

Den suveräna tjänstemannen

Anomin i förvaltningshandlandet och tjänstemannens suveränskap

Tormod Otter Johansen



Juridiska institutionen
Handelshögskolan vid Göteborgs universitet
Höstterminen 2012, Examensarbete 30 hp
Handledare: Håkan Gustafsson

Till Anna

Det er blitt gjort gjeldende at staten er en «tankenødvendig» kategori, til forklaring av de sosiale foreteelser det her gjelder. Det er imidlertid en uriktig oppfatning. Logisk er det ikke noe i veien for å tenke seg et menneskelig samliv og en offentligrettslig ordning, som ikke opererer med statsbegrepet. [...] Men statsbegrepet er utvilsomt et hensiktsmessig tankens verktøy til forklaring av de sosiale og rettslige forhold som det her gjelder. Statsidéen lever i hvert fall som en realitet i moderne menneskers sinn. All tenkning om samfunnsmessige forhold er gjennomvevet av forestillingen om staten.

Castberg

... the faculty of judgment, which one may call with some reason the most political of man's mental abilities. It is the faculty that judges *particulars* without subsuming them under general rules which can be taught and learned until they grow into habits that can be replaced by other habits and rules.

Arendt

... the impossible task of welding norm and reality together ...

Agamben

Innehåll

Förkortningar	3
1 Inledning	4
1.1 Förvaltningshandlande	6
1.2 Begreppet <i>anomi</i>	10
1.3 Disposition och metod	12
2 Relevanta begrepp och rättsliga institut	14
2.1 Formalism, lagarnas vaghet	14
2.2 Myndighetsutövning och faktiskt handlande	15
2.3 Legalitetsprincipen	17
2.4 Godtycke och fritt skön	18
2.5 Nödrätt	20
2.6 Undantagstillstånd, konstitutionell nödrätt	21
2.7 Ansvarsregler för statligt anställda	25
2.8 Det negativt reglerade – privilegium för enskilda?	25
3 Exempel på <i>formell och erkänd anom</i>	29
3.1 Förvaltningshandlingar som innefattar fritt skön	29
3.1.1 Särskilt om regeringens skön	30
3.2 Förvaltningshandlingar som innebär tolkning eller bedömning	31
3.2.1 Ramlagar	31
3.2.2 Generalklausuler	33
3.3 Faktiskt handlande	33
3.4 Förvaltningshandlingar som är direkt tillämpning	35
4 Exempel på <i>informell, icke erkänd anom</i>	39
4.1 Förvaltningshandlingar på oskriven ansvarsfrihetsgrund	39
4.2 Oreglerade handlingar som är att hänföra till staten	43
4.2.1 Händelseförloppet i Saudiaffären	44
4.2.2 Analys av anomin Saudiaffären	47

5	Teoretisk utveckling av den ontologiska anomin	49
5.1	Vad är då den ontologiska anomin?	49
5.2	Lagarna som statens kropp	53
5.2.1	Kelsen och anomin	59
5.3	Suveränen som lagens utomrättsliga grund	61
5.3.1	Schmitt och den ontologiska anomin	65
5.4	Lagens anomiska existens	67
5.4.1	Undantagstillståndet, bannet och <i>homo sacer</i>	68
5.4.2	Lagtillämpningens anomiska karaktär	71
5.4.3	Laga kraft hos Agamben	73
6	Slutsatser	78
6.1	Handlandet som fyller ut anomin	79
6.2	Tjänstemannen som vår tids suverän	81
6.3	Anomin i tjänstemannens handlande	85
	Litteratur	86
	Offentligt tryck och rättsfall	88
	Internetsidor	89

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962: 700)
EKMR	Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FL	Förvaltningslag (1986:223)
FN	Förenta nationerna
FOI	Försvarets forskningsinstitut
HD	Högsta domstolen
KL	Kommunallag (1991:900)
KU	Konstitutionsutskottet
LOA	Lag (1994:260) om offentlig anställning
LSO	Lag (2003:778) om skydd mot olyckor
MedbL	Lag (2001:82) om svenskt medborgarskap
RegR	Regeringsrätten
RF	Regeringsformen (1974:152)
SÄPO	Säkerhetspolisen
TF	Tryckfrihetsförordning (1949:105)
OL	Ordningslag (1993:1617)

1 Inledning¹

Den här uppsatsen kommer att behandla frågan om hur statliga tjänstemäns² handlande förhåller sig till de normer som antas styra detta handlande. Min tes är att det finns en grundläggande problematik eller om man så vill, mystisk aspekt i kärnan av det handlade som utgör statens handlingar. När en statlig tjänsteman utför sitt arbete, så gör den det på statens uppdrag och är i den stunden staten. Tjänstemannens handlande eller ”förvaltningshandlandet” som jag valt att kalla det³, är grundat i normer, lagarna som ofta ses som statens själva kropp. Men hur ser relationen ut mellan dessa normer och de faktiska handlingar som den statliga tjänstemannen utför? En nedskrivnen reser sig inte själv från pappret och går ut och handlar i världen. En tjänsteman kan inte heller handla helt utan någon relation till några normer. Tjänstemannen är ingen diktator som kan agera som den vill, tvärtom härrör dennes auktoritet ur det faktum att den är anställd på basis av normer och att dennes arbetsuppgifter står nedskrivna i normer.

Den tes jag försöker belägga i denna uppsats kan sammanfattas som att *under varje tjänstemans handlande finns en anomi mellan den lag som handlandet grundar sig på och det konkreta handlandet*. Begreppet anomi, som jag närmare kommer beskriva nedan, kan förstås som en brist på i relationen mellan (i det här fallet) normer och handlingar.⁴ Relationen mellan de underliggande normerna och de handlingar som tjänstemän ägnar sig åt är ett väl uppmärksammat problem och en ständigt närvarande fråga i både rättsväsendet, den politiska debatten, rättsvetenskapen och inte minst inom den offentliga förvaltningen. Om normerna finns där för att peka ut och avgränsa vad tjänstemannen skall och inte skall ägna sig åt så måste vi ju anta att normerna faktiskt har betydelse för förvaltningshandlandet. Allvarliga avvikelser mot de plikter som normerna utpekar kan vara fråga om brott, men även mindre flagranti brister är fenomen som juridiken och samhället i övrigt brottas med. Det kan röra sig om skillnad i rättstillämpning över landet, bristande uppfyllande av olika målsättningar och mer eller mindre dolt godtycke hos tjänstemännen. Det finns därför stora och viktiga frågor såväl som många detaljstudier som görs och kan göras när det gäller brister i relationen mellan normer och handlingar inom förvaltningsområdet. Inte minst fyller rättssociologisk forskning här en viktig funktion i att påvisa skillnader och brister mellan olika instanser, delar av landet och över tid skiljande praxis.

¹ Jag vill tacka min handledare Håkan Gustafsson för mycket gott samarbete samt Hjalmar Falk och Martin Engberg för kommentarer som varit till stor hjälp.

² I det följande kommer jag för läsbarhetens skull att använda kortformen ”tjänsteman” och menar då alltid, när inget annat framgår, *statliga* tjänstemän.

³ Se avsnitt 1.1 för en mer utförlig beskrivning av mitt begrepp ”förvaltningshandlande”.

⁴ Se avsnitt 1.2

I detta arbete kommer jag dock inte att ägna mig åt någon empirisk eller sociologisk undersökning av brister i rättstillämpning eller förvaltningens övriga verksamhet. Det är inte heller fråga om en rättsdogmatisk studie där jag undersöker de rent konstitutionella förutsättningarna eller de förvaltningsrättsliga frågorna som uppkommer när man riktar blicken mot förvaltningshandlandet. Mitt tillvägagångssätt är snarare att snäva in frågan på en mer grundläggande rättsfilosofisk fråga: vad kan normer överhuvudtaget sägas ha för relation till tjänstemäns handlande? Min metod kommer bestå i att presentera ett antal juridiska begrepp och exemplifiera med olika typer av handlande som tjänstemän utför som alla innehåller anomier. Sedan kommer jag att tillämpa tre juristers och filosofers juridiska och filosofiska teorier på dessa begrepp och exempel för att försöka förstå hur vi kan förstå denna grundläggande relation mellan normer och handlande. Det innebär att undersökningen kommer bära drag av rättsdogmatisk redogörelse för diverse juridiska begrepp och institut inom förvaltningsrätten och den konstitutionella rätten (Avsnitt 2). Sedan kommer två avsnitt som innehåller exempel på olika typer av förvaltningshandlande och detta handlandes relation till underliggande normer (Avsnitt 3 och 4). Tyngdpunkten ligger dock i de avslutande delarna på en rättsfilosofisk undersökning av det föregående materialet. Avsnitt 5 kommer bestå av presentationer av de tre teoretikerna och hur vi kan använda deras teorier för att förstå förvaltningshandlandet. I den avslutande delen (Avsnitt 6) kommer jag att dra slutsatser och peka ut några möjliga sätt att förstå förvaltningshandlandet filosofiskt. Denna sista del kommer också peka vidare mot fortsatta undersökningar om förvaltningshandlandets natur och de frågor som jag här inte förmår besvara.

Med det ovanstående vill jag poängtera att den anomi som jag försöker komma åt i detta arbete inte är detsamma som de misstag, godtyckliga bedömningar eller brister i lagstiftning som stora delar av den rättsvetenskapliga forskningen ägnar sig åt i sina olika skepander. Jag vill snarare komma åt något mer underliggande och grundläggande som präglar varje fall av förvaltningshandlande, rätt och riktigt, såväl som felaktigt och brottsligt. Efter att ha argumenterat för att en sådan här mer grundläggande anomi finns, kommer jag försöka förstå både vad denna anomi är och vad den innebär för hur vi skall förstå tjänstemäns handlande. Även om jag inte vill dölja att jag har en tes som drivkraft, formulerar jag här ändå de frågor som uppsatsen syftar till att besvara:

Vad är relationen mellan en tjänstemäns handlande och normerna som skall styra detta handlande?

Denna fråga kommer jag besvara med att det finns en underliggande anomi, en brist, som präglar denna relation (avsnitt 5.1). Min andra fråga blir då:

Om det finns en anomi i tjänstemännens handlande, hur hanteras denna anomi?

För att besvara denna fråga kommer jag med stöd i de tre teorier (avsnitt 5) jag presenterar att hävda att denna anomi, som en brist, fylls ut av det konkreta handlandet som tjänstemannen ägnar sig åt. Anomin finns i själva verksamheten som tjänstemannen ägnar sig åt och samma anomi sluts, läks eller fylls ut av handlandet självt (avsnitt 6). Detta är slutpunkten i min undersökning.



Ett påpekande kvarstår dock. Som det kommer att visa sig i de sista delarna av detta arbete finns det en fråga som förblir obesvarad. Om jag belägger att en brist, en anomi, finns i relationen förvaltningshandlandet–normerna och att denna anomi fylls ut av själva handlandet blir frågan givetvis: vad är då detta handlande som fyller ut anomin? Frågan skjuts på så sätt vidare till en ny punkt där den står lika obesvarad. Jag menar att vi här blottlägger en fundamental kontaktyta mellan rätt och politik. Handlandet, eller den praxis som vi här stöter på, har en ofrånkomligen politisk karaktär.

Denna uppsats kommer att innehålla en läsning av den italienske filosofen Giorgio Agambens politiska filosofi som en fruktbar källa till förståelse av de frågor jag ställer.⁵ Det som kommer visa sig i denna skärningspunkt är att det finns en grundläggande koppling mellan rätten-verkligheten och att vi måste reflektera över vad ”det politiska” är. Dessa stycken får dock tjäna som en brasklapp om att de reflektioner över relationen mellan förvaltningshandlandet och ”det politiska” kommer att begränsa sig till ett antal antydningar och några noteringar. Arbetet med att förstå relationen mellan politik och förvaltningshandlande är, menar jag, helt avgörande för att faktiskt kunna gå på djupet i den filosofiska ansträngningen att förstå statens natur.

Men detta arbete har av utrymmeskäl begränsats till att huvudsakligen vara en inledande negativ del av en dialektisk utredning. Det vill säga: jag kommer här att påvisa den brist som anomin i förvaltningshandlande utgör och ge en första del av förklaringen till vad det är som fyller ut denna brist. Det återstående arbetet med att påvisa *vad det som fyller ut och löser denna brist är* kommer att få stå tillbaka till kommande rättsvetenskapliga arbeten.⁶

1.1 Förvaltningshandlande

Jag har valt att kalla det handlande som tjänstemän ägnar sig åt i sin tjänst för *förvaltningshandlande*, och med det begreppet vill jag innefatta både vad som normalt går un-

⁵ Avsnitt 5.4

⁶ Ett tema som jag inte kommer att ta upp i detta arbete, men som jag tror kan vara lika fruktbart som min tillämpning av Kelsen, Schmitt och Agamben är en läsning av Wittgensteins språkfilosofi, där anomin mellan språket och handlandet fylls ut av en konkret praktik. Jämför Samuelsson, *Tolkningslärans gåta*, särskilt 135 ff.

der namnet *myndighetsutövning*, men också alla övriga handlingar som tjänstemän gör i tjänsten, det som ofta kallas för *faktiskt handlande*. Staten som person kan inte – och det har den gemensamt med alla andra juridiska personer – handla själv. En fysisk person kan handla direkt utan ombud eller representation. Staten behöver dock personer som ”gör dess arbete” och dessa personer organiseras normalt sett som anställda på förvaltningsmyndigheterna.⁷ Detta arbete tar sig en mängd olika former. Det kan handla om formella beslut i ett ärende, ett initiativ ex officio från tjänstemannen, ett faktiskt handlande så som undervisning eller omvärldsbevakning. En mängd olika sorters arbete utförs på myndigheter och de delar alla den underliga underliggande egenskapen att de på något sätt grundar sig på juridiska normer.

Myndighetsutövning är som jag ser det en undergrupp till ett bredare begrepp som innefattar allt det tjänstemän gör i egenskap av tjänstemän. Den preliminära avgränsningen av den mer omfattande bestämningen kan vara allt som ”staten gör”. Negativt betraktat: om en tjänsteman gör någonting utanför sin tjänst är det inte förvaltningshandlande.

