringen i den nya FL kan förtydliga och påminna om vad som gäller för myndigheter och enskilda. Samtidigt innebär lagfästandet paradoxalt nog att principernas ställning som sådana, inte stärks, eftersom domstolarna nu kan luta sig mot en lagregel i stället för att utan stöd i skrivna bestämmelser ta ansvar för att den offentliga makten utövas på ett rimligt sätt.

När det gäller frågan om den nya lagen uppfyller de skäl som har anförts kan det konstateras att direktiven till förvaltningslagsutredningen allmänt nämnde att stärka rättssäkerheten, förtydliga regleringen och skapa en större enhetlighet mellan europarätten och svensk rätt. Enligt Förvaltningslagsutredningen skulle den nya lagen förtydliga principens betydelse för myndigheterna, förbättra deras handläggning, underlätta överprövningen i förvaltningsdomstol och markera Sveriges åtaganden enligt europarätten. När det gäller proportionalitetsprincipen uppfyller lagstiftningen dessa målsättningar, såvitt kan bedömas nu. Det kan därvid noteras att det inte enbart rör sig om ett genomförande av en europarättslig princip i svensk rätt, utan också i lika hög grad om en kodifiering av en inhemsk princip som har utvecklats under europarättens inflytande. Den nya bestämmelsen omfattar samma moment som tidigare har etablerats i såväl tysk, europeisk som svensk praxis. Principen ska tillämpas också i ärenden som saknar europarättslig anknytning.

Med tanke på både ambitionen med den nya FL att skydda enskildas rättssäkerhet och transparensen i lagstiftningsförfarandet är det rimligt att förhållandet till FL:s proportionalitetsprincip framöver uttryckligen uppmärksammas i beredningen av förslag till lagar och förordningar där det är relevant. Avseende förslag till lagar är det dessutom värt att uppmärksamma att Lagrådet kan beakta bestämmelsen i 5 § FL.

En allmän svaghet i rättssäkerhetshänseende i den nya förvaltningslagen är att den – liksom sina föregångare – är subsidiär till andra bestämmelser, och då inte bara till lagar utan också regeringens förordningar. Detta gäller

också proportionalitetsprincipen enligt lagen. Om riksdag eller regering vill att förvaltningsmyndigheterna på något visst område inte ska ägna sig åt proportionalitetsavvägningar utöver vad som direkt framgår av författningstexten kan detta anges i specialförfattning. Det kan dock framstå som politiskt svårsmält att ange att myndigheterna på något visst område inte behöver bry sig om nödvändighet, lämplighet eller proportionalitet i strikt mening i sitt beslutsfattande. Rättsligt sett är det dessutom – enligt propositionen – endast avvikelser som tydligt framgår av annan lag eller förordning som ska gå före regleringen i FL. Dessutom ska som framgått specialregleringens syfte och hur fullständigt den reglerar förfarandet beaktas, liksom principen om att en nyare författning har företräde. Också här kan tolkningsfrågor tänkas uppstå när det gäller att bestämma vad som är en specialbestämmelse som går före proportionalitetsprincipen i lagen. Det kan här påpekas att det inte är möjligt att åsidosätta EU-rättens och Europakonventionens proportionalitetskrav genom en sådan specialbestämmelse.

Som angavs inledningsvis har proportionalitetsprincipen slutligen en konstitutionell dimension. Av redogörelsen ovan framgår att principen skulle kunna fungera som en mekanism för domstolar (och principiellt sett även förvaltningsmyndigheter) att rätta till orimliga följder av entydig lagstiftning. Tillsammans med avgörandet i HFD 2016 ref. 15 kan emellertid lagfästandet av principen tillsammans med legalitetsprincipen uppfattas som ett förtydligande av proportionalitetsprincipens gränser. Som har anförts ovan kan det dock finnas skäl att ge principen en vidare tillämpning i förhållande till myndighetsföreskrifter.

Införandet av principen i FL gör det tydligt att det här rör sig om en förvaltningsrättslig och inte en konstitutionell princip. Beroende på hur HFD uppfattar sin konstitutionella roll kan domstolen i och för sig fortsätta att utveckla principens innebörd utöver den nivå som framgår av den nya förvaltningslagen. Resultatet av en sådan utveckling skulle dock bli att lagstiftningen, tvärtemot ambitionerna med den nya lagen, inte ger hela bilden av rättsläget.