



LUND UNIVERSITY

Skön och regel i svensk förvaltningsrätt

Larsson, Torvald

Published in:
Poul Andersen, forvaltningsretten og retsvidenskaben

2024

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Larsson, T. (2024). Skön och regel i svensk förvaltningsrätt. I R. Grønved Nielsen (Red.), *Poul Andersen, forvaltningsretten og retsvidenskaben: 100-året for en disputats* (s. 141-167). DJØF Forlag.

Total number of authors:
1

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

Rasmus Grønved Nielsen (red.)

Poul Andersen,
forvaltningsretten og
retsvidenskaben

100-året for en disputats



Djøf Forlag
2024

Skön och regel i svensk förvaltningsrätt

Af universitetslektor, jur.dr. Torvald Larsson

Indholdsfortegnelse

1. Inledning	141
2. Skön och regel i förvaltningsrätten	144
3. Den svenska ordningen för domstolsprövning av förvaltningsbeslut	147
4. Skön och regel vid förvaltningsrättsligt överklagande	153
5. Skön och regel vid laglighetsprövning enligt kommunallagen	159
6. Skön och regel vid rättsprövning av regeringsbeslut	161
7. Avslutning	165

1. Inledning

Den 23 februari 1942 höll Poul Andersen, på inbjudan av den stats- och rättsvetenskapliga fakulteten vid dåvarande Stockholms högskola, en föreläsning med rubriken »Skön og Regel i dansk Forvaltningsret«. I föreläsningen, som finns intagen som artikel i *Förvaltningsrättslig tidskrift*, uppehöll sig Andersen vid förhållandet mellan det fria skönet och bunden rättstillämpning i dansk förvaltningsrätt.¹ I inledningen av föreläsningen pekade Andersen på en för det valda ämnet betydelsefull skillnad mellan

1. Poul Andersen, »Skön og Regel i dansk Forvaltningsret«, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 1942, s. 69-85. Det kan noteras att ämnet skön och regel – dock inte i förvaltningsrätten – tidigare hade behandlats av Viggo Bentzon i boken *Skøn og Regel* (Köpenhamn 1914).

dansk och svensk rätt. Medan de danska domstolarnas prövning av förvaltningsens beslut och andra åtgärder enligt § 77 i 1849 års grundlag (§ 63 i den nu gällande grundloven) skulle vara inriktad på rättsliga frågor – »Spørgsmaal om Øvrighedsmyndighedens Grænser« – kunde den svenska Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen), i de mål som över huvud kunde bli föremål för dess prövning, pröva både rättsfrågor och skönsfrågor.² Denna skillnad, menade Andersen, hade medfört att den praktiska betydelse som var knuten till distinktionen mellan skön och regel i förvaltningsrätten – och möjligtvis även det teoretiska intresset för åtskillnaden – var större i Danmark än i Sverige. Andersen menade dock, att eftersom uppdelningen mellan skön och regel otvivelaktigt var av betydelse på vissa områden även i Sverige, särskilt när det gäller överklagande av kommunala beslut, kunde det ämne han hade valt för sin föreläsning vara av intresse även för hans svenska åhörare.³

Det har nu gått mer än 80 år sedan Andersen höll sin föreläsning. Å ena sidan kan konstateras att Andersens anmärkningar om att den praktiska betydelsen och intresset för uppdelningen mellan skön och regel är större i Danmark än i Sverige synes vara giltiga även i dag. Alltjämt gäller i Sverige att förvaltningsdomstolarna vid förvaltningsrättsligt överklagande, den vanligaste formen av domstolsprövning av förvaltningsbeslut, prövar såväl laglighetsfrågor som lämplighetsfrågor.⁴ I Danmark anses fortfarande gälla att domstolarna inte fullt ut överprövar förvaltningens fria skön.⁵ På så vis får skiljelinjen mellan skön och regel också i dag sägas inta en mer central plats i den danska förvaltningsrättsliga diskussionen än i den svenska.

Å andra sidan har den svenska stats- och förvaltningsrätten sedan 1940-talet genomgått betydande förändringar, vilka har satt frågan om skön och regel i delvis nytt ljus. De krav på tillgång till domstolsprövning som följer av såväl den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonvention-

2. Andersen 1942, s. 69.

3. Andersen 1942, s. 70.

4. Torvald Larsson, »Domstolsprövningens inriktning vid prövning av förvaltningsbesvär«, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2021, s. 547-567, s. 551 ff.

5. Søren Højgaard Mørup, Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen, Helle Bødker Madsen, Karsten Revsbech och Ole Terkelsen, *Förvaltningsret. Almindelige emner*, 7 uppl., Köpenhamn: Djøf Forlag 2022, s. 537 ff.; Niels Fenger (red.) *Förvaltningsret*, 1 uppl., Köpenhamn: Djøf Forlag 2022, s. 931 ff. Se vidare nedan under avsnitt 2.

en) som EU-rätten har lett till att allt fler förvaltningsrättsliga beslut kan bli föremål för överprövning i domstol genom förvaltningsrättsligt överklagande.⁶ Denna förändring har bland annat inneburit att vissa slags förvaltningsbeslut som i svensk rätt tidigare inte har ansetts vara lämpade för domstolsprövning, därför att inslaget av skönsmässighet har ansetts vara allt för stort, numera kan överklagas till allmän förvaltningsdomstol trots allt.⁷ Vidare har de europarättsliga kraven på tillgång till domstolsprövning medfört att en lag om rättsprövning har införts – lagen (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.⁸ Genom denna lag kan enskilda samt vissa miljöorganisationer utkräva domstolsprövning även av förvaltningsbeslut fattade av regeringen, något som tidigare inte varit möjligt. Domstolsprövningen enligt rättsprövningslagen ska, som lagens namn antyder, vara inriktad på rättsfrågor. Det innebär att i rättsprövningsmål förutsätts Högsta förvaltningsdomstolen, som är den domstol som handlägger ansökningar om rättsprövning, dra en skiljelinje mellan rättsliga frågor och frågor som ryms inom regeringens handlingsutrymme (utrymme för skönsmässig bedömning).

Utvecklingen av svensk rätt både vad gäller förvaltningsbesluts överklagbarhet och möjligheten att erhålla rättsprövning av vissa regeringsbeslut har alltså inneburit att frågor om skön och regel har blivit alltmer aktuella även i svensk förvaltningsrätt, inte minst i den del som rör domstolsprövning av förvaltningsbeslut.

Mot bakgrund av det sagda är syftet med detta bidrag att i ljuset av senare års utveckling av svensk stats- och förvaltningsrätt undersöka förhållandet mellan skön och regel så som det kommer till uttryck i den svenska ordningen för domstolsprövning av förvaltningsbeslut i dag. I svensk rätt förekommer tre huvudsakliga former av överprövning av förvaltningsbeslut i domstol, nämligen förvaltningsrättsligt överklagande, laglighetsprövning enligt kommunallagen (2017:725) och rättsprövning av regeringsbeslut.⁹ Den övergripande frågan för framställningen är hur

6. Ulrik von Essen, *Förvaltningsrättens grunder*, 5 uppl. Stockholm: Norstedts juridik 2022, s. 284; Wiweka Warnling Conradson, *Domstolsprövning av förvaltningsbeslut. Rättsprövning, överklagande & prövning i allmän domstol*, Stockholm: Jure 2021, bl.a. s. 14 ff. och 61 ff.
7. Warnling Conradson (not 6); Larsson (not 4) s. 561 ff.
8. Se prop. 2005/06:56 En moderniserad rättsprövning, m.m. 2006 års rättsprövningslag ersatte rättsprövningslagen från 1988, lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut.
9. Se nedan under avsnitt 3.

förekomsten av skönsmåssighet i förvaltningens beslutsfattande påverkar förvaltningsdomstolarnas prövningskompetens i dessa olika prövnings-sammanhang. Till grund för framställningen ligger studier av lagstiftning, praxis, förarbeten och rättsvetenskaplig litteratur.

Framställningen är disponerad enligt följande. Först redogörs kortfattat för begreppen skön och regel i förvaltningen och vissa av de problem som är relaterade till dessa (avsnitt 2). Därefter beskrivs översiktligt den svenska ordningen för domstolsprövning av förvaltningsbeslut och dess historiska bakgrund, samt hur denna skiljer sig från den danska ordningen (avsnitt 3). Efter det behandlas, i separata avsnitt, förhållandet mellan skön och regel i relation till de tre huvudsakliga formerna för domstolsprövning i svensk förvaltningsrätt, nämligen förvaltningsrättsligt överklagande (avsnitt 4), laglighetsprövning enligt kommunallagen (avsnitt 5) och rättsprövning av regeringsbeslut (avsnitt 6). Avslutningsvis sammanfattas och diskuteras resultaten av undersökningen (avsnitt 7).