Om man betänker denna egenskap – att förvaltningshandlandet grundar sig på normer – så visar sig omedelbart ett antal intressanta och viktiga frågor. För det första kan man fråga sig om det som tjänstemän gör i sitt arbete går att hitta i normerna, på samma sätt som en beskrivning av ett händelseförlopp i efterhand kan beskrivas med hjälp av nedskrivna ord. Nej, det verkar uppenbart att någon sådan exakt beskrivning av vad tjänstemännen gör i sitt arbete inte går att återfinna i normerna. Men visst innehåller normerna ändå en generell beskrivning av det som tjänstemännen gör i sitt arbete? En definition av förvaltningshandlande skulle kunna vara:

förvaltningshandlande = det handlande som är i överensstämmelse med normerna (Definition 1)

Den första formen av gränsfall pekar redan på det som denna uppsats kommer att behandla: frågan om hur förvaltningshandlandet förhåller sig till de normer som skall bestämma och styra tjänstemännens handlande.

En enkel invändning mot detta påstående kan resas direkt. Vi vet att tjänstemän är felbara och kan utöva sitt uppdrag på sätt som inte var avsett eller som på något uppsåtligt eller icke-uppsåtligt sätt strider mot normen. Vi ser här att handlande som inte är i

⁷ Jag bortser just nu från de intressanta och komplexa frågorna kring bland annat riksdagen och regeringens ställning som myndigheter, de kommunala nämndledamöternas myndighetsutövning, etcetera. Utgångspunkten i denna uppsats är ett slags normalfall – en statlig tjänsteman anställd av en förvaltningsmyndighet. Jag tror dock att mina slutsatser har stor bäring på många andra fall. Begreppet tjänsteman har idag ersatts framförallt av ”statligt anställd”. Ordet tjänsteman förekommer dock fortfarande i litteraturen och jag föredrar det i detta sammanhang eftersom det antyder tjänstemannens särskilda ställning som statsrepresentant framför anställningsförhållandet.

överensstämmelse med normerna i sådana fall inte kan vara förvaltningshandlande, det vill säga inte kan vara statens handlande. Om vi för ögonblicket bortser från frågan vad ”överensstämmelse” egentligen betyder (det kommer att behandlas längre fram) så ser vi att staten och tjänstemannen på ett problematiskt sätt skulle slippa undan ett ansvar. Om ett handlande någon gjort i sin egenskap av representant för staten inte längre skulle vara statligt för att det inte gjorts i överensstämmelse med normerna, skulle det innebära att staten aldrig kan göra sig skyldig till några fel. Inte heller skulle tjänstemannen kunna göra några felaktiga förvaltningshandlingar, eftersom förvaltningshandlingar enbart skulle vara förvaltningshandlingar om de stämde överens med normerna.

Denna orimliga konsekvens kan vi som tur är bortse ifrån. Den enklaste anledningen till det är att vi vet att tjänstemän i sitt arbete kan bryta mot normerna som skall styra deras arbete och samtidigt vara ansvariga just som statliga tjänstemän, inte som privatpersoner. Det typiska brottet i det här fallet är *tjänstefel*, vilket tydligt antyder att *fel* kan göras *i tjänsten*.⁸ Vår rättsordning erkänner uttryckligen möjligheten för både staten och dess tjänstemän att handla felaktigt. Effekten kan vara straffansvar för den enskilde tjänstemannen och för statens del skadeståndsansvar som juridisk person.

Definition 1 duger alltså inte. Det är tydligt att en tjänsteman kan ägna sig åt förvaltningshandlande, även om det finns en brist i överensstämmelsen mellan handlandet och normerna som skall styra detta handlande.

Ett nytt försök till definition kan grunda sig på en mindre definitiv koppling mellan handlandet och normerna.

förvaltningshandlande = handlande baserat på normer (Definition 2)

Denna nya definition verkar på ett sätt mer precis, samtidigt som den öppnar sig på ett problematiskt sätt. ”Baserat” framstår som mer rimligt, då det antyder att *något* innehåll i normen måste återfinnas i förvaltningshandlandet. Det skulle alltså innebära att handlandet i någon mån överensstämmer med normen, men att denna överensstämmelse inte behöver vara precis eller exakt. Denna uppluckring av relationen mellan handlandet och normen är som vi sett nödvändigt för att inte utesluta det felaktiga, olagliga handlandet. Samtidigt visar sig flera svårbesvarade frågor i en så enkel definition. Vilka ”normer” skall handlandet baseras på? Är det alla normer som finns i rättsordningen? Vad innebär ”baserat” på? Räcker det att handlandet har någon typ av koppling till en norm, oavsett hur denna koppling ser ut?

Det finns många normer som inte är direkt relaterade till det vi försöker ringa in med begreppet förvaltningshandlande. Exempelvis finns många normer vars syfte är att begränsa eller styra privatpersoners handlande. Dessa normer är inte helt orelaterade till olika typer av förvaltningshandlande – exempelvis kommer den privatperson som

⁸ Brottsbalk (1962:700) (BrB) 20 kap 1 §

ertappas med att bryta mot någon lag att kunna lagföras av rättssystemet. Då styr denna lag ganska direkt även polisens, åklagarens och domstolens handlande. Eftersom normalt sett alla normer skall upprätthållas av rättssystemet kan vi säga att alla normer potentiellt sett styr tjänstemäns handlande.

Vi kanske ändå vill snäva in vilken typ av normer som styr en tjänstemans handlande. En vanlig indelning är en mer eller mindre godtycklig avgränsning av vissa normer som tillhörande det vi kallar förvaltningsrätt. Dessa normer antas mer direkt styra tjänstemäns tjänsteutövning. Förvaltningslagen (FL) och kommunallagen (KL) är exempel på normkomplex vars syfte är att både positivt och negativt reglera tjänstemäns handlande. Gränserna för förvaltningsrätten är dock som vid varje sådan kategorisering flytande. Det är ett slags inordning av den juridiska verkligheten som inte är ett avtäckande av några naturliga förhållanden, utan som alltid görs utifrån ett visst perspektiv, och som inte säger något grundläggande om normernas natur. Polislagen (PL) och ordningslagen (OL) är exempel på lagar som direkt styr vissa tjänstemäns (polisers) handlande. Även lagar av en helt annan karaktär kan ha direkt betydelse i vardagliga rutinärenden för en tjänsteman; tryckfrihetsförordningen (TF) är ett bra exempel, där exempelvis offentlighetsprincipen har effekter i varje myndighets dagliga verksamhet. Alla rättigheter i regeringsformen (RF) och den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter (EKMR) skall styra tjänstemäns handlande både i myndighetsutövning och i övrigt handlande.

Här ser vi dock att en insnävande definition återigen svävar ut betänkligt. Både för att vi inte på något definitivt sätt verkar kunna avgränsa vilka normer, om vi inte vill innefatta alla juridiska normer, som skall förstås som relevanta för en tjänstemans handlande. Alla normer verkar ha potentiell betydelse för tjänstemannens handlande.

Vi behöver ett sätt att snäva in förvaltningshandlandets omfång, avgränsa vilka normer som skall anses relevanta i sammanhanget och samtidigt inte hamna i någon typ av cirkeldefinition eller tautologi (i stil med: förvaltningshandlande = vad tjänstemän gör; det tjänsteman gör = förvaltningshandlande). Här är ytterligare ett försök:

förvaltningshandlande = handlande av en tjänsteman som regleras av normer vars innehåll syftar till att styra tjänstemannens arbete (Definition 3)

Här får vi en definition som säger något om vilket handlande vi är ute efter (handlande som grundar sig på vissa regleringar i normer) och ordet ”regleras” har trätt in som ett ord som antyder att både handlingar som är i överensstämmelse med normerna och som strider mot normerna skall innefattas. Ändå verkar vi bara skjuta ett problem framför oss – hur ser relationen mellan normerna och det här handlandet vi vill utpeka egentligen ut? Det spelar mindre roll om vi kallar relationen ”överensstämmelse”, ”baseras på” eller ”regleras av”. Vad är relationen mellan en tjänstemans handlande och normerna som skall styra detta handlande?

1.2 Begreppet *anomi*

Jag behöver redogöra för varför jag valt just termen ”anomi” för att beteckna den aspekt av förvaltningshandlandet som jag vill undersöka. Ett skäl är att Agamben, som jag diskuterar i den avslutande delen av uppsatsen, använder termen. Jag kommer att landa i en läsning av Agamben som ett sätt att förstå det jag försöker undersöka – bristen som tjänstemannens handlande fyller ut – så finns det en poäng med att använda hans begrepp.

Det krävs också något typ av term för att fokusera undersökningen och beteckna det fenomen jag försöker förstå. Flera närliggande termer fungerar mindre bra. *Laglöshet* har en starkt negativ karaktär som antyder att ingen lag finns, vilket inte är vad jag kommer att hävda. Snarare finns alltid en lag, även i det laglösa tillståndet. *Brist* är en möjlighet, men förutom att det förutsätter att relationen är just en brist och inte något som har positiv existens, har ordet brist också en negativ karaktär och antyder att det skulle vara ett problem som behöver lösas. Det är det inte nödvändigtvis. Min tes kommer att vara att denna ”brist” är ofrånkomlig⁹, och det blir därför naivt att tro att den skulle kunna fyllas ut. *Tomrum*, *vakuum* och andra liknande termer är också negativt laddade och framstår som problem.

Anomi har använts i svensk rättsvetenskaplig diskurs tidigare. Den rättssociologiska studien *Den anomiska rätten : om undantagskonstruktionen av de rent ideella kränkingsersättningarna* av Karl Dahlstrand står fram tydligast.¹⁰ Dahlstrand beskriver sitt syfte som ”att återvända till sociologins och rättssociologins rötter och rikta in [sig] på de grundläggande frågorna om samspelet mellan informella normer, i form av attityder och allmänhetens rättskänsla eller ’det allmänna rättsmedvetandet’, och den formella rättens normer för rättsliga beslut”.¹¹ Hans hypotes är ”att den ideella ersättningen fått en växande rättspolitisk roll och att konflikterna med den rådande undantagskonstruktionen på sikt medför en sådan kritisk massa av anomalier¹² att man kan skönja ett slags paradigmskifte i fråga om dessa ersättnings rättsliga status gentemot det övriga rättssystemet”¹³. Termerna *anomi* och *anomali* används endast fem gånger i uppsatsen, varav en gång i titeln. Det Dahlstrand verkar syfta på med sin begreppsanvändning är att de ideella ersättningarna på något sätt går utöver, utanför eller fungerar på ett annat sätt

⁹ Att det under varje tjänstemans handlande finns en *anomi* mellan den lag som handlandet grundar sig på och det faktiska handlandet, se avsnitt 1.

¹⁰ Dahlstrand, *Den anomiska rätten*

¹¹ Dahlstrand, *Den anomiska rätten*, 11

¹² Värt att notera är att ”anomali” har en mer vardaglig betydelse, ungefär ”avvikelse”, men jag uppfattar det som att Dahlstrand använder termerna *anomali* och *anomi* mer eller mindre synonymt. Jag kommer inte använda termen *anomi*, och avser inte med ”*anomi*” endast en avvikelse.

¹³ Dahlstrand, *Den anomiska rätten*, 12

än gängse normer. Det innebär en konflikt mellan principerna som ligger till grund för denna typ av ersättning och rätten i övrigt.

Anomi som term är därmed inte helt främmande. Anomi kommer av grekiskans *nomos* för lag och prefixet *a-* för utan. Anomin är alltså frånvaron av lag, det som står emot lagen. Dess motsats i grekiskan – *nomos* – är oftare använd och känns igen från många olika vetenskapliga discipliner. Prefixet *a-* antyder också att anomin är kopplad till *nomos*, till lagen. Om *nomos* är lagen så är anomin det som står mot lagen eller utanför lagen. Denna intima koppling mellan det som är lag och det som inte är lag kommer att tas upp vidare i den teoretiska diskussionen i näst sista delen av denna uppsats.

Termen anomi har främst använts inom den sociologiska diskursen, där det fördes fram av Émile Durkheim i en bok som blivit en sociologisk klassiker, *Suicide* från 1897. Här är anomi kopplat till en av de fyra former av självmord som Durkheim beskriver i sin studie över självmordens orsak. Det anomiska självmordet uppkommer i situationer av normlöshet, när stora samhälleliga förändringar ger upphov till en känsla av rotlöshet och osäkerhet där individen har svårt att se sin väg och sina möjligheter. Det anomiska självmordet ”results from man’s activity’s lacking regulation and his consequent sufferings”¹⁴. Här får alltså anomin beteckna tillståndet i det omgivande samhället, en allmän normlöshet som individen lider under. Min användning av termen anomi överensstämmer inte särskilt väl med den Durkheimiska/sociologiska. Relationen mellan det reglerade och det oreglerade kommer dock att bli en central fråga, vilket kommer visa sig i den kommande diskussionen.

Min användning av begreppet anomi syftar till att utmärka det som något undflyende och svårgreppbart. Det präglar även den följande framställningen där själva objektet för uppsatsen är något som vi har svårt att få syn på och svårt att få grepp om. Det är ändå viktigt att försöka peka ut vad jag lägger i begreppet anomi, på vilket sätt jag använder termen. Anomin betecknar för mig en brist som jag vill påvisa finns i relationen mellan en norm och en handling. En norm beskriver en handling och en handling har ett innehåll eller en betydelse. Normens innehåll och handlingens innehåll är sällan identiskt. Vanligen är handlingen mycket mer än det som finns i beskrivningen som normen utgör. Den brist som då finns i identitet mellan normens innehåll och handlingen är en anomi i det att normen inte fullt ut beskriver handlingen. Det innebär också att normen inte kan sägas styra handlingen i detalj. Handlingen är så att säga ”normlös” eller ”normbristande” i det att normen inte kan täcka handlingen i varje del.

¹⁴ Durkheim, *Suicide*, 219. Agamben påpekar att Durkheims kategorisering av det anomiska självmordet postulerar att människor behöver regleras i sin aktivitet och i sina passioner. Därmed utesluter Durkheim enligt Agamben en möjlig koppling mellan rätten och anomin på förhand. Agamben, *Undantagstillståndet*, 99-100

Begreppsparet ontisk/ontologisk som jag nämnt ovan syftar här till att skilja två olika typer av anomi åt.¹⁵ Den *ontiska anomin* syftar på den diskrepans mellan en norms innehåll och det handlande som är baserat på normen som vi återfinner i exempelvis en genomgång av gällande rätt eller rättssociologisk studie. Handläggningsfel, normer som inte har tillräcklig genomslagskraft och felaktiga domar är tre exempel på diskrepans som finns mellan lagens bokstav och verkligheten. Vårt rättssystem och samhälle är fullt av sådana misstag, brister och anomier.