2. Skön och regel i förvaltningsrätten

Vad som i det närmare avses med skön och regel i förvaltningsrätten kan variera mellan rättsordningar och förstås på olika sätt av olika rättsvetenskapliga författare. Allmänt kan emellertid sägas att med förvaltningsrättsligt skön brukar avses tillfällen då normgivaren har överlåtit åt förvaltningen att själv, inom ramen för vissa angivna gränser, bestämma förutsättningarna för eller innehållet i sitt beslutsfattande.¹⁰ Förvaltningen har då givits ett utrymme att i sitt beslutsfattande välja mellan flera, ur rättslig synvinkel, likvärdiga lösningar.¹¹ Med regel brukar i stället avses tillfällen då lagen – eller annan författning – inte medger något egentligt utrymme för individuell bedömning. I sådana sammanhang talas även om bunden rättstillämpning.¹² Den givna beskrivningen av skön och regel får dock ses som mycket förenklad. I själva verket kan det vara svårt att dra en tydlig linje mellan skön och regel. I mångt och mycket är det fråga

10. Se Christoph Grabenwarter, »Ermessenslehren«, i: Armin von Bogdandy, Sabino Cassese och Peter M. Huber (red.) *Handbuch Ius Publicum Europaeum Band V Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge*, Heidelberg: C. F. Müller 2014, s. 1017-1045, s. 1018.

11. Grabenwarter 2014 (not 10) s. 1031.

12. Grabenwarter 2014 (not 10) s. 1027.

om en glidande skala, där rättsreglerna kan ge utrymme för ett större eller mindre bedömningsutrymme.¹³

Att det i många rättsordningar i varje fall görs en principiell åtskillnad mellan skön och regel hänger samman med att gränsen mellan skön och regel samtidigt kan indikera gränsen mellan rättskipningens och förvaltningens respektive områden. Samtidigt som rättsstatens krav på ett effektivt domstolsskydd förutsätter att förvaltningens skönsmässiga bedömningar ska kunna kontrolleras i domstol, är domstolsprövningen av förvaltningens skönsmässiga beslutsfattande i många rättsordningar begränsad.¹⁴ I sammanhanget hänvisas ofta till två centrala argument. För det första kan förvaltningsmyndigheterna ha en större demokratisk legitimitet än domstolarna. Framför allt gäller detta i system där förvaltningsmyndigheterna ses som ett direkt utflöde av regeringsmakten och beslutsfattarna står under ett direkt politiskt ansvar. I sammanhanget talas då om förvaltningens konstitutionella kapacitet.¹⁵ För det andra kan det finnas en sakkunskap eller lokalkännedom hos förvaltningen som inte nödvändigtvis finns hos domstolarna. Det brukar då talas om förvaltningens institutionella kapacitet.¹⁶ Hur pass stor vikt som fästs vid dessa bägge argument beror bland annat på hur den offentliga förvaltningen och domstolskontrollen över förvaltningen är organiserad. Av betydelse är även hur de motstående intressen som aktualiseras vägs mot varandra. Å ena sidan kan intresset av att tillhandahålla ett effektivt rättsskydd tala för att även domstolarnas prövning av förvaltningens skönsmässiga beslutsfattande bör vara långtgående. Å andra sidan kan de nämnda argumenten om förvaltningens konstitutionella eller institutionella kapacitet

13. Jfr von Essen 2022 (not 6) s. 85 f.

14. Hermann Pünder och Anika Klafki, »Grounds of Review and Standard of Review«, i: Chris Backes och Mariolina Eliantonio (red.) *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, Oxford: Hart Publishing 2019, s. 441-553, s. 451; Grabenwarter, s. 1018 (not 10); Recommendation No. R (80)2 of the Committee of Ministers concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities (Adopted by the Committee of Ministers on 11 March 1980 at the 316th meeting of the Ministers' Deputies).

15. Attila Vincze, *Unionsrecht und Verwaltungsrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Rezeption des Unionsrechts*, Andrassy Studien zur Europaforschung, Band 17, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2016, s. 78 f.; Thomas von Danwitz och Klaus Ritgen 2008, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin: Springer, s. 590.

16. Vincze (ovan, not 15) s. 78; Jfr Eivind Smith, »Sverige som konstitutionell demokrati«, *Svensk juristidning* 2000, s. 11-35, s. 25.

tala för att domstolarna bör vara återhållsamma i sin prövning av förvaltningens bedömningar inom ramen för det fria skönet.

Den allmänna uppfattningen i dansk rättsvetenskaplig litteratur verkar vara att innebörden av begreppet förvaltningsrättslig skön motsvarar den ovan beskrivna. I den senaste upplagan av *Førvaltningsret. Almindelige emner* skriver Jens Garde, Karsten Revsbech och Søren Højgaard Mørup att med förvaltningsrättsligt skön avses särskilt tillfällen »hvor afgørelsens præmisser (de hensyn, der skal lægges til grund) ikke fuldt ud er fastlagt i lovteksten«, men det kan också vara fråga om tillfällen »hvor afgørelsens indhold (retsvirkninger) ikke er (præcist) beskrevet i loven«.¹⁷ Vad som i det närmare avses med skön och i vilken utsträckning domstolarna har rätt att överpröva förvaltningens skönsmässiga beslut har dock varit föremål för flitig debatt alltsedan grundlovens bestämmelse om domstolskontroll över förvaltningen infördes 1849.¹⁸ Här ska inte närmare redogöras för denna debatt. Däremot kan konstateras att alltsedan Poul Andersens doktorsavhandling *Om ugyldige forvaltningsakter* 1924 – föremålet för denna festskrift – har den dominerande uppfattningen varit att skiljelinjen mellan rättstillämpning (retsanvendelse) och skön också anger gränsen för domstolarnas prövning.¹⁹ Karsten Revsbech och Søren Højgaard Mørup framhåller att »der findes en kerne, der kan betegnes det egentlige skøn, som domstolene ikke prøver, medmindre der i hjemmelsloven mv. eller andet retligt grundlag undtagelsesvis er et klart grundlag for en sådan prøvelse«.²⁰ Att förvaltningsskønet alltså utgör en begränsning i domstolarnas prövning hänger samman med den arbetsfördelning mellan domstolarna och den utövande makten (förvaltningen) som grundloven bygger på.²¹

I den svenska diskussionen om skön och regel används ofta begreppen laglighetsprövning och lämplighetsprövning eller normbundenhet och fri prövning.²² Även om teoribildningen kring skön och regel inte är lika ut-

17. Højgaard Mørup m.fl. (not 5) s. 213. Jfr Fenger (not 5) s. 316 f., särskilt s. 320.

18. Se Trine Schultz, *Retsanvendelse og skøn. Sondringens anvendelse i prøvelsen af afgørelser på det socialretlige område*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 7 f.; René Dejbjerg Pedersen, *Det forvaltningsretlige skøn*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006, s. 149 ff.

19. Schultz (not 18) s. 9 f.

20. Højgaard Mørup m.fl. (not 5) s. 538.

21. Højgaard Mørup m.fl. (not 5) s. 541.

22. Se von Essen (not 6) s. 85 f.; Håkan Strömberg och Bengt Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, Stockholm: Liber 2022, s. 67 f.

vecklad i svensk rätt som i dansk rätt, har de problem som begreppen aktualiserar blivit föremål för viss behandling i den rättsvetenskapliga litteraturen. Förutom i de förvaltningsrättsliga läroböckerna, har laglighetsprövning och lämplighetsprövning i sammanhanget domstolsprövning av förvaltningsbeslut behandlats vetenskapligt av bland andra Håkan Strömberg, Lena Marcusson och Henrik Wenander.

Håkan Strömberg utredde frågan om gränsdragningen mellan lagtillämpning och fritt skön 1959 och uppmärksammade då tre områden där gränsdragningen var av betydelse i svensk rätt: i samband med allmän domstols prövning av förvaltningsbesluts giltighet, vid laglighetsprövning av kommunala beslut samt i samband med fördelningen av överklagandemål mellan dåvarande Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) och Kungl. Maj:t i statsrådet (numera regeringen).²³ Lena Marcusson undersökte frågan om laglighetsprövning och lämplighetsprövning 1992, några år efter att institutet rättsprövning för första gången hade införts i svensk rätt.²⁴ Henrik Wenander behandlade 2019 frågan om domstolsprövningens omfattning vid förvaltningsrättsligt överklagande, laglighetsprövning enligt kommunallagen respektive rättsprövning av regeringsbeslut.²⁵

Föreliggande bidrag bygger vidare på de nämnda författarnas framställningar. I relation till dem är avsikten att på ett övergripande plan kartlägga hur förvaltningsdomstolarnas prövningsbefogenhet förhåller sig till frågan om skön och regel i svensk rätt i dag.

3. Den svenska ordningen för domstolsprövning av förvaltningsbeslut

Den svenska ordningen för domstolsprövning av förvaltningsbeslut så som den ser ut i dag är ett resultat av en lång historisk utveckling, där så-

23. Håkan Strömberg, »Laglighetsprövning och lämplighetsprövning«, i: *Festskrift till Halvar G. F. Sundberg*, Uppsala: Juridiska fakulteten 1959, s. 369-393.

24. Lena Marcusson, »Laglighets- och lämplighetsprövning – en titt i backspegeln och framåt«, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 1992, s. 121-137.

25. Henrik Wenander, »Full Judicial Review or Administrative Discretion? A Swedish Perspective on Deference to the Administration«, i: Guobin Zhu (red.) *Deference to the Administration in Judicial Review. Comparative Perspectives.*, Cham: Springer 2019, s. 405-415.

väl inhemska lagstiftningsinitiativ som europeiseringen av rätten har haft stor betydelse. Centralt är att de grundläggande strukturerna i den svenska stats- och förvaltningsrätten, härunder den statliga förvaltningsorganisationen och formerna för förvaltningsrättsligt överklagande, kommer från tiden före det att idéerna om maktdelning och rättsstatlighet formulerades under 1700- och 1800-talen.²⁶ Det centrala prövningsinstitutet förvaltningsrättsligt överklagande (tidigare kallat förvaltningsbesvär) har sitt ursprung i den medeltida rätten att gå till Kungs.²⁷ När prövningen av förvaltningsrättsliga överklaganden allt eftersom har flyttats över från administrativ myndighet till förvaltningsdomstol har de grundläggande dragen i prövningsinstitutet behållits.²⁸ Pragmatiska överväganden snarare än teoretiska tankegångar har varit vägledande.²⁹ Generellt har skillnaden mellan rättskipning och förvaltning inte varit särskilt tydlig, vilket bland annat hänger samman med att förvaltningsmyndigheterna har haft – och alltså har – en förhållandevis självständig ställning.³⁰ Förvaltningsmyndigheterna har många gånger haft att utföra uppgifter av rättskipningskaraktär.³¹

I förarbetena till den i år 50-årsjubilerande regeringsformen, Sveriges centrala grundlag, togs uttryckligen avstånd från maktdelningsprincipen.³² I stället förespråkades att folksuveränitetens och funktionsfördelningens principer skulle ligga till grund för statsskicket.³³ I linje härmed behandlades rättskipning och förvaltning konstitutionellt sett i ett sammanhang. Det var först genom grundlagsreformen, som trädde i kraft

26. Se Torvald Larsson, *Domstolsprövning av förvaltningsbeslut. Svensk, dansk och österrikisk rätt i komparativ belysning*, Lund: Lunds universitet 2020, s. 78; Henrik Wenander, »Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Schweden«, i: Karl-Peter Sommermann & Bert Schaffarzik (red.) *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, Band 2, Berlin: Springer Verlag 2018, s. 1165-1200, s. 1166.
27. Henrik Wenander, »Varför en rätt till domstolsprövning av förvaltningsbeslut?«, i: *Festschrift till Wiweka Warnling Conradson*, Stockholm: Jure Förlag 2019, s. 433-447, s. 437.
28. Larsson (not 26) s. 409 f.
29. Wenander (not 27) s. 446 f.
30. SOU 2008:125 En reformerad grundlag s. 346
31. Rune Lavin, *Domstol och administrativ myndighet*, Stockholm: Norstedts 1972, s. 3 och 22 f.
32. Prop. 1973:90 med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m. s. 91. Se härtill Larsson (not 26) s 79.
33. Prop. 1973:90 s. 155 f.

2011, som rättskipningen och förvaltningen fick separata kapitel.³⁴ Pådrivande i utvecklingen bakom denna förändring hade varit Europakonventionens och EU-rättens inflytande på svensk rätt.³⁵

Samtidigt som rättskipningen och förvaltningen har fått separata grundlagskapitel innehåller dessa vissa bestämmelser som i hög grad liknar varandra. I 11 kap. 3 § regeringsformen föreskrivs om rättskipningens självständighet att ingen myndighet, inte heller riksdagen, får bestämma hur en domstol ska döma i det enskilda fallet eller hur en domstol i övrigt ska tillämpa en rättsregel i ett särskilt fall. Ingen annan myndighet får heller bestämma hur dömande ska fördelas mellan enskilda domare. I 12 kap. 2 § regeringsformen stadgas med avseende på förvaltningens självständighet att ingen myndighet, inte heller riksdagen eller en kommuns beslutande organ, får bestämma hur en förvaltningsmyndighet i ett särskilt fall ska besluta i ett ärende som rör myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun eller som rör tillämpningen av lag. I Sverige har således förvaltningen en konstitutionellt skyddad självständighet som i vissa avseenden påminner om domstolarna. Härigenom skiljer sig den svenska offentliga förvaltningen från bland annat den danska.³⁶

I dag finns ett system av förvaltningsdomstolar i tre instanser med huvudsaklig uppgift att överpröva förvaltningsbeslut. Förvaltningsrätterna (tolv till antalet) utgör första instans, kammarrätterna (fyra till antalet) utgör andra instans och Högsta förvaltningsdomstolen utgör högsta instans.³⁷ Grunden för denna förvaltningsdomstolsorganisation lades genom förvaltningsrättsreformen 1972. Inom ramen för denna reform infördes tre nya, för förvaltningsrätten och förvaltningsprocessrätten centrala, lagar: lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar, LAFD, förvaltningslagen (1971:290) och förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL. Genom dessa fick Sverige för första gången förfarandelagar för dels för-

34. Lag (2010:1408) om ändring i regeringsformen.

35. Prop. 2009/10:80 En reformerad grundlag s. 119 ff.

36. Det kan dock noteras att den danska grundloven föreskriver en viss självstyrelse för kommunerna, se grundlovens § 82. För en djupgående undersökning av likheterna och skillnaderna vad gäller den statliga förvaltningens ställning och funktion i Danmark och Sverige, se Henrik Wenander, »Rättsliga ramar för styrning av förvaltningen i Danmark och Sverige«, *Nordisk administrativt tidsskrift* 93 (1) 2016, s. 57-74.

37. Se 11 kap. 1 § regeringsformen; 1 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar; 5 § förordningen (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m.m.

valtningsmyndigheternas beslutsfattande i första instans, dels överprövningen i förvaltningsdomstol. Medan de två förfarandelagarna i mångt och mycket innebar en kodifiering av den ditintills gällande oskrivna rätten, innebar reformen i organisatoriskt hänseende större förändringar, vilka kom till uttryck i bland annat LAFD.³⁸

Genom reformen kompletterades Kammarrätten i Stockholm, landets äldsta förvaltningsdomstol som hade bildats redan 1695, med Kammarrätten i Göteborg. Några år senare (1979) tillkom ytterligare två kammarrätter, i Jönköping och Sundsvall. Som första domstolsmässiga prövningsinstans inrättades två slags länsdomstolar, nämligen länsrätter och läns-skatterätter. Ytterligare en länsdomstol – fastighetstaxeringsrätten – tillkom år 1975. Till en början var länsdomstolarna en del av länsstyrelserna. År 1979 bröts länsdomstolarna ut från länsstyrelserna och lades samman till en ny fristående allmän förvaltningsdomstol i varje län. Detta ledde i sin tur till att länsrätten togs upp som allmän förvaltningsdomstol i LAFD. Länsrätterna bytte år 2011 namn till förvaltningsrätter. Samma år fick den år 1909 inrättade Regeringsrätten namnet Högsta förvaltningsdomstolen.³⁹

Förvaltningsdomstolarnas prövningskompetens har utvidgats över tid.⁴⁰ Ännu i dag finns ingen grundlagsregel som allmänt slår fast att det är möjligt att få förvaltningens beslut prövade i domstol.⁴¹ Huruvida det är möjligt att erhålla domstolsprövning av förvaltningsbeslut får i stället avgöras utifrån dels vilket organ som har fattat beslutet, dels vad som föreskrivs i tillämpliga specialförfattningar. Av betydelse är även den rätt till domstolsprövning som följer av Europarätten, det vill säga såväl Europakonventionen som EU-rätten.⁴² Dessa olika faktorer påverkar vilken prövningsform som kan bli aktuell – förvaltningsrättsligt överklagande, laglighetsprövning enligt kommunallagen eller rättsprövning av

38. Wenander (not 26) s. 1177; SOU 1994:117 s. 37.

39. Namnändringarna genomfördes genom lagen (2010:1408) om ändring i regeringsformen.

40. Se bl.a. Magnus Sjöberg, »Den långa vägen till en generell regel om domstolsprövning av förvaltningsbeslut«, i: Marianne Eliasson, Göran Regner och Hans-Heinrich Vogel (red.) *Festskrift till Hans Ragnemalm*, Lund: Juristförlaget 2005, s. 293-303.

41. Torvald Larsson, *Domstolsprövning av förvaltningsbeslut: Svensk rätt i ett access to justice-perspektiv*, i: Anna Wallerman Ghavanini och Sebastian Wejedal (red.) Stockholm: Santérus förlag, 2022, s. 83-108, s. 85.