Den *ontologiska anomin* som begrepp syftar till att peka ut någon annat än denna praktiska och empiriska bristfällighet. Det ontologiska handlar om det som inte påverkas av förbättringar i rättssystemet, noggrannare utformade normer eller idogare tjänstemän. En ontologisk brist är ofrånkomlig och kan inte fyllas ut eller lösas på praktisk väg. Jag vill hävda att en ontisk anomi kan vara problematisk, men att den också kan vara nödvändig och behövlig. Den ontologiska anomin är alltid ofrånkomlig, och det finns därför ingen anledning att beskriva detta fenomen negativt.

Jag är medveten om att denna beskrivning kan framstå som något mystisk, men vill ändå med detta arbete att argumentera för att en sådan brist både kan finnas och faktiskt finns. I och med denna argumentation kommer den ontologiska bristen att framstå tydligare och bli mer förståelig i den fortsatta framställningen. En ontologisk anomi är alltså inget som vi kan ”göra något åt”. Den är alltid närvarande.

1.3 Disposition och metod

Låt mig avsluta denna inledning med en genomgång av uppsatsens struktur och något om min metod. Avsnitt 2 kommer att bestå av en forskningsöversikt samt en utveckling av ett antal begrepp som ligger i närheten av den ontiska och ontologiska anomin. Denna del syftar till att avgränsa och tydliggöra min forskningsfrågas ställning i relation till andra frågor och begrepp. Efter denna inledande del kommer två avsnitt (3 och 4) som behandlar två former av förvaltningshandlande. Avsnitt 3 handlar om förvaltningshandlande där den ontiska anomin är mer eller mindre erkänd, det vill säga där en brist eller diskrepans mellan underliggande normer och det som tjänstemännen ägnar sig åt är av juridiken erkänd och accepterad. Avsnitt 4 beskriver exempel på förvaltningshandlande som inte är erkänt i den juridiska kontexten genom skriven lag och där förvaltningshandlandet antingen grundar sig på oskriven norm eller som i det sista exemplet, ingen norm alls. Båda dessa delar beskriver konkreta fall som är exempel på ontiska anomier. Syftet med dessa presentationer är tvåfaldigt. Det ena är att jag tydligt vill beskriva den ontiska anomin för att kunna avgränsa den mot den ontologiska. Jag vill också lägga grunden för att beskriva den ontologiska anomin som närvarande i alla dessa exempel, och i enlighet

¹⁵ Jag har lyft denna distinktion från Mouffe, *On the Political* som i sin tur lyft den från Heidegger. Jämför Mouffe, *On the Political*, 8.

med den tes jag kommer argumentera för, i alla tänkbara exempel. Ett av argumenten för en ofrånkomlig ontologisk anomi är att de ontiska anomierna delvis beror på denna underliggande, ofrånkomliga ontologiska anomi i varje förvaltningshandlande.

Efter att jag med hjälp av denna begreppsutveckling och de två avsnitten med exempel har påvisat att det både finns olika former av ontisk anomi och visat att det finns en ontologisk anomi så kommer en teoretisk utveckling av min tes. I avsnitt 5.1 kommer jag först att ge en mer utförlig beskrivning av min argumentation för att det finns en ontologisk anomi i allt förvaltningshandlande, för att sedan vända mig till tre teoretiker för att försöka förstå vad förvaltningshandlandet egentligen är för något och vad detta kan säga oss om statens natur.

I avsnitt 6 kommer jag att dra mina slutsatser och utveckla min tes. Denna avslutande del kommer att vara en ansats som pekar vidare mot framtida forskning i frågan, men den syftar också till att se hur vi kan använda insikten om den ontologiska anomien för att förstå hur rätten och staten relaterar till varandra.

Min metod är som det framgått inte en ren rättsdogmatisk undersökning med bas i rättskällor, eller en empirisk undersökning av exempelvis rättssociologiskt snitt. Även om jag både redogör för gällande rätt och tar exempel ur verkligheten syftar dessa snarast till att agera bakgrund för min rättsfilosofiska undersökning. Med tyngdpunkten i en rättsfilosofisk undersökning grundad i politisk filosofi och statsrättsliga teorier använder jag mig av den konstitutionella rätten och förvaltningsrätten för att underbygga min filosofiska argumentation.

De tre filosofer jag tar till hjälp i denna uppsats är alla utbildade jurister. Som avslutning på mina juridikstudier tar jag det som en uppmuntrande uppmaning att ett allvarligt tänkande på rättens grundvalar även är ett ansvar för oss som jurister.

2 Relevanta begrepp och rättsliga institut

Följande del kommer att redogöra för ett antal viktiga begrepp som gränsar mot det problemområde (anomi i förvaltningshandlandet) som denna uppsats skall hantera. Syftet med denna redogörelse är dels att redogöra för en begreppsapparat som kommer att bli nödvändig i det fortsatta arbetet, inte minst ett antal viktiga distinktioner som behöver göras. Dels är syftet att avgränsa min frågeställning om huruvida det finns en anomi i centrum av förvaltningshandlandet mot ett antal närliggande frågor och begrepp, så som fritt skön, nödrätt etcetera.

Redogörelsen nedan kommer att tydligt utkristallisera den rättsvetenskapliga kontext som min fråga ställs i och specificiteten i frågan om en ontologisk anomi.

2.1 Formalism, lagarnas vaghet

Detta avsnitt kommer att översiktligt redogöra för en omfattande debatt inom rättsvetenskapen kring formalism och det som ibland kallas lagarnas vaghet. Denna redogörelse syftar till att kortfattat introducera dessa viktiga frågor, och det av två anledningar. Den första är att vagheten i lagtexten, av vissa ansedd som ofrånkomlig, är viktig för den argumentation jag kommer att föra i uppsatsen. Den andra är att jag vill visa att min centrala argumentation inte handlar om brister i lagarnas utformning, eller att specifika lagars utformning ligger till grund för den ontologiska anomi jag vill påvisa, och än mindre att noggrannare skriven lagtext skulle kunna bota denna brist. Kort sagt, lagar är alltid vaga, men denna vaghet är inte orsaken till den ontologiska anomin.

Det finns en niddbild av jurister som paragrafryttare och regelbitare, som att det enda viktiga för en jurist är att tillämpa regler och göra det till punkt och pricka. Samtidigt finns en bild av att jurister (i vart fall advokater) bara sysslar med att böja och bända lagen eller dra stora växlar på detaljer för att få önskat utslag i domstolen. Den första fördomen kan vi förstå som en beskrivning av en ren formalism, ett slags automatisk mekanisk tillämpning av de rättsliga reglerna. Den senare bilden antyder att lagar inte har någon inre stamina eller motståndskraft, som om lagarna var helt relativa. Ingen av dessa extrema positioner är rimlig att inta. Normer är möjliga att böja, tolka och de kan ha skilda effekter i olika sammanhang. Däremot är de inte möjliga att använda på vilket sätt som helst utan att de bryts eller att det blir meningslöst att tala om att det är normen som har någon effekt. Samtidigt är de inte automatiska i meningen att de av sig själva kan ha effekter i världen, och de verkar aldrig tillämpas helt mekaniskt.¹⁶

¹⁶ Jeremy Waldron har kritiserat den kritiska rättsteorin ("critical legal theory") för att felaktigt hänföra en sådan formalism till rättspositivister. Enligt honom är alla egentligen överens om att regler aldrig i sig själva räcker. "Words do not determine meanings, people do. No amount of staring at the words of

Lagen verkar alltså alltid lida av någon slags vaghet. Även om normer kan utformas väldigt precist, så är det ofrånkomligt att vissa normer måste vara vaga i kanterna. En precist utformad norm är en där tillämpningsområdet är tydligt, där det går att avgöra huruvida rekvisiten är uppfyllda eller ej och normen är logiskt utformad så att det är tydligt vad som menas. Har vi en sådan norm framför oss blir tillämpningen bara en fråga om att just tillämpa normen så som den är skriven.

Men i många fall krävs det någon ytterligare tolkning av vad normens rekvisit betyder för att lagen skall få tillräcklig mening. Grundläggande är att ord, som är normernas beståndsdelar, inte är självförklarande eller givna till sin betydelse. Timothy Endicott¹⁷ nämner ett antal olika exempel på vaga ord som vi återfinner i lagstiftning: regler att tortyr och omänsklig, kränkande behandling är förbjudet, eller att kopiering av ett verk är tillåtet så länge kopieringen inte omfattar hela eller en väsentlig del av verket. Frågan är förstås vad som menas mer precist, och vilka fall som sorterar under termerna ”tortyr” eller ”väsentlig del”?

Dessa exempel visar på att språket i lagar ibland måste vara vagt. I fallet med tortyr är det tydligt att en ren uppräkningslista av alla de fall som vi vill förhindra med hjälp av tortyrförbudet inte är en framkomlig väg. En lista på alla fruktansvärda plågor man kan utsätta en annan människa för skulle oavsett omfattning alltid utelämnat fall som vi vill skall falla in under förbudet. Istället lämnas bedömningen om vad som är tortyr över till den dömande instansen, domstolen. Domstolen i sin tur använder sig av många olika källor för att förstå vad normens innehåll är – förarbeten, praxis, sunt förnuft, etc.

När det gäller rätten att kopiera en icke väsentlig del av ett skrivet verk, och motsatsvis förbudet att kopiera en väsentlig del, så har lagstiftaren också här lämnat bedömningen vidare till en annan instans: en myndighet som utfärdar riktlinjer eller rättstillämpningen genom domstolarna. Även om vaghet kan vara ett problem visar dessa exempel på att den också kan vara en fördel. Vi behöver ha den här typen av vaghet för att lagarna skall ha avsedd och önskad effekt.¹⁸

2.2 Myndighetsutövning och faktiskt handlande

Termen *myndighetsutövning* är vanligt förekommande i det juridiska språket och den har en allmän och en specifik betydelse. I allmän betydelse och även i ett vardagligt språk

a rule, then staring at the world, then staring at the words again, will tell us when we have a proper application.” Waldron, ”Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, 510

¹⁷ Endicott, ”Vagueness and Law”, 172

¹⁸ ”This need for vagueness arises whenever a diverse pattern of human conduct needs to be regulated in a general way. Let us refer to this principle as ‘the diversity principle’: the principle that precise regulation cannot effectively be used to control a massively complex pattern of behaviour.” Endicott, ”Vagueness and Law”, 178

är myndighetsutövning det som myndigheterna gör. Det vill säga vad tjänstemännen ägnar sig åt på sin arbetstid. I den snävare juridiska meningen är myndighetsutövning den typ av förvaltningshandlande som utmynnar i beslut som påverkar en enskild på något mer direkt sätt. Det finns ingen uttömmande legaldefinition av denna betydelse, men man kan hitta den i flera olika rättskällor. I RF 12 kap 2 § om förvaltningsmyndigheternas självständighet slås självständigheten fast som gällande ”myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun”. Man hittar även begreppet flitigt använt i många andra rättskällor, bland annat FL, Skadeståndslagen och BrB.¹⁹ Enligt Erik Holmberg och Nils Stjernquist infördes begreppet i svensk rätt första gången i 1971 års FL²⁰ och preciserades genom formuleringen att myndighetsutövning är ”utövning av befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinär bestraffning eller annat jämförbart förhållande”. En något mindre snäv formulering hittar de i motiven till Skadeståndslagen²¹ där står att myndighetsutövning är ”beslut eller åtgärder, som ytterst är uttryck för samhällets maktbefogenheter eller, för att använda ett mera ålderdomligt uttryckssätt, den statliga överhögheten över medborgarna i deras egenskap av samhällsmedlemmar”. Myndighetsutövningen tar formen av ärenden, vilka leder fram till ett beslut. En effekt av myndighetsutövningen i snäv bemärkelse är att dess direkta resultat – ett beslut – normalt går att överklaga och därmed pröva i annan instans, nuförtiden oftast domstol.²² Myndighetsutövning i denna betydelse (vilket är det sätt på vilket jag uteslutande kommer använda termen i fortsättningen) rör alltså en nog så viktig, men begränsad del av myndigheternas verksamhet.

Min poäng här är just att avgränsa den mot allt det andra som myndigheter ägnar sig åt. Detta övriga kallas för *faktiskt handlande*, men har av naturliga skäl heller inte någon särskild legaldefinition. Exempel som har getts är undervisning, operationer på sjukhus, trafikdirigering av polis.²³ Avgränsningen verkar inte kunna göras på annat sätt än att man förklarar vad som är myndighetsutövning och sedan låter (den omfattande) resten benämnas *faktiskt handlande*.²⁴ En aspekt av det faktiska handlandet är att eftersom det inte rör sig om ärenden går denna verksamhet normalt inte att överklaga, eftersom den inte på ett direkt sätt berör enskilda så som myndighetsutövningen gör. Om inte något direkt brottsligt gjorts, så kontrolleras denna verksamhet (det faktiska handlandet) av myndigheternas överordnade instanser, regering och riksdag.

¹⁹ Den närmaste redovisningen baserad på Ds 2003:30, del 4.3.1

²⁰ Holmberg, *Vår författning*

²¹ Proposition 1972:5 s. 312

²² Holmberg, *Vår författning*, 188

²³ Proposition 1971:30, 315

²⁴ Jämför Warnling-Nerep, *En introduktion till förvaltningsrätten*, 32 som menar att möjligheten ”att dra en gräns däremellan kan vara svårt med nödvändigt rättsligt sett”. Hon exemplifierar sedan med ”undervisning resp. examination” och ”operation resp. debitering av patientavgift”.

Även om departementschefen 1971 antyder²⁵ att det kan finnas fler typer av förvaltningsverksamhet än de ”två huvudtyperna” som är myndighetsutövning i form av ärenden och faktiskt handlande, så som exemplifierat ovan, är det svårt att se vad en tredje typ skulle kunna vara. Oavsett om man kan utpeka en tredje (eller ännu fler) undertyper av förvaltningshandlingar väljer jag att i det följande betrakta myndighetsutövande och faktiskt handlande som de två enda formerna för förvaltningshandlande.

Jag kommer alltså att använda termen *förvaltningshandlande* som den övergripande termen för all typ av verksamhet som tjänstemän på myndigheter ägnar sig åt. *Myndighetsutövande* kommer syfta på den snävare betydelsen beslut som handlar om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinär bestraffning eller annat jämförbart förhållande som på något direkt sätt påverkar enskild eller kommun. *Faktiskt handlande* är i denna uppställning allt förvaltningshandlande som inte är myndighetsutövande.