42. Larsson (not 26) s. 182 f.

regeringsbeslut. Utmärkande för den svenska ordningen kan sägas vara att normgivaren från fall till fall har avgjort om förvaltningsbeslut ska kunna prövas i domstol, och i så fall i vilken form, i stället för att som i Danmark föreskriva att domstolarna enligt grundlag har en generell prövningsrätt. Europarätten har dock i hög grad påverkat och utmanat den svenska modellen.⁴³

Beslut fattade av statliga förvaltningsmyndigheter kan i regel överklagas hos allmän förvaltningsdomstol genom förvaltningsrättsligt överklagande enligt bestämmelserna i 40-48 §§ förvaltningslagen (2017:900). Bestämmelserna i förvaltningslagen är emellertid subsidiära i förhållande till avvikande bestämmelser i annan lag eller en förordning, se lagens 4 §. Många gånger anger sådana andra lagar eller förordningar vilka slags beslut på ett visst område inom den speciella förvaltningsrätten som kan överklagas och till vilken instans. Tillämplig specialförfattning kan även, genom så kallade överklagandeförbud, ange att vissa beslut inte får överklagas alls. Med hänsyn till förvaltningslagens subsidiaritet ska dessa bestämmelser tillämpas i stället för förvaltningslagens bestämmelser. Om det behövs för att tillgodose rätten till domstolsprövning enligt Europarätten, kan emellertid förvaltningslagens bestämmelser om prövning i allmän förvaltningsdomstol behöva tillämpas trots allt.⁴⁴

Beslut fattade av kommunala förvaltningsmyndigheter kan, om inget annat föreskrivs i speciallagstiftning, överklagas genom så kallad laglighetsprövning enligt 13 kap. kommunallagen. Även bestämmelserna i 13 kap. kommunallagen är emellertid subsidiära i förhållande till särskilda bestämmelser om överklagande i lag eller annan författning, se lagens 13 kap. 3 §. Om en lag eller annan författning innehåller särskilda bestämmelser om överklagande och ett kommunalt beslut har fattats med stöd av denna specialförfattning, blir därför dessa särskilda bestämmelser om överklagande tillämpliga i stället för bestämmelserna om laglighetsprövning enligt kommunallagen. Ofta innebär detta, att när kommunala nämnder fattar beslut inom det specialreglerade området, överklagas besluten genom förvaltningsrättsligt överklagande. Det förekommer emellertid att kommunala nämnder verkar inom ett specialreglerat område, men att tillämplig specialförfattning saknar bestämmelser om överklagande eller att det aktuella beslutet inte omfattas av överklagandebe-

43. Se Warnling Conradson (not 6) s. 61 ff.

44. Se prop. 2016/17:180 En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag s. 43 ff.

stämmelsen. I sådana fall kan besluten överklagas genom laglighetsprövning enligt kommunallagen, däremot inte genom förvaltningsrättsligt överklagande.⁴⁵

Beslut fattade av regeringen kan inte överklagas i vanlig ordning. Sådana beslut kan däremot bli föremål för domstolsprövning enligt den ovan nämnda lagen om rättsprövning av regeringsbeslut, förutsatt att de avser en enskilds civila rättigheter eller skyldigheter i den mening som avses i artikel 6.1 i Europakonventionen, se 1 § rättsprövningslagen. Även vissa av regeringens beslut som avser tillstånd på miljöområdet eller utvisningar kan bli föremål för rättsprövning, se 2 och 3 §§ rättsprövningslagen.

Som framhålls i det ovanstående har den svenska utvecklingen på förvaltningsrättens område inneburit att förvaltningsbeslut som går att överklaga numera i de flesta fall ska överklagas till förvaltningsdomstol. Det innebär att den huvudsakliga överprövningen av förvaltningsbeslut numera sker i förvaltningsdomstol. I så måtto skiljer sig de svenska förvaltningsdomstolarnas prövning avsevärt från den prövning av förvaltningsbeslut som sker vid de allmänna domstolarna i Danmark. Samtidigt som domstolarnas kontroll över förvaltningen i Danmark anses vara principiellt mycket viktig, är andelen förvaltningsbeslut som blir föremål för domstolsprövning mycket liten.⁴⁶ Den roll förvaltningsdomstolarna spelar i Sverige motsvaras i Danmark i högre grad av de råd och nævn som finns på många områden, till exempel Miljø- og Fødevareklagenævnet, Planklagenævnet, Landsskatteretten och Ankestyrelsen. Ärendena vid dessa råd och nämnder handläggs i allmänhet enligt officialprincipen och, till skillnad från vad som är fallet med de allmänna domstolarna, har råden och nämnderna, med vissa undantag, rätt att göra en fullständig överprövning, härunder en prövning av förvaltningsskönhet. Det ska då framhållas att även om dessa råd och nämnder kan ha en ställning och funktion som liknar förvaltningsdomstolars – bland annat

45. Se Hans Ragnemalm, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, 10 uppl., Stockholm: Jure 2014, s. 152. Se t.ex. 16 kap. 3 § socialtjänstlagen (2001:453) vari anges vilka beslut som får överklagas genom förvaltningsrättsligt överklagande. Andra beslut som kommunal nämnd fattar enligt lagen än de som här nämns, får överklagas genom laglighetsprövning enligt kommunallagen.

46. Højgaard Mørup m. fl. (not 5) s. 488 f.

därför att de är självständiga i sitt beslutsfattande – räknas de formellt som förvaltningsorgan i dansk rätt.⁴⁷

4. Skön och regel vid förvaltningsrättsligt överklagande

Den vanligaste formen av domstolsprövning av förvaltningsbeslut är den som sker vid förvaltningsrättsligt överklagande. Kännetecknande för denna form av prövning är att överinstansen, oavsett om den är en förvaltningsdomstol eller en annan myndighet, övertar underinstansens hela prövnings- och beslutsbefogenhet. Den äger pröva såväl beslutets laglighet som dess lämplighet och, om den finner att det finns skäl till det, ändra i det överklagade beslutet eller ersätta det med ett helt nytt. Att ett beslut är grundat på skönsmässiga bedömningar innebär alltså inte i sig någon begränsning i överinstansens prövning, vare sig denna är en förvaltningsdomstol eller annan myndighet.⁴⁸ Har beslutsmyndigheten haft att göra en laglighetsprövning, gäller detsamma för överinstansen. Förutsätter de underliggande författningarna att beslutsmyndigheten gör en lämplighetsprövning eller gör en avvägning mellan olika intressen, har även överinstansen att göra en sådan prövning.⁴⁹

Det sagda kan illustreras med ett exempel ur rättspraxis, det så kallade Viagramålet (RÅ 2008 ref. 85). Målet handlade om huruvida ett visst läkemedel skulle omfattas av läkemedelsförmånslagstiftningen. Det ursprungliga beslutet hade fattats av dåvarande Läkemedelsförmånsnämnden, vars ledamöter utgjordes av erfarna och ansedda personer med särskild medicinsk och annan vetenskaplig kompetens.⁵⁰ Högsta förvaltningsdomstolen gjorde här följande uttalande om prövningens omfattning:

Någon särskild begränsning av domstolarnas prövning har inte föreskrivits i lagen eller förordats i förarbetena. Även med beaktande av nämndens sammansättning och kompetens torde inte heller av allmänna förvaltningsrättsliga grunder följa att en be-

47. Se Frederik Waage, »Råd og nævn – surrogater for forvaltningsdomstole i Danmark«, i: Eivind Smith (red.) *Våre perifere domstoler*, Bergen: Fagbokforlaget 2022, s. 111-121, särskilt s. 117 f;

48. Se Larsson (not 4) s. 551 ff.

49. Jfr Strömberg och Lundell (not 22) s. 67 f.

50. Jfr prop. 2001/02:63 De nya läkemedelsförmånerna s. 33 f.

gränsad prövning ska göras. Domstolarna har således att i förevarande slag av mål företa en sedvanlig sakprövning.⁵¹

Även i fall när det ursprungliga beslutet har fattats av personer med särskild sakkunskap ska alltså domstolarna, enligt Högsta förvaltningsdomstolen, göra en allsidig prövning.

Samtidigt som förvaltningsdomstolarna alltså har samma prövnings- och beslutsbefogenheter som den underliggande beslutsmyndigheten har haft, förekommer det att förvaltningsdomstolarna själva anpassar intensiteten i den prövning de utför. Dels kan, såsom antyds i det ovan nämnda så kallade Viagramålet, tillämplig specialförfattning ange att prövningen ska begränsas. Dels finns ett utrymme för förvaltningsdomstolarna själva – i första hand Högsta förvaltningsdomstolen – att i praxis anpassa eller precisera prövningsintensiteten.

Ett exempel på ett område där Högsta förvaltningsdomstolen har angett att domstolarna bör vara något återhållsamma i sin prövning av besluts innehåll är mål enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS, samt enligt socialtjänstlagen (2001:453), SoL.

I rättsfallet HFD 2011 ref. 48 gällde frågan hur omfattande prövning domstolarna ska göra i mål om insatser enligt 9 § LSS. I 9 § LSS regleras vissa insatser för särskilt stöd och service åt bland andra personer med utvecklingsstörning eller vissa varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade i målet att domstolen har att pröva om den enskilde tillförsäkras goda levnadsvillkor genom den beviljade insatsen. När det gäller den närmare utformningen av insatsen framhöll Högsta förvaltningsdomstolen däremot att det inte ankommer på domstolarna att »begränsa kommunens möjligheter att utforma insatsen på ett lämpligt sätt«. En bedömning av hur insatsen i det närmare ska utformas förutsätter att »hänsyn tas till lokala förhållanden som organisatoriska aspekter, tillgång till adekvat personal m.m.«. Vidare måste en »viss flexibilitet också finnas«.⁵²

Ett likartat uttalande gjorde Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2013 ref. 39, som gällde omfattningen av den prövning som domstolarna ska göra i mål om bistånd enligt SoL. Med hänvisning till bland annat HFD 2011 ref. 48 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att »det normalt inte finns anledning för domstolen att vid bifall till ett överklagande gå när-

51. RÅ 2008 ref. 85.

52. HFD 2011 ref. 48.

mare in på utformningen av den avsedda insatsen utan att detta bör överlåtas till kommunen att bestämma». ⁵³

I både HFD 2011 ref. 48 och HFD 2013 ref. 39 framhåller Högsta förvaltningsdomstolen sålunda att det måste finnas ett visst utrymme för kommunerna att utifrån förutsättningarna i de enskilda fallen bestämma innehållet i besluten. Högsta förvaltningsdomstolen ger här uttryck för en respekt för den kännedom om lokala förhållanden som finns hos kommunerna, men inte nödvändigtvis hos förvaltningsdomstolarna. Detta leder tankarna till det ovan omnämnda begreppet institutionell kapacitet. ⁵⁴

De nämnda rättsfallen kan dock jämföras med HFD 2015 ref. 36. I detta mål uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att domstolens prövning i mål om placering enligt lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, LVU, inte är begränsad till att avse endast lämpligheten i socialnämndens placeringsbeslut. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen kan domstolarna även pröva om annan yrkad placering får anses vara lämpligare, dock förutsatt att den yrkade placeringen är utredd av socialnämnden. Att Högsta förvaltningsdomstolen här ger uttryck för att en mer djupgående prövning bör göras kan knytas till att de beslut som prövas enligt LVU kan uppfattas som ingripande för den enskilde som berörs. En jämförelse kan här göras med Danmark, där domstolarnas prövning i allmänhet är mer djupgående än annars när det gäller beslut som är betungande i förhållande till enskilda. ⁵⁵

Samtidigt som förekomsten av skönsmässighet alltså inte i sig innebär någon generell begränsning i förvaltningsdomstolarnas materiella prövning när det gäller förvaltningsrättsligt överklagande, har förekomsten av skönsmässighet på ett annat sätt påverkat förvaltningsdomstolens prövningskompetens, nämligen när det gäller vilka slags överklagandemål som över huvud kan komma under en förvaltningsdomstols prövning.

När Högsta förvaltningsdomstolen inrättades 1909 valde lagstiftaren att bestämma domstolens kompetens genom en uppräkningslag i stället för genom en generalklausul. ⁵⁶ Den grundläggande tanken var då att överklagandemål där rättsfrågorna dominerar skulle prövas i domstol,

53. HFD 2013 ref. 39.

54. Se ovan under avsnitt 2.

55. Se Højgaard Mørup m.fl. (not 5) s. 557 f.

56. En utförlig redogörelse för diskussionen om hur Högsta förvaltningsdomstolens kompetens skulle bestämmas finns i min doktorsavhandling, se Larsson (not 26) s. 88 ff.

medan sådana frågor som beror på ett besluts eller en åtgärds lämplighet eller ändamålsenlighet i sista hand skulle prövas hos Kungl. Maj:t i statsrådet (numera regeringen). Även om denna princip för kompetensfördelning inte kunde upprätthållas strikt – med den valda lösningen blev det ofrånkomligt att Högsta förvaltningsdomstolen skulle komma att i viss mån pröva även politiska lämplighetsfrågor liksom att regeringen skulle komma att inom sitt område pröva rättsliga frågor – utgjorde den ett riktmärke för normgivaren.⁵⁷ Detta riktmärke har varit vägledande även i lagstiftningsarbetet under senare delen av 1900-talet och i början av 2000-talet, även om tendensen har varit att allt fler mål flyttas över till domstol.

I propositionen till förvaltningsprocesslagen uttalade det föredragande statsrådet att även fortsättningsvis borde principen vara »att sådana besvärssärenden som huvudsakligen innefattar rättsfrågor skall handläggas av förvaltningsdomstol och att besvärssärenden i vilka ändamålsenlighets- och lämplighetsfrågor dominerar skall avgöras av Kungl. Maj:t i statsrådet».⁵⁸ I de riktlinjer som antogs av riksdagen 1984 slogs fast att man även fortsatt skulle följa den inslagna vägen. Enbart när det behövdes för en politisk styrning av praxis, skulle förvaltningsbeslut i sista hand överprövas av regeringen.⁵⁹ I propositionen till den nu gällande rättsprövningslagen framhöll regeringen att den begränsade prövning som rättsprövningen innebär skulle tillämpas endast i de fall besluten har »sådana politiska dimensioner att en fullständig överprövning, med de möjligheter till ändring av det klandrade beslutet som detta innebär, inte kan komma i fråga».⁶⁰ Till den nämnda kategorin beslut hörde enligt regeringen beslut som har fattats av regeringen. Att låta något annat organ ändra innehållet i ett förvaltningsbeslut fattat av regeringen vore, som det uttrycks i propositionen, »främmande för vårt lands konstitutionella system».⁶¹

Det svenska regelverket är utformat på ett sådant sätt att normgivaren kategori för kategori kan föreskriva vilka överklagandemöjligheter som ska finnas och vilken instans – förvaltningsdomstol eller annan myndighet – som ska vara överinstans. I enlighet med det sagda har normgivaren föreskrivit att vissa typer av beslut över huvud taget inte ska kunna dom-

57. Se prop. 1908:37 om ändringar i regeringsformen m.m. s. 10 f.

58. Prop. 1971:30 med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m. s. 88.

59. Se rskr. 1983/84:250; prop. 1983/84:120 om regeringens befattning med besvärssärenden s. 16.

60. Prop. 2005/06:56 s. 10.

61. Prop. 2005/06:56 s. 10.

stolsprövas, ofta genom att föra in överklagandeförbud i de tillämpliga författningarna.⁶² Sådana överklagandeförbud har emellertid ofta inte kunnat upprätthållas med hänsyn till Europarätten.⁶³

Ett exempel på område där svenska överklagandeförbud har behövt åsidosättas med hänsyn till Europarättens krav på domstolsprövning utgör beslut om olika former av statsbidrag. Det kan vara fråga om statsbidrag till bland annat teckenspråksundervisning, jämställdhetsprojekt, eller konstnärer, musiklivet, idrottsverksamhet och friluftsförbund.⁶⁴ Gemensamt för denna typ av bidrag är att reglerna för utdelande inte sällan finns i förordningar beslutade av regeringen inom ramen för regeringens så kallade restkompetens⁶⁵ och att förordningarna innehåller överklagandeförbud. Motiven till dessa förbud utvecklas i både propositionen till den nu gällande förvaltningslagen och Förvaltningslagsberedningens betänkande.⁶⁶

Enligt regeringen rymmer beslut av det aktuella slaget ett så pass »stort mått av skönsmässighet vid bedömningen« att de inte har ansetts vara lämpade för »en domstolsprövning i ordinär ordning«.⁶⁷ I Förvaltningslagsutredningens betänkande från 2010 uttalas att beslut om dylika bidrag många gånger fattas enligt mycket vaga kriterier, »vilkas tillämpning endast kan kontrolleras i form av en mycket begränsad prövning av beslutets legalitet«.⁶⁸ Av det skälet, framhålls det, skulle en domstolsprövning inte medföra mer än en »prövning av att den beslutande myndigheten iakttagit allmänna krav på saklighet och objektivitet«. Under sådana förhållanden, menar utredningen, »kan en möjlighet att överklaga beslutet i realiteten snarare framstå som ett medel för att förvaltningskvalitet på ett mera allmänt plan ska kunna kontrolleras än som ett verkamt instrument för den enskilde att hävda sin rätt«. Vidare framhålls att när »det gäller stöd som beviljas i mån av tillgång på medel kan ett avslag, som grundats på att pengarna tagit slut, inte heller gärna ersättas med ett nytt, för den enskilde positivt beslut«. Avslutningsvis menar utredningen att det i vissa fall rent av skulle kunna hävdas att »prövningen

62. Larsson (not 4) s. 561 f.

63. Se bl.a. HFD 2011 ref. 10 samt HFD 2016 ref. 49.

64. Se Larsson (not 26) s. 197 och 305 f.

65. Se 8 kap. 7 § första stycket 2 regeringsformen.

66. Prop. 2016/17:180 respektive SOU 2010:29.

67. Prop. 2016/17:180 s. 40.

68. SOU 2010:29 s. 134.

i domstol skulle bli tämligen verkningslös och därmed kompromettera själva överklagandeinstituttet». ⁶⁹