2.3 Legalitetsprincipen

Fredrik Sterzel ställer i sin text ”Legalitetsprincipen” – med anledning av den till synes självklara legalitetsprincipen i RF – den pregnanta frågan: ”Vad har man lagar till, om inte ens den offentliga makten skall lyda dem?”²⁶ Det är allmänt ansett som uppenbart att myndigheterna måste följa lagarna, att tjänstemännen inte skall agera på eget bevåg efter sina egna föreställningar om vad som är rätt och lämpligt. Tvärtom vilar rättsstaten på att tjänstemännen åsidosätter sina egna värderingar i sitt arbete och att de gör sitt jobb bäst när de följer de lagar som stiftats i demokratisk ordning.²⁷ Principen slås fast i RF 1 kap 1 § 3 st: ”Den offentliga makten utövas under lagarna”. När vi skall förstå denna princip, som jag förutsätter alla läsare är rimligt bekanta med, så måste vi notera att den främst rör den typ av förvaltningshandlande som kallas myndighetsutövning. Sterzel formulerar den förvaltningsrättsliga betydelsen av legalitetsprincipen som att den konkretiseras genom två punkter:

- (1) Myndigheternas beslutanderätt måste alltid ha något slags författningsstöd. (2) Deras rätt att fatta vissa för medborgarna betungande beslut kräver därutöver ett särskilt stöd i lag.²⁸

Den första punkten riktar in sig på allt som myndigheterna gör, det jag kallat förvaltningshandlande. Den andra punkten syftar på det snävare myndighetsutövandet. En not

²⁵ Proposition 1971:30, 315

²⁶ Marcusson, *Offentlighetsprinciper*, 43 f

²⁷ ”Kärnan i legalitetsprincipen är ett krav på maktutövningens normbundenhet i motsats till godtycke.” Marcusson, *Offentlighetsprinciper*, 44

²⁸ Marcusson, *Offentlighetsprinciper*, 44

om ordet ”beslut” är på sin plats här. Beslut när det inte gäller ärenden och myndighetutövning är ju en del av allt det som vi kallar verksamhet. Ett enkelt exempel är att en tjänsteman vill informera sig om någon fråga som är viktig för myndighetens verksamhet. Tjänstemannen beslutar att skaffa sig information genom att besöka det lokala biblioteket. Här kan vi identifiera ett beslut (att gå till biblioteket) och sedan en eller flera påföljande handlingar (gå till biblioteket och tillägna sig informationen). Beslutet är här centralt, men själva verksamheten består av många fler delar än beslutet. Beslutet måste vi också konstatera är inte ett beslut i ett ärende, det vill säga det rör inte enskilda på det sätt som talats om ovan. Det är alltså inte fråga om myndighetsutövning. Sammanfattningsvis kan det faktiska handlandet också innefatta olika beslut, men dessa beslut är inte myndighetsutövning eftersom de inte har de följder för enskilda som avses.

Behöver då allt det som en tjänsteman företar sig grunda sig på normer, eller som Sterzel uttrycker det, ”ha något slags författningsstöd”? Som en preliminär utgångspunkt svarar jag ”ja” på den frågan. Förutom att ett mängd specifika normer ligger till grund för de olika arbetsuppgifter som en tjänsteman på en myndighet har att utföra, så finns i alla fall minst ett specifikt normstöd för tjänstemannens arbete vid varje tidpunkt. Myndighetens existens och dess generella uppdrag, vad det än må vara, är alltid grundat på en norm. Myndigheter kommer inte till liv utan någon norm som grund, och anställer därmed naturligt nog inga tjänstemän utan något stöd av *någon* norm. I varje fall på detta grundläggande sätt får all förvaltningsverksamhet sägas grunda sig på normer och därmed ha det basala författningsstöd som Sterzel diskuterar.

När det gäller verksamheten utöver beslutsfattandet, är det möjligen bättre att använda ett begrepp som *normmässighet* än legalitetsprincipen. Verksamheten bör ju, även om den inte rör beslut som påverkar enskilda, vara i enlighet med normer – för en myndighet närmast dess instruktioner från regeringen. Detta kommer att vara ett centralt tema för uppsatsen framöver, eftersom frågeställningen rör just hur normerna relaterar till tjänstemännens handlande, förvaltningshandlandet.

2.4 Godtycke och fritt skön

Svensk rättsvetenskap har i liten utsträckning hanterat frågan om vad som utgör fritt skön. Begreppet är dock levande och används i både doktrin och praxis och ger uttryck för det utrymme för egna bedömningar av varierande omfattning som en tjänsteman kan göra i sitt myndighetsutövande.

Termerna godtycke och skön kan både ses från perspektivet att de representerar ett slags vaghet i rättsordningen, och som att de är lösningar eller sätt att hantera en vaghet som finns i normerna. Godtycke, skön och diskretion är närliggande begrepp. Ordet godtycke tolkas oftast som något negativt och vi associerar det med sådant som illojal maktanvändning och beslut som tar irrelevanta hänsyn. Det engelska ordet ”arbitrary”

som närmast kan översättas till godtyckligt har inte samma negativa klang.²⁹ I svenskan har vi också begreppet skön, som ibland bär en liknande negativ klang, men som i varje fall i en juridisk diskurs också har en mer neutral betydelse. Skönsmässiga bedömningar är vanligt förekommande i exempelvis domskäl. Diskretion eller på engelska ”discretion” kanske snarare bör ersättas med termen ”fritt skön”. Det fria skönet har som sagt förvånansvärt lite diskuterats i svensk doktrin.

Typfallet av fritt skön är att en myndighet har fått möjlighet att fritt bestämma hur en viss norm skall tillämpas. Det är för det första viktigt att påpeka att ”fritt” här inte skall förstås som absolut fritt.³⁰ Men beslutet är fritt i den betydelsen att det är upp till myndigheten att bestämma inom det område som lagen ställer upp. Lagen ”bemyndigar förvaltningsmyndigheterna att handla efter eget gottfinnande eller som man ofta säger efter eget skön”³¹. Man kan se det utrymme som myndigheten har att handla i som ett rum som kan vara trångt eller rymligt. Rummets gränser utgörs av de förbud eller påbud i form av skriftliga normer, rättsprinciper och övriga hänsyn som myndigheten behöver ta. Inom detta rum finns det flera alternativ som myndigheten kan välja. I det enklaste fallet kanske det för en domstol rör sig om att sätta en så kallad ”skälig ersättning” för en ideell skada. Det kan inte finnas några absoluta sätt att bestämma denna ersättning, av flera skäl. Det första är att lagens språk är vagt när det anger att ersättningen skall vara skälig – flera olika ersättningsnivåer kan ju vara skäliga enligt olika personers åsikter. Det andra är att vad skadan egentligen inneburit kan vara svårt att bedöma, det vill säga ett slags bevisfråga eller svårighet att bedöma den vaga verkligheten. För det tredje måste domstolen oavsett dessa vagheter bestämma sig för en viss nivå, vilket innebär att den måste nyttja sig av sitt fria skön. Domstolen bestämmer helt enkelt vad den tycker är lämpligt och är då bara begränsad av vad som är en uppenbart olämplig nivå.³²

Även om bedömningen kan vara svår är skadeståndsfallet jämförelsevis enkelt, då det bara innehåller ett beslut om hur många kronor som skadeståndet skall bli. Endicott använder begreppet ”dimension” för att beskriva de aspekter som ett skönsmässigt beslut innehåller. Vissa typer av vagheter kan enkelt ställas upp på en skala medan ett fall ibland inte har en så endimensionell struktur eller innehåller många olika samverkande

²⁹ Endicott skiljer på dåligt godtycke (*arbitrary in a pejorative sense*) och neutralt godtycke, Endicott, ”Vagueness and Law”, 187.

³⁰ Även om sådana fall kan finnas, och det är delvis det som den fortsatta uppsatsen kommer handla om. Jämför Helmius, ”Proportionalitetsprincipen”, 107 och Wennergren, ”Förvaltningens fria skön”, 379: ”Det är sällan en lagbestämmelse utformas så att den bemyndigar en förvaltningsmyndighet att handla helt efter eget skön som den själv finner lämpligt eller skäligt. En lagbestämmelse binder i allmänhet upp myndigheten på det ena eller andra sättet även om den ger myndigheten betydande handlingsfrihet.”

³¹ Wennergren, ”Förvaltningens fria skön”, 378

³² Om offret utsatts för en misshandel är 1 krona uppenbart olämpligt och 1 miljard är också uppenbart olämpligt. Jämför Endicott, ”Vagueness and Law”, 185

dimensioner.³³ Ersättningen i kronor till ett brottsoffer har en dimension, i varje fall i utfallet. Bedömningen av ett komplicerat ärende kan ha många olika dimensioner, där vagheter hakar i varandra.

Användningen av det fria skönet kompliceras av att det inte endast är skrivna normer som kringgärdar myndigheternas användning av det.³⁴ Myndigheternas skönsutrymme begränsas också av allmänna rättsprinciper.

Det fria skönet både grundar sig på normer och är samtidigt i en väsentlig betydelse fritt i förhållande till dessa normer. Det är alltså både beroende av normen, men kan ändå inte stödja sig på normen. Det skall så att säga uppfylla lagens syfte och anda, men kan inte grunda sig endast på lagen. Wennergren beskriver hur det fria skönets stiger in när lagen inte räcker till.

Inte desto mindre ligger det i en skönsmässig bedömnings natur att varken lagens grund eller dess anda (ändamål) sådana de framträder genom de ord som lagbestämmelsen innehåller eller de uttalanden som gjorts i förarbetena kan ge verklig ledning i alla uppkommande situationer. Ytterst blir det en uppgift för förvaltningsmyndigheten att träffa ett val mellan två eller flera tänkbara lösningar. Häri ligger själva kärnan i vad som brukar kallas förvaltningens fria skön.³⁵

Det fria skönet fyller alltså ut den brist³⁶ eller det tomrum som lagen lämnar. Normerna är inte i sig själva tillräckliga, utan en ytterligare bedömning måste till. Vad det fria skönet i praktiken innebär kommer ytterligare att utvecklas nedan i samband med exemplen på förvaltningshandlande som innefattar fritt skön.

2.5 Nödrätt

Nöd är ett av de rättsliga fenomen som delvis rör sig utanför rätten, samtidigt som det är rättsligt reglerat. Jag skall här kort presentera både den vanligaste formen av nöd³⁷, nämligen det enskilda nödvärnet, och handlandet i nöd som ansvarsfrihetsgrunder. För

³³ Endicott, "Vagueness and Law", 520 f

³⁴ Helmius, "Proportionalitetsprincipen", 108

³⁵ Wennergren, "Förvaltningens fria skön", 380

³⁶ Notera att jag inte använder ordet brist i en nödvändigtvis negativ bemärkelse. Jag menar bara att det finns en brist på så sätt att normen inte räcker till eller når hela vägen fram till en lösning i det fall som är aktuellt. Detta är, som konstaterats ovan, inte nödvändigtvis något dåligt. Vagheten som finns i lagen kan vara nödvändig (exemplet tortyr) men kan ändå behöva lösas i det specifika fallet.

³⁷ Båda dessa former av nöd kommer att diskuteras senare i uppsatsen. Nöd och nödvärn när det gäller svenska internationella militära insatser och konstitutionellt nödvärn återkommer i den teoretiska delen i anslutning till diskussionerna av Schmitt och Agambens teorier.

att i nästa avsnitt diskutera det som kallas konstitutionell nödrätt, jämte krig, undantagstillstånd och räddningsledares befogenheter.

Nöd och *nödvärn* är ansvarsfrihetsgrunder³⁸ som är reglerade i BrB 24 kap. Det finns två huvudsakliga skillnader på nöd och nödvärn. Nöd gäller när fara finns för "liv, hälsa, egendom eller något annat viktigt av rättsordningen skyddat intresse" oberoende av vem den enskilde som skulle ställts till ansvar är, medan nödvärn handlar om olika angrepp mot den enskilde. Den andra skillnaden är att rätten att göra en annars brottslig handling i nöd har en lägre tröskel än nödvärnet. Skillnaden formuleras i lagtexten så att handlingen är att betrakta som brott om den är "oförsvarlig" i fallet med nöd och "uppenbart oförsvarlig" i fallet nödvärn. Vid nödvärn får man alltså värja sig med mer allvarliga medel än vid nöd.³⁹ Båda formerna av ansvarsfrihet gäller för handlingar som annars är straffbara. En särskild situation ger alltså möjlighet att röra sig utanför det som normalt är straffbart. Lagstiftningsmetoden består alltså inte i att vissa handlingar har definierats som lagliga⁴⁰ utan att brottsliga handlingar inte skall leda till ansvar under vissa situationer. Nöd och nödvärn är inte heller begränsade till några särskilda åtgärder utan alla brottsliga handlingar kan potentiellt vara straffria om nöd eller nödvärnssituation föreligger.

2.6 Undantagstillstånd, konstitutionell nödrätt

I det här avsnittet skall jag presentera några ytterligare begrepp som har relation till dessa. Nödrätt är inte enbart något som kan åberopas av en enskild. Även tjänstemän kan åberopa nöd, precis som vanliga medborgare. Den särskilda position en tjänsteman besitter kan både ge större utrymme för åberopande av nöd, och samtidigt större krav på att utrymmet för handlingar i nöd inte felaktigt utnyttjas.

Men nödsituationer kan vara mer än helt tillfälliga, det kan handla om situationer som omfattar hela samhället och statsapparaten. Krig eller väpnad konflikt är skolexempel på tillstånd som hela samhället befinner sig i där andra regler behövs och tillämpas.

³⁸ Det finns fler ansvarsfrihetsgrunder: samtycke, förmans order, bistånd till polis etc. Nöd och nödvärn är dock paradigmatiska exempel och dessutom särskilt relevanta för den fortsatta diskussionen i denna uppsats.

³⁹ 24 kap 1 §1 st "En gärning som någon begår i nödvärn utgör brott endast om den med hänsyn till angreppets beskaffenhet, det angripnas betydelse och omständigheterna i övrigt är uppenbart oförsvarlig." jämfört med 24 kap 4 §1 st "En gärning som någon, i annat fall än som nämnts tidigare i detta kapitel, begår i nöd utgör brott endast om den med hänsyn till farans beskaffenhet, den skada som åsamkas annan och omständigheterna i övrigt är oförsvarlig."

⁴⁰ Jämför med exempelvis Polislagen 10 §1 st: "En polisman får, i den mån andra medel är otillräckliga och det med hänsyn till omständigheterna är försvarligt, använda våld för att genomföra en tjänsteåtgärd".

Större kriser som naturkatastrofer kan också vara anledning att handla utanför den normala rättsliga strukturen.

Jag skall nu diskutera några aspekter av rättsligt handlande av tjänstemän och statsrepresentanter som berör mer exceptionella situationer. Den första är begreppet *undantagstillstånd* som har en lite speciell ställning i svensk rätt då grundregeln i Sverige varit att vi skall ha en lagstiftning anpassad så att den fungerar både i normalfallet och i situationer som kan benämnas undantagstillstånd. Här kommer jag också att diskutera frågan om krig och hur den centrala statsmakten är organiserad i händelse av krig. Det andra begreppet är *räddningsledares befogenheter*, en juridisk konstruktion där en särskilt utpekad tjänsteman får mycket långtgående befogenheter att använda sig av alla resurser, materiella och personella, som står till buds för att hantera en krissituation. Kontrollen skall här som utgångspunkt alltid vara i efterhand, och räddningsledaren har därför ett särskilt stort utrymme att agera efter eget skön. Det tredje begreppet jag vill presentera är den ovanliga rättsfiguren *konstitutionell nödrätt*. Konstitutionell nödrätt är ett begrepp som inom den juridiska diskursen används för att förklara hur handlingar som görs i konflikt med eller utan att följa gällande lagstiftning ändå kan vara lagliga eller i varje fall legitima.

Enligt Henrik Jermsten finns inte det mellanläge som ofta kallas ”undantagstillstånd” i svensk lag.⁴¹ Det finns alltså från en konstitutionellrättsligt perspektiv bara två ”lägen” i svensk rätt. Antingen befinner sig landet i ett normaltillstånd då svensk lagstiftning gäller som man kan förvänta sig, eller så befinner sig landet i *krig*, eller ett exceptionellt tillstånd föranlett av krig. Då träder bestämmelser i RF 15 kap in⁴² och den humanitära rätten blir tillämplig om det pågår en väpnad konflikt. RF 15 kap 2-8 §§ innebär bland annat att om riksdagen inte kan fungera tillfredställande så kan lagstiftningsfunktionen överlåtas på i första hand krigsdelegationen och i andra hand regeringen. Krigsdelegationen är en grupp om 50 personer ur riksdagen som utgör ett slags miniriksdag. Om inte detta är möjligt träder regeringen in i riksdagens ställe för att fullgöra dess uppgifter ”i den utsträckning det behövs för att skydda riket och slutföra kriget”. Regeringen övertar även riksdagens lagstiftande funktion, men för att regeringens förordningar skall vara giltiga måste regeringen ha ”stöd av bemyndigande i lag”. Det vill säga: för att regeringen skall fungera som lagstiftare under krig måste riksdagen på förhand ha utfärdat lagar som ger sådan möjlighet, så kallade fullmaktslagar.⁴³

Som utgångspunkt får alltså regeringen inte några extraordinära befogenheter som inte är lagbundna. Fullmaktslagarna är grundade på riksdagens godkännande och även

⁴¹ ”RF känner inget mellanläge t.ex. vad som i många utländska konstitutioner brukar betecknas undantagstillstånd.” Jermsten, *Konstitutionell nödrätt*, 26

⁴² RF 15 kap 2-8 §§

⁴³ Exempel på fullmaktslagar är Förfogandelagen (1978:262) och Ransoneringslagen (1978:268). Se *Karnov Internet*, Regeringsformen (1974:152), 15 kap 5 §, not 374, 14 november 2012.

om Jermsten påpekar att fullmaktslagarna ”naturligtvis praktiskt sett ökar statsmakernas befogenheter gentemot medborgarna” så är det mer av en förvaltningsrättslig fråga.⁴⁴ Regeringen har här som myndighet fått ett särskilt utrymme att aktivera en viss lagstiftning i en viss situation. Regeringen har inte rättsligt utrymme att utfärda undantagstillstånd och sedan utfärda förordningar med kraft av lag efter helt eget skön. Denna bild måste dock modereras något, vilket vi kommer att se nedan gällande den konstitutionella nödrätten.

Ett fall av långtgående befogenheter för en myndighet, eller en särskild tjänsteman, som måste tas upp är *räddningsledares befogenheter*. Dessa befogenheter kan förstås som ett slags specialfall av den generella nödrätten och gäller normalt inte så långvariga situationer som krig.⁴⁵ Räddningstjänstens uppgift är att hantera situationer som präglas av nöd, där det finns fara för skada på liv, hälsa och egendom. Räddningsledaren har getts befogenheter att bland annat begära att var och en mellan arton och sextiofem år medverkar i räddningstjänstens arbete.⁴⁶ Räddningsledaren får också ”bereda sig och medverkande personal tillträde till annans fastighet, avspärra eller utrymma områden, använda, föra bort eller förstöra egendom samt göra andra ingrepp i annans rätt”⁴⁷. Dessa åtgärder skall givetvis vara proportionerliga, nödvändiga och de skall redovisas skriftligt, med specificering och motivering.⁴⁸ Precis som i de generella ansvarsfrihetsgrunderna nöd och nödvärn är det inte positivt reglerat vilka situationer som skall täckas in av de här möjligheterna. Tvärtom är räddningsledaren i praktiken fri att helt efter egen bedömning göra alla dessa ingrepp, och som högsta ansvarig får räddningsledaren inte hindras i denna tjänsteutövning.



Alla ovanstående exempel rör alltså sådan nöd eller sådana undantag som har någon rättslig reglering. Presentationen av dessa var nödvändig för att bereda väg för nästa exempel, den *konstitutionella nödrätten*, vilket är just en oreglerad möjlighet att agera för staten.

Jermsten beskriver den konstitutionella nödrätten som att den ibland fått benämna nödhandlingar (så som de ovan beskrivna) av statliga funktionärer och myndigheter i allmänhet. Oftast används dock termen för att beskriva regeringens utrymme att vidta åtgärder utanför den rättsliga regleringen i vissa extraordinära situationer. Det särskilda med just den konstitutionella nödrätten är att något normalt sett helt otänkbart då skulle vara möjligt – att sätta sig över grundlagen.

⁴⁴ Jermsten, *Konstitutionell nödrätt*, 26

⁴⁵ Om paradoxen ”normala exceptionella situationer” tillåts.

⁴⁶ Lag (2003:778) om skydd mot olyckor (LSO) 6 kap 1 §

⁴⁷ LSO 6 kap 2 §

⁴⁸ LSO 6 kap 6 §

Den konstitutionella nödrätten brukar ibland beskrivas som rätten att om omständigheterna så kräver få sätta sig över grundlagen, möjligheten att legitimera handlingar som om de vidtagits under normala förhållanden hade ansetts grundlagsstridiga o.s.v. Man har också talat om en befogenhet att handla på ett sätt som strider mot vad som normalt gäller om statsorganens behörighet när det i en extraordinär situation är oundgängligen nödvändigt.⁴⁹

Grundtanken är alltså att vissa situationer är så extrema att den högsta statsmakten – regeringen – skall ha befogenheter utöver, bortom eller mot vad grundlagen säger. Lars Johansson menar att den konstitutionella nödrätten är en ”ofrånkomlig följd” av den moderna rättsstaten.⁵⁰ Jermsten menar att institutet är en självklarhet utomlands, och att det i praktiken råder konsensus inom den lilla diskussion som förekommit i svensk statsrättslig litteratur att det finns en sådan rätt.⁵¹

Utgångspunkten i en rättsstat är att staten skall fungera enligt den lagstiftning som finns. I den svenska grundlagen syns detta i RF 1 kap 1 § 3 st: ”Den offentliga makten utövas under lagarna”. Ett sätt att hantera extrema och ovanliga situationer är att skapa lagar som ger ett explicit utrymme för en eller annan instans att hantera en sådan situation. Vi har redan sett flera exempel, exempelvis räddningsledarens särskilda befogenheter och ordningen med en krigsdelegation som fyller riksdagens roll. Idén om en konstitutionell nödrätt är att det skulle finnas en rätt i situationer när lagarna inte ger någon rätt eller befogenhet, men en sådan ändå borde eller behöver finnas. En avvikelse från den konstitutionella ordningen kan alltså antingen vara inkorporerad i lagstiftningen genom ett explicit utrymme att avvika från den gängse ordningen, eller så kan det vara en avvikelse som görs utanför lagstiftningen, men som ändå anses legitim.

Det som idag är 15 kap i RF är ett sätt att inom lagstiftningen försöka förebygga problem som kan uppstå, genom att medge undantag från de gängse reglerna. Dessa regler är alltså inte exempel på konstitutionell nödrätt, utan endast exempel på vad Jermsten kallar ”konstitutionell krisberedskap”^{52, 53} Stefan Olsson driver tesen att kontrollfunktioner i efterhand är ett bättre sätt än lagbundenhet att hantera undantagsituationer. Han uttrycker hur denna konstitutionella nödrätt är tänkt att fungera så här:

⁴⁹ Jermsten, *Konstitutionell nödrätt*, 9

⁵⁰ ”Den konstitutionella nödrätten är en ofrånkomlig följd av de moderna rättsstatliga samhällskicken. I extraordinära situationer kan ett handlande mot en författningsregel vara det enda rimliga alternativet.” Johansson, ”Konstitutionell nödrätt : en oskriven speciallag med obestämt innehåll”, 1

⁵¹ Jermsten, *Konstitutionell nödrätt*, 12

⁵² Jermsten, *Konstitutionell nödrätt*, 18

⁵³ Svårigheten att greppa den konstitutionella nödrätten och dess relation till positiva rättsregler kan ses i Johanssons uppsats där han beskriver den som både utanför konstitutionen/författningen och att den samtidigt skall var omgärdad av ”stränga restriktioner”, ”bestämda betingelser” och ”oöverskridbara gränser”. Johansson, ”Konstitutionell nödrätt : en oskriven speciallag med obestämt innehåll”, 1

Istället för att försöka definiera detta i förväg får man acceptera att det rör sig om nödsituationer och utnyttja de paragrafer i lagstiftningen som reglerar nödrätten. Därefter får en domstol reda ut förhållandena i efterhand och bedöma om de lagbrott som begåtts har varit försvarliga eller inte.⁵⁴

Vi kan sammanfattningsvis se den konstitutionella nödrätten som ett särskilt extrajuridiskt institut, ett slags ”nöden har ingen lag” som medger ett agerande utanför lagen. Diskussionen om vad en sådan utomrättslig juridisk konstruktion egentligen kan betyda återvänder vi till i vår diskussion om Carl Schmitts teori om suveränitet.

2.7 Ansvarsregler för statligt anställda

En rättslig struktur som omgärdar tjänstemäns arbete är de regler om missbruk och ansvar som finns i svensk rätt.⁵⁵ Denna ordning hänger samman med det lagkrav som finns uttryckt i RF att grundläggande ”bestämmelser om statligt anställdas rättsställning i andra hänseenden än de som berörs i denna regeringsform meddelas i lag”⁵⁶. Huvudexempel på sådan lag är LOA som innehåller regler om tjänsteförseelser och disciplinansvar.⁵⁷ Viktigt att notera är att dessa ansvarsregler inte enbart gäller myndighetsutövning utan i princip alla verksamhet som tjänstemän utför i sitt arbete. En skillnad mot tidigare förhållanden är att tjänstemäns anställningar idag vilar på civilrättslig grund och inte som tidigare på förvaltningsrättslig grund. Oberoende detta är dock reglerna avvikande och relationen mellan staten och dess anställda skiljer sig från relationen mellan staten och enskilda, liksom mellan privata arbetsgivare och deras anställda. Det lagstiftade ansvaret ger den offentliga anställningen en särart.

Oavsett detaljerna kring hur detta system är utformat, och de har varierat avsevärt genom den svenska rättshistorien, är grundtanken att en särskild ordning skall gälla för tjänstemännen. Deras ansvar är av en annan art, deras arbete vilar på rättsliga normer och staten, medborgarna – och idag demokratin – kräver ett oväldigt och korrekt förvaltningshandlande.

2.8 Det negativt reglerade – privilegium för enskilda?

Jag vill i denna del av uppsatsen ta upp en särskild aspekt av det jag kallar förvaltningshandlande. Som jag ser det har denna typ av handlande en speciell karaktär som skiljer

⁵⁴ Olsson, *Så fungerar författningen vid kriser*

⁵⁵ En noggrann genomgång finns i Lindblom, ”När statens anställda gör fel : Tillämpning och avvägning av straffrättsligt- och arbetsrättsligt ansvar i offentlig verksamhet”, på vilken denna del är baserad.

⁵⁶ RF 12 kap 7 §

⁵⁷ LOA 14, 15 §§

sig från det handlande som enskilda, det vill säga privatpersoner, ägnar sig åt. Vi har konstaterat att förvaltningshandlandet både är baserat på normer och omgärdat av normer av olika slag som styr vilken sorts handlande som en tjänsteman kan ägna sig åt.

Som privatperson är man också omgärdad av normer kring vad man får och inte får göra. Mycket av privatpersoners handlande har dock inte några normer som grund. Ibland sägs det att privatpersoner bara är begränsade av de förbud som finns – alltså att de får göra allt som inte är förbjudet. Det är förvisso sant, men vi måste också betänka att ett inte oansenligt antal handlingar som privatpersoner ägnar sig åt är grundade i normer på liknande sätt som tjänstemäns handlande. Privatpersoner är inte bara begränsade av förbud mot vissa handlingar, utan också underkastade ett stort antal påbud om att göra vissa saker.

Förbuden utgör så att säga yttre begränsningar för det handlande jag är fri att göra. Det finns inga påbud om att köra bil här i landet, så jag är fri att köra bil. Det betyder dock inte att jag får köra bil hursomhelst. Jag måste hålla mig under hastighetsbegränsningen, där finns ett förbud som begränsar mig. Mitt handlande när jag kör bil är således ”negativt” reglerat – jag får göra det så länge jag inte överträder någon begränsning i form av ett förbud. Själva handlingen att köra bil för också med sig ett antal påbud (som att betala trafikskatt och teckna försäkring) samt ett antal normer som är både påbud och förbud beroende på perspektiv. Jag är påbjuden att stanna för gångtrafikanter vid övergångsställen eller (vilket är samma sak) förbjuden att köra förbi övergångsställen när trafikanter vill korsa gatan. De exakta formuleringarna av normerna här är inte så avgörande. Samma ansvar kan konstrueras med hjälp av olika påbud i kombination med ett straffansvar eller så kan det önskade beteendet regleras enbart genom förbudsklausuler.