De här refererade förarbetsuttalandena om att ett stort mått av sköns-
mässighet utgör ett argument *mot* att tillåta en domstolsprövning över
huvud taget måste förstås i ljuset av det svenska överklagandeinstituttets
konstruktion. I fokus för domstolsprövningen vid förvaltningsrättsligt
överklagande står den enskildes rättsskydd och möjligheten att kunna nå
fram till ett materiellt riktigt resultat i det enskilda fallet. Den funktion av
konstitutionell kontroll som en domstolsprövning också kan fylla, är
mindre framträdande. I enlighet med det sagda verkar det ha uppfattats
som logiskt att helt utesluta möjligheten till prövning i domstol när förut-
sättningarna för en allsidig överprövning med möjlighet att eventuellt
ändra i det materiella beslutet inte har varit tillräckligt goda. ⁷⁰

Oaktat dessa förarbetsuttalanden gäller alltså numera att beslut om
statsbidrag många gånger kan överklagas till allmän förvaltningsdomstol,
därför att besluten anses innefatta en prövning av någon civil rättighet i
den mening som avses i artikel 6.1 i Europakonventionen. ⁷¹ I syfte att be-
lysa hur domstolsprövningen då kan utformas i praktiken har jag i ett
annat sammanhang undersökt ett begränsat antal (24 stycken) avgöran-
den från Förvaltningsrätten i Stockholm där domstolen, med hänsyn till
rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6.1 i Europakonventionen, har
prövat överklaganden av beslut om statsbidrag trots att de har varit be-
lagda med överklagandeförbud. Det sammantagna intrycket utifrån den
begränsade undersökningen är att domstolen har varit tämligen återhåll-
sam i sin materiella prövning av de avvägningar som beslutsmyndighet-
en har gjort. ⁷²

Sammantaget när det gäller omfattningen och inriktningen på dom-
stolsprövningen vid förvaltningsrättsligt överklagande kan det konstate-
ras att förvaltningsbesvärets funktion som ett effektivt rättsmedel för den
enskilde har en avgörande betydelse. ⁷³ När lagstiftaren har angett att ett
visst beslut ska kunna överprövas med förvaltningsrättsligt överkla-
gande, har tanken varit att den som överklagar ska kunna erhålla ett full-
gott rättsskydd. Frågan om makt- eller funktionsfördelningen mellan för-

69. SOU 2010:29 s. 134.

70. Se Larsson (not 4) s. 563 f.

71. Se HFD 2011 ref. 10 samt HFD 2016 ref. 49.

72. Se Larsson (not 4) s. 564.

73. Jfr Ragnemalm (not 45) s. 152.

valtningen och rättskipningen har spelat en mindre roll, liksom frågan om förvaltningen har en särskild sakkunskap som inte nödvändigtvis finns hos domstolarna. Samtidigt har det – mot bakgrund av att överinstansen, oavsett om den är en domstol eller en annan myndighet, har att göra en allsidig prövning – gällt att på normgivningsnivå se till att de mål som kan överklagas till domstol är väl ägnade för en domstolsprövning och alltså inte (i allt för hög grad) innefattar frågor som i slutändan bör avgöras av politiskt ansvariga organ eller av beslutsfattare med en särskild sakkunskap.⁷⁴ Det är tydligt att europeiseringen inneburit en förskjutning på det sättet att även beslut med ett stort mått av skönmässighet numera ofta kan överklagas till domstol.

5. Skön och regel vid laglighetsprövning enligt kommunallagen

En viktig roll i den offentliga förvaltningen spelar landets kommuner, i synnerhet de kommunala nämnderna, vilka i regeringsformens mening utgör förvaltningsmyndigheter.⁷⁵ De kommunala förvaltningsmyndigheternas beslut kan angripas antingen genom laglighetsprövning enligt kommunallagen eller förvaltningsrättsligt överklagande. De två prövningsformerna fyller i grunden olika funktioner och förhåller sig till varandra på det sättet att den ena utesluter den andra, se 13 kap. 3 § kommunallagen.⁷⁶ När de kommunala förvaltningsmyndigheterna handlägger ärenden inom den fria sektorn, agerar de främst med stöd av kommunallagens regler. Om inget annat stadgas, kan besluten då angripas genom laglighetsprövning enligt 13 kap. kommunallagen.⁷⁷

Reglerna om laglighetsprövning enligt kommunallagen är förhållandevis enkla. Enligt 13 kap. 1 § kommunallagen har varje medlem av en kommun rätt att få lagligheten av kommunens beslut prövad genom att överklaga beslutet till förvaltningsrätten och av 13 kap. 2 § följer att bland

74. Jfr Larsson (not 26) s. 403.

75. Jfr 1 kap. 8 § regeringsformen: »För rättskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter.»

76. Se Torvald Larsson, »HFD 2020 ref. 69. Tillämplig överklagandeordning för vissa beslut av kommunala förvaltningsmyndigheter«, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, s. 351-355, s. 351.

77. Jfr ovan under avsnitt 3.

annat varje beslut av kommunfullmäktige och kommunal nämnd får överklagas.

Samtidigt som förutsättningarna för att överklaga beslut enligt kommunallagen är förhållandevis generösa, är domstolsprövningen mer begränsad. Enligt 13 kap. 8 § kommunallagen kan förvaltningsrätten pröva ett överklagat beslut endast utifrån vissa i paragrafen angivna grunder. Dessa innebär i korthet att domstolen ska pröva om beslutet är olagligt till sin form (punkt 1) eller innehåll (punkterna 2–4). Vidare kan domstolen om den finner att det angripna beslutet är olagligt enligt någon av lagens prövningsgrunder endast upphäva beslutet, däremot inte ersätta det med något nytt, se 13 kap. 8 § kommunallagen.

Det sagda innebär att en enskild som åberopar felaktigheter som hänför sig till ett besluts lämplighet inte kan nå framgång med sin talan. Vid laglighetsprövning enligt kommunallagen görs alltså en skillnad mellan lämplighetsfrågor (skön) och laglighetsfrågor (regel) på det sättet att förvaltningsdomstolen endast prövar laglighetsfrågor. Dessutom får förvaltningsrätten om den finner att beslutet är olagligt alltså endast upphäva beslutet, däremot inte ersätta det med ett nytt. Denna begränsning i domstolsprövningen hänger samman med den kommunala självstyrelsen. De beslut som kan överklagas enligt bestämmelserna i kommunallagen är i regel fattade under politiskt ansvar. Det kan därför sägas att intresset av att respektera kommunernas konstitutionella kapacitet väger tyngre än intresset att tillhandahålla ett effektivt rättsskydd för den enskilde.⁷⁸ Det ska då framhållas att i de fall kommunerna ägnar sig åt myndighetsutövning mot en enskild inom det specialreglerade området, går besluten ofta att överklaga genom förvaltningsrättsligt överklagande.⁷⁹

Även om domstolsprövningen enligt kommunallagen är begränsad till laglighetsfrågor så kan det konstateras att domstolen i vissa fall kan behöva ta ställning till sådant som närmast framstår som lämplighetsfrågor, nämligen vid bedömningen av om ett beslut rör något som ryms inom den kommunala kompetensen. I mångt och mycket blir det domstolarna själva som genom sin praxis och de däri utvecklade principerna avgör var gränsen för deras prövning ska gå.⁸⁰

78. Jfr ovan under avsnitt 2.

79. Se t.ex. 16 kap. 3 § socialtjänstlagen.

80. Jfr Alf Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 7 uppl., Stockholm: Wolters Kluwer 2016, s. 103 f. och s. 107 ff.

6. Skön och regel vid rättsprövning av regeringsbeslut

Den rättsutveckling som har ägt rum under de senaste decennierna har inneburit att regeringens roll som beslutsfattare i förvaltningsärenden har blivit allt mindre. Dels har det varit en uttalad ambition att avlasta regeringen från överklagandeärenden.⁸¹ Dels har Europarättens krav på domstolsprövning bidragit till att allt fler överklagandemål har flyttats över till allmän förvaltningsdomstol.⁸²

Trots denna utveckling kvarstår regeringen som beslutsinstans i vissa förvaltningsärenden, antingen som enda prövande instans eller som sista prövningsinstans vid överklagande. Kännetecknande för de förvaltningsärenden där regeringen står kvar som beslutsinstans är att de förutsätter bedömningar som präglas av ett stort mått av skönsmässighet och att de innehåller sådana uttalat politiska dimensioner att det inte anses vara lämpligt att en förvaltningsmyndighet eller en domstol ska vara beslutande organ.⁸³ Exempel på förvaltningsbeslut som fattas av regeringen är beslut om olika former av statligt stöd, strandskydd och naturreservat, tillstånd att bedriva vindkraftverk eller lokaliseringen av infrastruktur såsom vägar och järnvägar.⁸⁴

Rätten till domstolsprövning av förvaltningsbeslut fattade av regeringen tillgodoses genom lagen om rättsprövning av vissa regeringsbeslut. Enligt denna kan en enskild ansöka om rättsprövning av sådana beslut av regeringen som innefattar en prövning av den enskildes civila rättigheter eller skyldigheter i den mening som avses i artikel 6.1 i Europakonventionen. Vidare kan vissa miljöorganisationer ansöka om rättsprövning av sådana tillståndsbeslut av regeringen som omfattas av artikel 9.2 i konventionen den 25 juni 1998 om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor (Århuskonventionen), se lagens 2 §. Rättsprövningslagen ger även en EES-medborgare eller en sådan familjemedlem till en EES-medborgare som avses i 1 kap. 6 § lagen (2022:700) om särskild kontroll

81. Denna målsättning går i viss mån att spåra tillbaka till när Högsta förvaltningsdomstolen inrättades 1909. Se Konstitutionsutskottets Memorial N:o 4 år 1903 s. 2. Se även, från senare år, prop. 1983/84:120.