Som privatperson är man nedsänkt i denna väv av förbud och påbud som har mer eller mindre betydelse för vad man får och inte får göra beroende på vilken situation man befinner sig. Som jag redan har påpekat får dock privatpersoner göra handlingar som inte har sin grund i någon norm. Privatpersoner gör alltså ibland handlingar som har sin grund i normer, ibland saker som inte har sin grund i normer. Staten gör saker genom sina tjänstemän som har sin grund i normer – men gör den någonsin saker som inte har sin grund i normer? Vi kan också ställa frågan såhär: finns det något som motsvarar det negativt tillåtna för staten? Detta *negativt tillåtna* utrymme kan schematiskt placeras i denna figur:

	Reglerad	Oreglerad
Samhället	<i>skatterätt, straffrätt ...</i>	<i>det negativt tillåtna</i>
Staten	<i>offentlig rätt ...</i>	?

Vi måste här göra skillnad på handlingar som *har sin grund* i normer och de som *bestäms av* normer. I någon mån bestäms alla handlingar av normer, i den meningen att

alla handlingar är negativt reglerade av de förbud som omgärdar vårt handlande. Ett trivialt exempel är att det är helt upp till mig om jag vill köra bil till jobbet eller inte, men det är inte upp till mig om jag vill köra över eller under hastighetsbegränsningen. Min handling att köra bil har inte sin grund i någon norm, men den begränsas av en norm.

Om vi förstår det negativt tillåtna som privatpersoner kan ägna sig åt som omgärdat av dessa normer kan vi lätt se att det har sin ungefärliga motsvarighet i det fria skönet för myndigheterna. Det förvaltningshandlande som innefattar fritt skön innebär en viss frihet för myndigheten/tjänstemannen, men det är omgärdat av normer som begränsar handlingsutrymmet och styr handlingen till vissa alternativ, vissa möjligheter.

Men, det finns ändå en väsentligt skillnad mellan en typiskt negativt tillåten handling som jag utför som privatperson och en förvaltningshandling som innefattar ett fritt skön. Min handling som privatperson behöver inte grunda sig på någon norm. På det sättet är friheten för en privatperson kvalitativt annorlunda än den frihet det fria skönet innebär för en tjänsteman.

Låt oss nu istället gå över till tjänstemän och staten. Det intressanta som skiljer ut tjänstemäns (i egenskap av tjänstemän) handlande från privatpersoners är att deras handlande inte verkar befinna sig i detta negativt tillåtna, negativt reglerade område. Om vi bortser från tjänstemannen som privatperson, utan försöker förstå tjänstemannen i sin offentliga kapacitet, så kan vi se att dennes handlande, på ett annat sätt än privatpersonens handlande, ”grundar” sig på normer. Det jag vill peka på här är något annat än det att tjänstemannen också är nedsänkt i den väv av normer som jag diskuterade ovan. Tjänstemannens handlande regleras inte bara genom påbud och förbud av normer. Själva grunden, den positiva grunden, impulsen att göra saker i sin tjänst, kommer från normer. Tjänstemannen kan inte ägna sig åt vad som helst, utan skall göra de arbetsuppgifter som åligger henne i hennes arbete. Dessa arbetsuppgifter är definierade genom normer och grundar sig på beslut om normer, i förlängningen baserade på de riksdagsbeslut – enligt den konstitutionella fiktionen löpande ur folkviljan – som styr staten som organisation.

För att formulera det på ett annat sätt kan vi försöka förstå vad alternativet hade varit. Om tjänstemannen hade sin position, sitt ämbete, oberoende av normer – vad hade det då betytt? Den figur som närmast dyker upp är den suveräne fursten i den klassiska förståelsen av en stat där suveräniteten är samlad hos en individ. Denna individ är då inte bunden av några normer, utan handlar efter eget godtycke. Men, låt oss ändå lämna denna figur (som kommer dyka upp igen senare) för tillfället. Vi kan istället tänka oss att en vanlig svensk tjänsteman idag skulle börja ägna sig åt saker helt efter eget huvud, som inte hade någon relation till de arbetsuppgifter som hon är anställd att utföra. Oavsett handlingarnas natur, i sig problematiska eller harmlösa, är den instinktiva reaktionen att något är fel. En tjänsteman skall inte ägna sig åt annat än det ”den skall ägna sig åt”. Det vill säga: någonting ligger till grund för vad som skall och därmed också vad som inte skall göras i tjänstemannens arbete. Jämför här för ett ögonblick med en privatperson.

Om en privatperson får för sig att göra något helt nytt, kanske något som ingen tidigare tänkt på, då finns det ingen motsvarande reaktion att den enskilde inte borde ägna sig åt något annan än vad ”den skall ägna sig åt”.⁵⁸

En tjänsteman skall dock göra det som är bestämt på ett eller annat sätt. Det här innebär inte någon nödvändigtvis exakt eller strikt avgränsning av tjänstemannens arbete. Tvärtom finns många fall då tjänstemannen har ett utrymme, ofta lagfäst, att göra en egen bedömning av vad som skall ingå eller inte i arbetet. Ett tydligt exempel är åklagarens makt att bestämma om åtal skall väckas eller inte. Denna makt över beslutet och det handlande som föregår och följer på beslutet är dock samtidigt ett tydligt exempel på att handlandet inte är fritt på samma sätt som för en privatperson. En enskild privatperson har möjlighet att (gällande vissa brott) väcka enskilt åtal. Det beslutet står den enskilde helt fritt, hon kan välja att väcka åtal eller inte. Åklagaren har i sitt arbete som uppgift att väcka allmänt åtal och beslutet att göra det eller inte vilar hos åklagaren. Samtidigt är åklagaren underkastad en plikt att åtala under vissa förutsättningar.

Generellt är alla tjänstemän i en liknande situation: deras arbete innebär att de skall göra vissa saker, och ansvaret på dem att göra dessa saker grundar sig på normer. Gör de saker som inte grundar sig på normer så ser det konstigt ut. Antingen förslösar de sin arbetstid på saker som ligger utanför deras uppdrag, eller än något som står i strid med uppdraget. På det sättet menar jag att förvaltningshandlandet är omgärdat, styrt av och reglerat genom normer på ett annat sätt än privatpersoners handlande.

Sammantaget kan vi konstatera att förvaltningshandlandet – det vill säga statligt handlande, handlande utfört av tjänstemän – som vid första anblick framstår som något ganska enkelt, när man skrapar på ytan avslöjar en komplex väv av problematiska frågor kring relationen norm–handling. Jag skall nu gå vidare och diskutera fler aspekter av denna relation, med ett antal exempel på konkreta förvaltningshandlingar och deras normbundenhet eller normmässighet.

⁵⁸ Jag bortser här från alla aspekter av ”normer” i en social eller etisk bemärkelse. Givetvis kan man reagera över lämpligheten i något särskilt handlande, eller ha föreställningar om att folk borde göra vad de alltid gjort, etcetera. Det skiljer sig dock från situationen när någon gör ”fel” i juridisk mening. Frågan om vad som är fel, ”lämpligt”, etcetera är dock mer komplicerad, som kommer diskuteras längre fram i detta arbete.

3 Exempel på formell och erkänd anomi

Denna del av uppsatsen kommer att beskriva olika exempel på förvaltningshandlingar som innefattar erkända och kända former av anomi. Vi har redan stiftat bekantskap med dem i det inledande avsnittet, där jag diskuterat fritt skön och bedömningar med mera. De kallas vanligtvis inte för ”anomier”, men de är ändå exempel på situationer där den skrivna lagen och förvaltningshandlandet inte är identiskt till innehåll.

Som jag redan påpekat är dessa anomiska aspekter av förvaltningshandlandet inte något nödvändigtvis dåligt och det är ofta helt nödvändigt att det finns ett utrymme för tjänstemannen att göra individuella bedömningar.

3.1 Förvaltningshandlingar som innefattar fritt skön

I det här avsnittet av uppsatsen kommer jag att redogöra för hur man normalt förstår förvaltningshandlingar som innefattar ”fritt skön”. Det är inte något radikalt påstående att vissa förvaltningshandlingar innefattar ett fritt skön, ett slags snävt ”godtycke” om man så vill, men det finns olika sätt att förstå vad detta skön innebär, hur det är avgränsat av principer och lagstiftning. Givetvis skiljer sig också hur man värderar och ser på detta skön.

Det vanligaste sättet vi i den juridiska diskursen stöter på det fria skönet är i dess negation: de kontrollmekanismer eller begränsningar som skall kontrollera maktutövningen som förvaltningshandlandet innebär. Det finns ett stort antal olika kontrollmekanismer som syftar till att styra tjänstemän och kontrollera att de gör rätt och inte fel. Statsvetaren Stefan Olsson räknar i sin skrift *Så fungerar författningen vid kriser* upp nio olika kontrollmekanismer som finns för att skydda rättsstaten i krissituationer: tidsgränser, intern tillsyn, hierarkisk tillsyn, samtidig extern tillsyn, godkännande från högre instans, information till allmänheten, granskning i efterhand, dokumentation, åtal.⁵⁹

Dessa kontrollmekanismer pekar tydligt på uppfinningsrikedomen när det gäller att kontrollera, eller annorlunda uttryckt *lösa problemet* med tjänstemännens möjlighet att handla efter sitt godtycke. Det intressanta är att ingen av dessa lösningar säger något om problemet. Man kan uttrycka det som att vi har många lösningar, men ingen förstår problemet eller frågan som dessa lösningar ger svaret på. Vad är en tjänstemans handling?

Ett exempel på myndighetsutövning där fritt skön spelar roll är vid medborgarskapsansökan enligt medborgarlagen (MedbL). Lagen innehåller regler om dispens⁶⁰ och särskilt om ”särskilda skäl” som ger utrymme att erbjuda medborgarskap även om de formella kraven inte är uppfyllda. Warnling-Nerep skriver att särskilda skäl i detta samman-

⁵⁹ Olsson, *Så fungerar författningen vid kriser*, 19

⁶⁰ MedbL 12 § 1 st 3 p

hang är ett ”i sig mycket vidsträckt begrepp”⁶¹. De konkreta exempel som ges är ”att en utländsk kvinna gifter sig med en svensk kung eller att en utländsk person har något unikt att tillföra Sverige, t.ex. en framstående forskare eller idrottsman/kvinna” samt ”mindre glamorösa exempel” som ”en person som tjänstgör inom den svenska biståndsverksamheten utomlands, som arbetar på svenskt fartyg eller vid svenskt företag utomlands”.⁶² Sammantaget handlar det om att särskilda fall skall behandlas på ett särskilt sätt. Det är värt att notera att det här inte är några exempel på fall där det vore exempelvis orimligt att besluta om motsatsen. Det handlar inte om att någon skulle bli orättvist behandlad om man följde de formella kraven och det är således inte fråga om någon typ av rättighetskydd eller billighetsresonemang. Tvärtom är det bedömningar som är extra gynnande, som går utöver de krav som normalt ställs för att åtnjuta den gynnande åtgärden att få ett svenskt medborgarskap.

Exemplen är också som vi kan se ganska disparata men har det gemensamt att olika skäl som ligger utanför de formella kraven talar för att en person skall få svenskt medborgarskap. Bedömningen är upp till myndigheten och den nyttjar därmed sitt fria skön.

3.1.1 Särskilt om regeringens skön

Här är det på sin plats att beröra några aspekter av regeringens särskilda befogenheter, som RF anger. Regeringen kan medge undantag från sina egna förordningar och föreskrifter från underlydande förvaltningsmyndigheter.⁶³ Denna form av undantag kallas *dispens* och innebär ett gynnande beslut som avviker från vissa krav i förordningen eller föreskriften. Dispens kan inte ges för lagbestämmelser, om inte lagen uttryckligen ger utrymme för det. Warnling-Nerep exemplifierar med att regeringen gett länsstyrelserna dispens för att frångå artskyddsförordningen⁶⁴ för att samla in annars skyddade växter.⁶⁵ Dispensen får inte gå emot riksdagens beslut och strider därmed inte mot den överordnade ställning riksdagen intar i relation till regeringen.

Regeringen får också efterge eller mildra en straffpåföljd eller annat liknande ingrepp i enskilds person eller egendom, så kallad *nåd*.⁶⁶ Typiskt sett rör det sig om förkortade fängelsestraff av humanitära skäl. Regeringen upphäver inte själva straffdomen utan lindrar bara sanktionen för den dömda.⁶⁷ Nåden avser oftast en person, men kan också ta formen av en *amnesti* vilket är en generell nåd. Ett typexempel där är en vapenamnesti, som då gäller för framtiden och rör en fråga som riksdagen beslutat om. Då krävs

⁶¹ Warnling-Nerep, Lagerqvist Veloz Roca och Reichel, *Statsrättens grunder*, 106

⁶² Warnling-Nerep, Lagerqvist Veloz Roca och Reichel, *Statsrättens grunder*, 106

⁶³ RF 12 kap 8 §

⁶⁴ Artskyddsförordningen 2007:845 14 §

⁶⁵ Warnling-Nerep, Lagerqvist Veloz Roca och Reichel, *Statsrättens grunder*, 128

⁶⁶ RF 12 kap 9 § 1 st

⁶⁷ Warnling-Nerep, Lagerqvist Veloz Roca och Reichel, *Statsrättens grunder*, 128

lagform.⁶⁸ Men man kan tänka sig en framåtriktad amnesti för något som ligger inom regeringens kompetens där riksdagen ej har tagit några beslut.

En tredje form av speciell befogenhet är *abolition* som innebär att regeringen när det finns ”synnerliga skäl” får ”besluta att vidare åtgärder för att utreda eller lagföra en brottslig gärning inte ska vidtas”.⁶⁹ Regeringen kan helt enkelt i vissa fall förhindra att brottsutredning påbörjas eller slutförs. Det krävs dock som sagt synnerliga skäl, eftersom det kan inge betänkligheter att denna form av nåd ges innan en domstol fått avgöra skuldfrågan.⁷⁰

Alla ovanstående former är uttryck för att regeringen har getts en möjlighet att helt skönsmässigt bestämma i vissa frågor. Regeringsrätten (RegR) har tydligt uttalat att det är helt och hållet regeringens rätt att avgöra när nåd skall ges:

Regeringsformens bestämmelse om nåd ger regeringen en *fullständigt diskretionär rätt* att avgöra om och i vilken utsträckning nåd skall ges. Att pröva rättsenligheten av ett regeringsbeslut i ett nådeärende låter sig i princip inte göras.⁷¹

Det är inte tydligt om denna ”fullständigt diskretionära rätt” får antas gälla även för de andra speciella befogenheterna, särskilt inte i fallet abolition där kravet om ”synnerliga skäl” står i lagtexten. Å andra sidan har det mig veterligen inte prövats vad som skulle kunna möjliggöra en överprövning av denna regeringens befogenhet.

3.2 Förvaltningshandlingar som innebär tolkning eller bedömning

Detta avsnitt kommer att närmare redogöra för förvaltningshandlingar som inte innefattar det som strikt sett kan kallas fritt skön, men som ändå innefattar någon form av tolkning eller bedömning. Två principiella perspektiv kan urskiljas i förståelsen av tolkningar och förvaltningshandlingar. Det ena att endast vissa förvaltningshandlingar är föremål för tolkning eller någon typ av bedömning från myndighetens sida medan andra bara är direkt tillämpning av lagen. Det andra perspektivet är att all tillämpning av lagar nödvändigtvis innefattar en tolkning av laginnehållet och en bedömning i relation till de fakta som finns i den faktiska situationen.

3.2.1 Ramlagar

Håkan Hydén tar den kommunala skolan som ett exempel på ramlagar. Här får kommunerna som förvaltningsmyndigheter skapa normer baserade på de ramlagar som finns på

⁶⁸ Sverige har haft vapenamnestier 1993 och 2007 och en ny föreslås för år 2013. Prop 2012/13:38

⁶⁹ RF 12 kap 9 § 1 st

⁷⁰ Warnling-Nerep, Lagerqvist Veloz Roca och Reichel, *Statsrättens grunder*, 128

⁷¹ RÅ 2001 ref 63, min kursivering

området.⁷² Hydén påpekar att ramlagarna för skolan innehåller alla tre former av regler som han identifierar: konstituerande regler, handläggningsregler och handlingsregler.⁷³

Handlingsreglerna består normalt endast i angivelserna av mål och riktlinjer. På skolsektorn finns en ambition att inte bara garantera en minimistandard utan också en strävan att genom riktlinjer ange en maximistandard. Det gör att skolans område är det mest genomreglerade system som finns av betydelse för kommunerna.⁷⁴

Det särskilda med ramlagar är att normgivningskompetensen flyttas ned i förvaltningshierarkin. En myndighet får ta lagstiftarens plats, det vill säga göra det detaljarbete som normalt riksdagen eller regeringen gör.

Ramlagens funktion är inte att normativt tillhandahålla materiella lösningar på reglerade problem. Ramlagen innehåller istället kompetensregler och procedurregler som talar om hur beslut skall fattas och avgöras i olika situationer.⁷⁵

Hans Esping erbjuder i *Ramlagar i förvaltningspolitiken* följande definition av ramlagen:

En lag som innehåller eller utgår från en materiell målbestämning som, efter vissa regler, skall preciseras och konkretiseras av förvaltningsmyndighet, genom prejudikat av domstol, genom kommunala beslut eller genom kollektivavtal. Eller i kombinationer av dessa.⁷⁶

Denna definition är bred och gör enligt Esping inga ”anspråk på någon slutlig bestämning” av begreppet. Vi ser dock här tydligt den inriktning på övergripande mål som kännetecknar ramlagstiftningen.

Det finns därmed två avgörande saker att notera med ramlagar: 1) att de flyttar normgivningen nedåt i den statliga hierarkin till nivån förvaltningsmyndigheter och 2) att de därmed lämnar stort utrymme för fritt skön, både formellt och i praktiken.

Men det är också viktigt att notera att i sig gör ramlagskonstruktionen inte någon skillnad för själva normgivningen. Det vill säga: normernas produktion placeras bara på

⁷² Främst är här givetvis Skollagen (2010:800).

⁷³ Förenklat kan konstituerande regler sägas vara de som säger att en verksamhet skall finnas, handläggningsregler hur ärenden skall behandlas och handlingsregler säger vad myndigheten skall göra – det närmaste man kan tänka på här är givetvis det faktiska handlandet. Hydén exemplifierar med grundfrågor: ”konstituerande regler - vem?”, ”handläggningsregler - hur?” och ”handlingsregler - vad?” Hydén, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, 88 f

⁷⁴ Hydén, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, 125

⁷⁵ Hydén, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, 32

⁷⁶ Esping, *Ramlagar i förvaltningspolitiken*, 52

en annan nivå i förvaltningshierarkin. Att riksdagens ledamöter producerar en norm genom en demokratisk process eller att en myndighet och dess tjänstemän producerar en norm på grundval av en ramlag har ingen särskild betydelse för normens utformning, innehåll eller legitimitet. Det kan föras rättspolitiska diskussioner om lämpligheten i att en norm skapas av en demokratisk församling respektive av en byråkratisk organisation, men normen och dess relation till förvaltningshandlandet förändras inte på något grundläggande sätt.

Mer avgörande för förvaltningshandlades relation till normerna är att en ramlagstiftning möjligen kan ge ett utrymme för en myndighet att avstå från att utfärda normer och istället använda sin kompetens för att ta beslut i individuella fall. Då resulterar kompetensöverförandet i ramlagen till att myndigheten får ett större utrymme för fritt skön. Hur stor skillnaden är mellan att myndigheten utfärdar bindande normer för sitt eget handlande och att den istället tar beslut från fall-till-fall kan diskuteras. Även de ”bindande” normerna kan ju myndigheten normalt ändra, om ramlagen ger det utrymmet.

3.2.2 Generalklausuler

Det är här på sin plats att säga något kort om generalklausuler, som är ett särskilt exempel på när den skrivna normen brister i innehåll. Generalklausulen liknar dock ramlagen i det att normen endast har ett vagt och oprecist eller öppet innehåll och att själva utfyllningen av normen lämnas till en annan instans. Där ramlagen lämnar utfyllandet till förvaltningsmyndigheter, genom myndighetens egen normgivning eller faktiskt handlande, lämnar generalklausulen normalt utfyllandet till domstolspraxis.⁷⁷

Generalklausulen visar bara tydligt fram både det generella problemet med att uttolka normer – vilka källor skall användas utöver den skrivna normen för att förstå vad normen skall innefatta? – och behovet av att ha normer som är vaga för att kunna täcka in många fall, även fall som vi inte kan förutse vid lagstiftningsögonblicket.

3.3 Faktiskt handlande

En viktig kategori av förvaltningshandlandet, som i relativt liten utsträckning har diskuterats i svensk rättsvetenskap är det faktiska handlandet.⁷⁸ Det enklaste sättet att avgränsa

⁷⁷ ”Generalklausuler kännetecknas av att rättsregeln genom en allmän formulering försöker täcka in ett så stort område av verkligheten som möjligt.” Hydén exemplifierar sedan med begreppet saklig grund. Hydén, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, 35 f

⁷⁸ Det är en anledning till att jag i det följande använder det norska standardverket Eckhoff och Smith, *Forvaltningsrett* som källa. Ett gammalt men talande exempel på hur pass ointresserad den svenska rättsvetenskapen varit av de faktiska handlingarna finner vi i Sundberg, *Grunddragen av allmän förvaltningsrätt*, 78: ”Förvaltningsorgan bygga vägar och gator, uppföra hus, driva jordbruk, avverka skog, gräva och fylla gravar, anlägga och sköta parker och planteringar, verkställa militärövningar,

det faktiska handlandet är att låta det utgöra den rest som återstår när myndighetsutövandet har definierats. Gränserna är inte knivskarpa, men det går utan problem att ge många exempel på verksamhet som tydligt rör sig om faktiskt handlande.⁷⁹ Departementschefen skrev 1971 följande i anslutning till att FL inte skulle anses gälla faktiskt handlande, utan endast myndighetsutövning:

Var gränsen går mellan handläggning av ärenden och faktiskt handlande får avgöras från område till område. Ofta används i specialförfattningarna uttryckligen begreppet »ärende». Även när detta begrepp inte begagnas i specialförfattningarna, framgår ofta av sammanhanget, t.ex. av regler om besluts överklagbarhet, vad som enligt viss författning är att räkna som ärende. Någon skarp skiljelinje mellan handläggning av ärenden och s.k. faktiska handlingar torde dock inte kunna dras upp. Skillnaden mellan de olika typerna av verksamhet belyses bäst genom några exempel. Hållandet av en lektion i en skola eller utförandet av en operation på ett sjukhus kan enligt normalt språkbruk inte betecknas som handläggning av ett ärende. Uppkommer däremot fråga om disciplinär bestraffning av en skolelev eller om en patients debitering för sjukhusvård föreligger ett ärende som skall behandlas av förvaltningsmyndigheten. Ytterligare exempel på faktiska handlingar som företas av företrädare för det allmänna utgör polismans trafikdirigering på en gata och konduktörs kontroll av en resenärs färdbiljett på ett tåg.⁸⁰

Jag instämmer med departementschefen om att en skarp gräns inte går att dra upp, och att det ligger något i att exempel bäst visar vad skillnaden ligger i. Distinktionen är dock inte obetydlig, vilket till exempel visar sig i att just den i citatet aktuella frågan (vad skall den centrala FL tillämpas på och inte?) är en viktig fråga. Det är också viktigt att påpeka att även myndighetsutövande i form av exempelvis ärendehandläggning eller dömmande i domstol innehåller element av faktiskt handlande. Även den handling som utgör själva

besörja postutdelning, uppsätta telefoner och telefonledning, anlägga järnvägslinjer, tillverka vapen och ammunition, o.s.v. Då åtgärderna icke är rättshandlingar, tarva de icke förvaltningsrättslig behandling." Inställningen skall det sägas ha i sanningens namn ändrats sedan dess.

⁷⁹ Ett gränsfall, obduktion, diskuteras av Bull i samband med det uppmärksammade Osmo Vallo-fallet: "JK fann att det arbete som en obduktion innebar visserligen innefattade ett faktiskt handlande, men att det fanns faktorer som ändå särskiljer obduktionen från sedvanligt faktiskt handlande såsom undervisning och trafikdirigering. Den främsta skillnaden anges vara att obduktionen resulterar i ett yttrande som avlämnas till den myndighet som begärt den." Bull, "Objektivitetsprincipen", 90, not 44 som hänvisar till JK beslut 2000-06-21 (dnr 2491-98-21).

⁸⁰ Kungl. Maj.-ts proposition nr 30 år 1971, 315.

de kritiska punkten i ett formellt beslut, i myndighetsutövning exempelvis underskriften på beslutet, kan i sig betraktas som ett faktiskt handlande.⁸¹

Det faktiska handlandet har ofta en mer indirekt, eller vag, relation till underliggande lagstiftning än myndighetsutövningen. Det vilar förvisso ofta på någon lag som säger att denna verksamhet skall utföras, men innehållet är inte direkt styrt av lagens bokstav.⁸²

En verksamhet som mest består av faktiskt handlande, exempelvis undervisning, kan också ha delar som är mer direkt reglerade och därmed utgör myndighetsutövning. I undervisningsfallet är rättning och betygssättning ett typiskt sådant exempel. Där tas beslut i ett ärende som har direkt betydelse för den enskilde i form av ett betyg. Det hänger också ihop med att betyget kan omprövas. Undervisningens innehåll i form av föreläsningar kan däremot inte varken omprövas eller överklagas och utgör därför faktiskt handlande.

Andra exempel på faktiskt handlande som inte innefattar myndighetsutövning kan vara exempelvis att lägga brev i kuvert, besvara allmänhetens frågor om myndighetens öppettider eller att statligt anställda asfalterar en väg.⁸³ De frågor som då aktualiseras är inte desamma som i fallet myndighetsutövning. Dessa handlingar kan behöva lagstöd, men skiljer sig från myndighetsutövning i det att de exempelvis inte kan överklagas eller förklaras ogiltiga. De rena faktiska handlingarna realiserar helt enkelt i och med att de utförs och det skydd som finns mot deras felaktighet består i ansvar för tjänstemannen (ex tjänstefel) och skadestånd från staten.⁸⁴

3.4 Förvaltningshandlingar som är direkt tillämpning

Som ett sista exempel i denna del av uppsatsen vill jag diskutera de typer av förvaltningshandlingar som är direkt tillämpning av normer. Dessa handlingar innefattar inte fritt skön, de utgör inte faktiskt handlande och frågan huruvida de innefattar tolkning har diskuterats. Dessa handlingar är de där en utomstående betraktare kan titta på fakta i fallet, läsa lagens bokstav och inte förväntas ifrågasätta tillämpningen av lagen. Andra

⁸¹ ”I en viss forstand kommer alle slags myndighetsvedtak til uttrykk gjennom faktiske handlinger (f.eks. muntlig pålegg fra politiet eller underskrift av det brev som avgjør en søknad, jfr. fvl. § 23 om at enkeltvedtak som regel skal være skriftlig).” Eckhoff och Smith, *Forvaltningsrett*, 322.

⁸² Bull nämner undervisning som ett exempel på tillämpning av lag i ”uttunnad” mening. ”Det är därför i någon mån en bedömningsfråga om en verksamhet skall uppfattas som faktisk verksamhet eller som tillämpning av lag. Utredningarna tycks ha antagit att det måste röra sig om en detaljerad bestämmelse som rör ett enskilt fall för att det skall kunna vara fråga om tillämpning av lag. Det kan ifrågasättas om det är en riktig utgångspunkt.” Bull, ”Självständighet och pluralism – om vertikal maktindelning i Sverige”, 119–120.

⁸³ ”Mange faktiske handlinger innebærer imidlertid ikke at forvaltningen treffer bindende bestemmelser over noen (brevet legges i konvolutt, en ansatt svarer på spørsmål om åpningstid, en offentlig vei blir asfaltert).” Eckhoff och Smith, *Forvaltningsrett*, 323.

⁸⁴ Se avsnitt 2.7 ovan.

sätt att beskriva den här typen av rättstillämpning är formalism, automatisk eller mekanisk rättstillämpning.

Robert Pålsson berättar i sin bok *Hunden klockan tre och fjorton* i tredje kapitlet ”Tolkning – av lag eller verklighet?” om en näsvis frågeställare som vill ha ett bestämt svar på en viss skattefråga. Pålsson säger sig inte ha ett svar och reflekterar sedan över den problematiska, men vanliga, föreställningen att rätten alltid kan ge ett svar och att detta svar finns att tillgå i den skrivna lagen, eller i varje fall att man ”med användning av särskilda juridiska argument och tankemodeller [kan] sluta sig till det enda riktiga svar som är varje juridisk frågas genes”⁸⁵. Pålsson kallar den här föreställningen, förväntan om säkra svar på juridiska frågor, rätt och slätt för ”strunt”. Men Pålsson ger därefter ett motexempel på att alla frågor skulle vara osäkra.