82. Se Ds 2005:9 En moderniserad rättsprövning m.m. s. 20.

83. Se prop. 2005/06:56 s. 14 f.

84. Se bl.a. HFD 2013 ref. 66, HFD 2020 not. 17, HFD 2020 not. 13, HFD 2020 not. 12, HFD 2020 not. 19; HFD 2019 not. 1, HFD 2016 ref. 21, HFD 2017 ref. 4.

av vissa utlänningar som har utvisats av regeringen enligt den lagen möjlighet att ansöka om rättsprövning av beslutet, se 2 a §. Det är endast Högsta förvaltningsdomstolen som är behörig att pröva ansökningar enligt lagen, se 3 § rättsprövningslagen.

Till skillnad från den domstolsprövning som sker vid förvaltningsrättsligt överklagande ska den domstolsprövning som Högsta förvaltningsdomstolen har att göra enligt lagen om rättsprövning av vissa regeringsbeslut vara begränsad till att avse rättsfrågor. I 7 § lagen om rättsprövningslagen föreskrivs att Högsta förvaltningsdomstolen ska upphäva ett angripet regeringsbeslut om domstolen finner att beslutet »strider mot någon rättsregel på det sätt som sökanden har angett eller som klart framgår av omständigheterna«. Vad detta i praktiken innebär har Högsta förvaltningsdomstolen sammanfattat i ett *dictum*, som domstolen regelmässigt återger i sina avgöranden i rättsprövningsmål:

Rättsprövningen innefattar, förutom ren lagtolkning, även sådana frågor som faktabedömning och bevisvärdering samt frågor om beslutet strider mot kravet på saklighet, opartiskhet och allas likhet inför lagen. Prövningen omfattar också fel i förfarandet som kan ha påverkat utgången i ärendet. Om de tillämpade rättsreglerna är så utformade att myndigheten har en viss handlingsfrihet vid sitt beslutsfattande, omfattar rättsprövningen frågan om beslutet rymmer inom handlingsfriheten (prop. 1987/88:69 s. 23-25 och 234).⁸⁵

Högsta förvaltningsdomstolen använder alltså inte termen förvaltnings-skön. I stället hänvisar domstolen till den »handlingsfrihet« som rättsreglerna kan överlåta åt beslutsfattaren. Ser man till förvaltningsskön som just ett handlingsutrymme för beslutsfattaren som inte kan överprövas fullt ut av domstolarna, är det tydligt att det som avses är ett skön av det slag som ofta hänvisas till exempelvis när det gäller gränserna för domstolskontrollen över förvaltningen i Danmark.⁸⁶

För att Högsta förvaltningsdomstolen ska begränsa sin prövning krävs alltså att det föreligger en handlingsfrihet för den beslutande myndigheten, det vill säga ett utrymme för myndigheten att vid sitt beslutsfattande välja mellan flera lagliga alternativ.⁸⁷ Av intresse blir då frågan när ett sådant handlingsutrymme anses föreligga och var gränsen för vad Högsta förvaltningsdomstolen prövar och inte prövar går.

85. Se t.ex. HFD 2022 not. 18.

86. Se Højgaard Mørup (not 5) s. 537 ff.

87. På flera ställen använder Poul Andersen uttrycket förvaltningens »frie Skøn« för denna typ av handlingsfrihet. Se t.ex. Andersen (not 1) s. 73 f.

Uttryck som »oskäligt« eller »olämpligt« innebär inte i sig någon prövningsbegränsning. Även om sådana termer är vaga får de sägas ge uttryck för ett lagbundet snarare än fritt skön. En jämförelse kan här göras med i dansk rätt förekommande vaga och obestämda rättsbegrepp.⁸⁸ Till exempel har Högsta förvaltningsdomstolen prövat hur regeringen har tillämpat en rättsregel enligt vilken ett tillstånd inte får meddelas om det framstår som »oskäligt«.⁸⁹ På ett motsvarande sätt anses Högsta förvaltningsdomstolen inom ramen för rättsprövningen kunna pröva om det varit lämpligt att återkalla ett tillstånd när den tillämpliga författningen anger att tillståndet ska återkallas om tillståndshavaren inte längre anses lämplig.⁹⁰

För att prövningen ska begränsas måste det vid en lagtolkning framgå att det verkligen föreligger ett handlingsutrymme. Så kan vara fallet om de tillämpliga bestämmelserna är allmänt hållna och beslutsmyndigheten har att göra en avvägning mellan allmänna och enskilda intressen. Som exempel kan nämnas HFD 2011 not. 100, som gällde ett beslut om utvidgning av naturreservat. Enligt 7 kap. 4 § miljöbalken *får* ett mark- och vattenområde förklaras som naturreservat av länsstyrelsen eller kommunen i syfte att bevara biologisk mångfald, vårda och bevara värdefulla naturmiljöer eller tillgodose behov av områden för friluftsliv. Vid prövningen av om ett sådant skydd ska meddelas, ska hänsyn tas till enskilda intressen. En inskränkning i enskilds rätt att använda mark eller vatten får inte gå längre än vad som krävs för att syftet med skyddet ska tillgodoses, se 7 kap. 25 § miljöbalken. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade här att »de i målet tillämpliga bestämmelserna [...] är allmänt hållna och ger myndigheterna ett förhållandevis stort utrymme för bedömningar.« Domstolen fann härvid att det i målet »inte [har] kommit fram att regeringen vid beslutsfattandet skulle ha felbedömt fakta eller överskridit gränserna för det handlingsutrymme som de aktuella bestämmelserna ger eller att det vid handläggningen har förekommit något fel som kan ha påverkat utgången i ärendet.« Fallet utgör ett exempel på hur domstolen avgränsar regeringens handlingsutrymme (skön) och prövar om det har utövats i enlighet med de regler och principer som gäller.

88. Jfr Højgaard Mørup m.fl. (not 5) s. 542 f.

89. Se RÅ 2005 ref. 65, vari Högsta förvaltningsdomstolen upphävde regeringens beslut om förköpstillstånd därför att tillståndet befanns vara oskäligt. Se Ragnemalm (not 45) s. 207 f.

90. Se Marcusson (not 24) s. 128 med hänvisning till prop. 1987/88:69 om europakonventionen och rätten till domstolsprövning i Sverige s. 23 f.

Ett annat exempel på ett fall där den beslutande myndigheten har ansetts förfoga över ett visst fritt skön är RÅ 2002 not. 161, som gällde ett tillstånd till utsläpp av avloppsvatten. Högsta förvaltningsdomstolen fann här, att rättsprövningen gällde hur regeringen hade vägt olika allmänna intressen mot varandra och att regeringen enligt tillämplig lag hade ett »relativt stort bedömningsutrymme».⁹¹ Högsta förvaltningsdomstolen fann att regeringens bedömning inte gick utöver det bedömningsutrymme som regeringen hade i den aktuella typen av ärenden och beslutade att regeringens beslut skulle stå fast.

Är regeringens handlingsfrihet stor, blir alltså Högsta förvaltningsdomstolens prövning mer återhållsam. Detta gäller i synnerhet om beslutet har en klar politisk dimension. Rättsfallet RÅ 2008 ref. 89 gällde en prövning av regeringens beslut att fastställa järnvägsplan för en del av Botniabanan. Högsta förvaltningsdomstolen fann här att frågan om järnvägens lokalisering hade blivit slutligt avgjord genom ett tillåtlighetsbeslut om järnvägen som regeringen hade fattat vid en tidigare tidpunkt. Högsta förvaltningsdomstolen fann att detta tillåtlighetsbeslut var av huvudsakligen politisk natur, varför det inte omfattades av domstolens prövning. Denna bedömning gjorde Högsta förvaltningsdomstolen utifrån de uttalanden som hade gjorts i förarbetena till miljöbalken. I dessa framhölls att tillåtlighetsprövningen »bör åligga regeringen därför att ingen annan kan åstadkomma den allsidiga prövning som behövs, med en sammanvägning av bl.a. miljöskyddsmässiga, arbetsmarknadspolitiska och regionalpolitiska aspekter.»⁹² Vidare framgick att »det är viktigt att beslut av detta slag fattas av ett organ som det går att utkräva politiskt ansvar av.» Av det skälet borde regeringens beslut i tillåtlighetsfrågan »vara bindande för den efterföljande prövningen på så sätt att, om regeringen har prövat tillåtligheten av en verksamhet, domstolar och andra prövningsmyndigheter inte kan pröva den frågan».⁹³

Warnling Conradson har gjort gällande att rättsprövningen i fall som det i RÅ 2008 ref. 89 kan »tyckas vara lite lam, närmast en ren legalitetskontroll», vilken knappast är »tillfredsställande ur den enskildes perspektiv».⁹⁴ Det är klart, att från den enskildes synpunkt vore det kanske önsk-

91. HFD 2011 not. 100.

92. Prop. 1997/98:45 del 1 miljöbalk s. 435.

93. Prop. 1997/98:45 del 1 s. 435.

94. Wiweka Warnling-Nerep, *Rättsmedel: om- och överprövning av förvaltningsbeslut*, Stockholm: Jure 2015, s. 217.

vårt med en mer omfattande domstolsprövning än den som förekommer i fallet. Samtidigt handlar det i rättsprövningsmål om att göra en avvägning mellan politik och juridik. Den uppdelning som Högsta förvaltningsdomstolen (och lagstiftaren) här gör mellan beslut som bör fattas under politiskt ansvar och frågor som kan prövas i domstol kan sägas ge uttryck för en avvägning mellan å ena sidan intresset av att tillgodose rätten till domstolsprövning och å andra sidan intresset av att respektera beslutsfattarens (här regeringens) demokratiska legitimitet.⁹⁵

7. Avslutning

Syftet med detta bidrag har varit att undersöka förhållandet mellan skön och regel så som det kommer till uttryck i den svenska ordningen för domstolsprövning av förvaltningsbeslut i dag. Den övergripande frågan för framställningen har varit hur förekomsten av skönsmässighet i förvaltningens beslutsfattande påverkar förvaltningsdomstolarnas prövningskompetens i olika prövningssammanhang.

En övergripande slutsats är att förekomsten av skönsmässighet i det förvaltningsrättsliga beslutsfattandet spelar en viktig roll när det gäller förvaltningsdomstolarnas prövningskompetens, men att denna roll framträder på ett annat sätt än i bland annat Danmark.

Medan förekomsten av skönsmässighet i Danmark alltjämt innebär en generell begränsning i domstolarnas materiella prövning av förvaltningsbeslut, är förekomsten av skönsmässighet i Sverige först och främst av betydelse för frågan i vilken form och i vilken instans en överprövning av förvaltningsbeslut ska kunna ske.

När det gäller den vanligaste formen av överprövning av förvaltningsbeslut, förvaltningsrättsligt överklagande, görs ingen egentlig skillnad i den materiella prövningen beroende på om det är en förvaltningsdomstol eller annan myndighet som är prövningsinstans. Detta kan för det första förklaras med att vid förvaltningsrättsligt överklagande står den enskildes rättsskydd och målet att kunna fatta ett materiellt korrekt beslut i fokus. Frågan om rollfördelningen mellan rättskipningen och förvaltningen har fått en mindre framträdande plats. Det ska då framhållas att de beslut som kan bli föremål för förvaltningsrättsligt överklagande är fattade av

95. Jfr ovan under avsnitt 2.

förvaltningsmyndigheter som är självständiga i sitt beslutsfattande. En domstol som överprövar ett sådant beslut kan därför inte sägas träda in på politikens område.⁹⁶ Annorlunda uttryckt har i dessa sammanhang förvaltningsmyndigheten ingen utpräglad konstitutionell kapacitet som bör respekteras av domstolarna. För det andra är det svenska regelverket utformat på ett sådant sätt att normgivaren i lag eller förordning kan reglera i vilken form och i vilken instans en viss kategori av beslut ska gå att överpröva. Det innebär bland annat att normgivaren kan bestämma att vissa slags beslut över huvud inte ska gå att överklaga till domstol, till exempel därför att de innehåller ett så pass stort mått av skönsmässighet att en domstolsprövning i form av förvaltningsrättsligt överklagande inte anses vara lämplig. Denna ordning har dock, som har visats i det ovanstående, utmanats av Europarätten.

Enligt bestämmelserna i 13 kap. kommunallagen föreligger en generell rätt att överklaga kommunala beslut, såvida inte specialförfattning föreskriver annat. I gengäld är prövningen begränsad till att avse vissa i lagen angivna prövningsgrunder. Om överklagandet bifalls kan domstolen upphäva beslutet, däremot inte ändra det i sak. Det kan sägas att när det gäller laglighetsprövning enligt kommunallagen väger intresset av att respektera den kommunala självstyrelsen (kommunernas konstitutionella kapacitet) tyngre än intresset av att tillhandahålla enskilda ett effektivt rättsskydd. Det ska då framhållas att i de flesta fall då kommunerna ägnar sig åt myndighetsutövning inom det specialreglerade området, kan besluten överklagas med förvaltningsrättsligt överklagande och därmed bli föremål för en mer omfattande domstolsprövning.

I fråga om Högsta förvaltningsdomstolens rättsprövning av vissa regeringsbeslut framträder en tydlig avvägning mellan å ena sidan intresset av att tillhandahålla en effektiv domstolsprövning och å andra sidan intresset av att respektera beslutsmyndighetens demokratiska legitimitet. Å ena sidan är avsikten med rättsprövningsinstitutet att tillhandahålla en prövning som är tillräckligt omfattande för att tillgodose Europarättens krav på en effektiv domstolsprövning. Å andra sidan är prövningsinstitutet utformat så att makt- och rollfördelningen mellan Högsta förvalt-

96. Jfr Sten Heckscher, »Ska förvaltningsdomstolarnas roll ändras? En rättspolitisk betraktelse« i: Tommy Möller och Olof Ruin (red.) *En statsvetares olika sfärer – en vänbok till Daniel Tarschys den 28 augusti 2008*, Borås: Hjalmarson & Högberg Bokförlag 2010, s. 112-130, s. 120 ff.

ningsdomstolen och regeringen, den främsta myndigheten i landet,⁹⁷ ska upprätthållas. Resultatet är en prövning som för den enskilde möjligen kan framstå som tandlös – i synnerhet jämfört med den prövning som sker vid förvaltningsrättsligt överklagande. Samtidigt anses rättsprövningen allmänt leva upp till Europakonventionens krav på en effektiv domstolsprövning.⁹⁸ När det gäller frågan om skön och regel är prövningen tydligt utformad på ett sådant sätt att regeringens handlingsutrymme (skön) enligt tillämpliga specialförfattningar ska respekteras. Det är tydligt att den domstolsprövning som sker inom ramen för rättsprövningsinstitutet i rätt så hög grad påminner om de danska domstolarnas prövning av förvaltningsbeslut.

Sammantaget kan konstateras att om den svenska ordningen för domstolskontroll över förvaltningen betraktas som helhet framträder en annan bild i fråga om förhållandet mellan skön och regel än om varje prövningsform betraktas var och en för sig. Det blir då tydligt att förekomsten av skönmässighet påverkar förvaltningsdomstolarnas prövningskompetens, men att förhållandet mellan skön och regel hanteras på ett annat sätt än i till exempel dansk rätt. Den genomförda undersökningen visar på vikten av att betrakta ett lands stats- och förvaltningsrättsliga system som helhet för att bilden ska bli rättvisande.

För att återknyta till den inledningsvis nämnda föreläsningen av Poul Andersen så kan konstateras att i synnerhet genom införandet av rättsprövningsinstitutet i svensk rätt har det praktiska behovet av att kunna skilja mellan skön och regel i samband med domstolsprövning av förvaltningsbeslut ökat. Högsta förvaltningsdomstolen har i sin praxis i flera avseenden klargjort var gränsen för domstolsprövningen går i relation till regeringens utrymme för skönmässiga bedömningar. Någon riktig teoribildning kring gränsen mellan skön och regel har dock ännu inte vuxit fram. Att utveckla en sådan teoribildning vore angeläget, och då torde den litteratur och rättspraxis som finns i Danmark kunna fungera som en viktig inspirationskälla. Poul Andersens påstående att frågan om skön och regel i dansk förvaltningsrätt kan vara intressant även för en svensk åhörarkrets är lika riktigt i dag som det var 1942.

97. Så omnämns regeringen i prop. 2005/06:56 s. 14.

98. Se Thomas Bull, »Rätt prövning vid rättsprövningen? Om europarättens inverkan på frågan om rätten till domstolsprövning i svensk rätt – särskilt om rättsprövning«, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2021, s. 475-492, s. 485; Warnling Conradson (not 6) s. 352 f.