Visst finns det exempel på regler med en så absolut och objektivt formulerad innebörd, att de *aldrig eller nästan aldrig behöver tolkas*. Det står t.ex. i lagen, att den som har rätt till avdrag i deklarationen för sina utgifter för resor med egen bil till och från arbetet, får dra av 17 kronor för varje körd mil. OK, 17 är 17, det är inte 16 eller 18, och det går alltså att ge ett säkert svar på frågan.⁸⁶

Sedan fortsätter Pålsson att diskutera exempel på lagar som behöver tolkas, exempelvis används i samma paragraf ordet ”regelmässigt” som uppenbart behöver tolkas för att kunna tillämpas. Jag vill dock stanna vid den något motsägelsefulla argumentation han ger uttryck för. Han verkar sväva på målet när han använder just formuleringen ”aldrig eller nästan aldrig behöver tolkas”. Här ser vi hur den försiktige Pålsson med rätta inte vill säga att avdragsregeln *aldrig* behöver tolkas. Min tolkning är att det Pålsson vill gardera sig mot här är möjligheten för ett motexempel, ett exempel där även 17-kronorsregeln av någon anledning behöver tolkas. Den till synes uppenbara och absoluta karaktären hos den skrivna lagregeln gör att jag här inte kan producera ett sådant exempel, det är ju just därför Pålsson använder den. Lagen är dock inte till sin natur mer säker och otolkningsbar än någon annan lag, med den senare delen av regeln där det vaggare ordet ”regelmässigt” används som exempel. Det är alltså inte *a priori* så att lagen inte kan tolkas på något annat sätt, det är bara ett faktum som bestäms av omständigheterna som gäller just nu.

Vad denna potential att tolka pekar på är att det även i detta exempel finns en möjlig anomi. Det finns alltså en potentiell anomi i tolkningen av regeln. Men det finns också en ytterligare anomi som visar sig tydligt i just detta exempel. Låt oss acceptera att regeln om

⁸⁵ Pålsson, *Hunden klockan tre och fjorton*, 25

⁸⁶ Pålsson, *Hunden klockan tre och fjorton*, 25, min kursivering. Regeln är idag 18,50 kr / mil och återfinns i Inkomstskattelagen 12 kap 26 §. Denna förändring har givetvis ingen betydelse för exemplet.

17 kronors avdrag är absolut, orubblig och omöjlig att tolka på annat sätt. Alla beslut om avdrag enligt regeln måste alltså se exakt likadana ut i tillämpningen, inga undantag kan göras, bedömningen måste vara självklar i varje fall. Om man anlägger ett till synes naivt perspektiv på regeln och tittar på hur den faktiskt används kan man då fråga sig varför vi överhuvudtaget behöver några beslut på grundval av regeln. Om regeln är så uppenbar till sin karaktär att den inte kan tolkas på annat sätt – varför behövs då ens några beslut om dess tillämpning?

För så går det ändå både praktiskt och formellt till: deklARATION inkommer med begäran om avdrag, deklARATIONEN granskas, regeln kontrolleras och tillämpas och avdrag medges. Inga avvikelser är möjliga, men beslutet måste ändå fattas i varje enskilt fall. Från den stund då deklARATIONEN inkommer till dess att beslut är fattat ser regeln exakt likadan ut, förutsättningarna är exakt desamma, men något avdrag har inte getts förrän beslutet (som inte kan bli på annat sätt) har fattats.

Det vi här har att göra med är ett speciellt drag hos rättsliga regler – de tillämpar inte sig själva. De måste tillämpas av någon. Därmed vill jag hävda att det finns en anomi under i varje fall tiden mellan det begärda avdraget och beslutet om avdraget. Beslutet är det som visar fram denna annars osynliga anomi. Hade 17 kronors-regeln tillämpat sig själv hade inte något beslut behövts, och anomin hade inte heller behövt täckas.

Ett annat sätt att förstå poängen jag här försöker göra är att tänka på fallet då det går fel. En möjlighet, eller vi bör kanske kalla det risk, finns alltid att tillämpningen av regeln blir felaktig. Oavsett hur uppenbar regeln är så kan ett beslut bli felaktigt. Säg att jag begär avdrag enligt den uppenbara regeln och alla förutsättningar är på plats, men att jag får avslag på avdraget. Det omedelbara svaret är att jag kan överklaga och få ett rättat beslut hos myndigheten. Men, fram till det är gjort så finns fortfarande ett beslut, om än felaktigt. Hade regeln om avdrag av egen kraft kunnat styra så hade det felaktiga beslutet varit omöjligt. Det vill säga: hade regelns uppenbarhet omöjliggjort någon annan utgång så hade jag givetvis fått avdrag. Men det felaktiga beslutet visar här två saker. Det ena är givetvis den ofrånkomliga felbarheten hos människor; regeln kan alltid tillämpas felaktigt. Det andra är att beslutet inte bara är regelns innehåll i en annan form – beslutet är något skilt från regelns innehåll. Det råder inte identitet mellan beslutet och regeln. Även om beslutet formuleras som att det är grundat på en viss paragraf, så är det ju inte det.⁸⁷

Den skillnad som då finns mellan normen/regeln och beslutet är därmed en anomi. Beslutet, även i uppenbara fall, är det som fyller ut denna anomi. Tiden mellan begäran

⁸⁷ Här kan man påpeka att juridiken har begrepp som ”nullitet” för tillämpning av regler som är så felaktig att den skall bortses ifrån. Ett beslut att betrakta något som en nullitet är dock ett retroaktivt beslut och skall just inte få ha effekt förrän nulliteten konstaterats. Hade potentiella framtida nulliteter fått bortses från utan sanktion hade vårt system för exempelvis just skatteindrivning blivit kraftigt lidande.

och beslut, potentialen att även självklara regler kan behöva tolkas, risken att även en uppenbar regel kan feltolkas, och behovet från ett rättsligt perspektiv att överhuvudtaget kräva beslut, är alla saker som visar fram denna anomi.

I och med detta har vi fått ett antal exempel på anomier som finns inom det förvaltningshandlande som är reglerat. Nästa del kommer att visa på exempel som inte är nödvändigtvis *utomrättsliga*, de befinner sig i en rättslig kontext och är omgärdade av olika typer av normer. Det rör sig ändå om fenomen som på centrala punkter är oreglerade.

4 Exempel på *informell, icke erkänd anomi*

Denna del av uppsatsen kommer att beskriva olika typer av statligt handlande, det jag kommit att kalla förvaltningshandlingar, vilka är annorlunda strukturerade än de i föregående del. Skillnaden ligger i att jag tidigare diskuterat fall av handlingar som även om de skiljer sig åt i sin närhet eller hur de relaterar till underliggande lagstiftning, så är de alla reglerade på ett eller annat sätt.

De exempel jag nu kommer beskriva är handlingar som utförs av tjänstemän, som representanter och anställda av staten (det vill säga i deras officiella kapacitet), men där det inte finns underliggande skriven lagstiftning att luta sig på. Jag vill direkt säga att jag inte hävdar att dessa handlingar befinner sig i något rättsligt vakuum, eller att det inte finns någon lagstiftning som är relevant för att förstå och bedöma dessa handlingar. Alla handlingar relaterar som ett absolut minimum negativt till lagstiftning. I dessa fall finns också lagstiftning som på avstånd och ur vissa aspekter påverkar handlandet. Jag har tidigare nämnt exempelvis de normer som underliggjer alla myndigheters existens och därmed alla tjänstemäns anställningar. På så sätt liknar det exemplet på faktiskt handlande ovan. Skillnaden här är att vissa helt centrala aspekter i händelseförloppet, i förvaltningshandlandet, saknar en underliggande reglering som har direkt bäring på handlandet.

Man kan alltså säga att dessa exempel på centrala punkter är oreglerade, och jag hävdar att de är det på ett mer radikalt sätt än när det gäller gängse former av fritt skön i förvaltningstillämpningen.

Mitt första exempel är en verksamhet som har ett omfattande och stabilt stöd i internationell lagstiftning och som betraktas som legal av en absolut majoritet, även om själva insatserna är omtvistade i den politiska debatten. Det rör svenska internationella militära insatser, som exempelvis de i Adenviken utanför Somalia och Afghanistan.

Mitt andra exempel rör en verksamhet som tvärtom generellt betraktas som illegitim, präglad av oegentligheter och som redan lett till ett ministeravhopp, en i skrivande stund inledd KU-process, samt förundersökning om brott. Det handlar om den så kallade Saudiaffären, händelserna kring ett planerat bygge av en vapenfabrik i Saudiarabien. Vad som eventuellt är *illegalt* i detta *illegitima* handlande är dock, som vi skall se, inte helt klart.

4.1 Förvaltningshandlingar på oskriven ansvarsfrihetsgrund

Svenska internationella militära insatser har genomförts under FN-mandat sedan 1960-talet. Denna verksamhet utförs under det folkrättsliga paraply som finns i FN-stadgans sjunde kapitel. SOU 2011:76 var en utredning som hade i uppdrag att ”analysera regleringen kring användandet av våld och tvång av Försvarmaktens personal i internatio-

nella freds- och säkerhetsfrämjande insatser”. Uppdraget var att överväga huruvida det kunde finnas ”ett behov av en särskild reglering av Försvarmaktens vålds- respektive tvångsanvändning i freds- och säkerhetsfrämjande insatser”. Utredningens slutsats var kort sagt att sådant behov fanns.⁸⁸

Jag skall nu skissera översiktligt vilken juridisk situation de tjänstemän som arbetar för Försvarmakten idag befinner sig i när de arbetar inom ramen för dessa internationella insatser.⁸⁹

Den verksamhet som de internationella militära insatserna består i grundas ytterst på det mandat som Säkerhetsrådet enligt FN-stadgans kapitel VII har att besluta om militära insatser för att hantera situationer som är hot eller brott mot internationell fred och säkerhet.⁹⁰ Detta beslut på internationell folkrättslig nivå som kan kallas ett folkrättsligt mandat för insatsen kompletteras sedan i Sverige med ett beslut om ett nationellt mandat för insatsen.⁹¹ Detta beslut grundas i Sverige på lagstiftning stiftad av riksdagen som bemyndigar regeringen att skicka trupp för att fullgöra internationella förpliktelser.⁹² Sammantaget kan vi konstatera att det finns en rättsligt sett relativt oproblematiserande linje från den internationella sedvanerätten och staternas suveränitet som ligger till grund för FN-stadgans mandat och vidare ner genom normhierarkin. Detta ger en bild av att Sveriges deltagande som stat i dessa internationella militära insatser inte är särskilt rättsligt kontroversiell.⁹³

Man kan beskriva det som att det är *folkrättsligt* okontroversiellt att Sverige får delta i dessa internationella insatser. På den *nationella* nivån är bilden dock väsentligt grumligare. Som utgångspunkt i vårt rättssystem får man inte använda våld och tvång mot andra människor. Dessa handlingar har kriminaliserats som bland annat misshandel, mord och olaga frihetsberövande. Från dessa förbud finns dock undantag för vissa personer under vissa förutsättningar. För alla personer finns ansvarsfrihetsgrunder i BrB:s 24 kap där man återfinner bland annat bestämmelser om nödvärn. Jag har ovan diskuterat förutsättningarna för ansvarsfrihet under nödsituationer, vilka också gäller för personer som

⁸⁸ SOU 2011:76, 19 f. Utredningen fann att behov av en svensk reglering fanns och föreslog en fyra paragrafer lång författning vars centrala punkt är 2 §: ”Sådan personal som avses i 1 § får använda våld och tvång, eller ge order om detta, för att fullgöra insatsen, under förutsättning att det sker i enlighet med mandatet för insatsen, tillämplig folkrätt samt 3–4 §§ i denna lag.” SOU 2011:76, 41.

⁸⁹ Den följande beskrivningen grundar sig delvis på Johansson, ”En oreglerad kärna av statsfunktionen”.

⁹⁰ SOU 2011:76, 53–57. Förenta nationernas stadga, kap VII.

⁹¹ SOU 2011:76, 76

⁹² Lag (2003:169) om väpnad styrka för tjänstgöring utomlands, Lag (1994:588) om utbildning för fredsfrämjande verksamhet. Se SOU 2011:76, 78.

⁹³ Redogörelsen ovan är givetvis extremt komprimerad och det finns en mängd intressanta frågor kring det internationella mandatet, ledningen av verksamheten för trupperna och olika typer av insatser som jag dock inte kan gå in på här. Jag rekommenderar att läsa utredningen, som gör en vederhäftig och grundlig men tillgänglig genomgång av dessa frågor.

arbetar som tjänstemän.⁹⁴ En polis får i sitt tjänsteutövande använda våld och tvång för att exempelvis förhindra brott eller gripa en misstänkt.⁹⁵ De handlingar som uppfyller de objektiva rekvisiten för misshandel eller olaga frihetsberövande är i polisens fall, under förutsättning att handlingarna görs på rätt sätt, lagliga eftersom det finns undantag i lagstiftningen som uttryckligen tillåter dem. Våldet och tvånget är här med positiv reglering tillåtet så som undantag från det generella förbudet. Det finns många exempel på den här typen av ansvarsfrihetsgrunder.

När det gäller militär personal så får de givetvis lika lite som poliser eller andra statligt anställda använda våld och tvång hur de vill. Det finns också ett ganska omfattande regelkomplex som *begränsar* det våld som soldaterna får använda och som innehåller straff- och disciplinregler, tillämpliga eftersom Sverige har jurisdiktion över sina egna soldater även under de internationella insatserna.⁹⁶ Vad finns det då för ansvarsfrihetsgrunder på vilka de svenska soldaterna kan luta sig i sin användning våld och tvång under sitt arbete inom ramen för insatsen?

Utredningen tar upp ett par möjliga ansvarsfrihetsgrunder som är positivt reglerade⁹⁷ – förmans befallning och nödvärnsrätt – och kan konstatera att en del handlingar som en soldat måste göra under en insats kan vara ansvarsfria på dessa grunder. Samtidigt konstaterar utredningen att dessa regler inte uttömmande kan reglera den ansvarsfrihet som är nödvändig för att soldaterna enkelt uttryck skall kunna göra sitt jobb. Under avsnittet som diskuterar förmans befallning, en ansvarsfrihetsgrund som återfinns i BrB 24 kap 8 §, konstaterar utredningen helt enkelt följande:

Med hänsyn till att den verksamhet som internationella militära insatser genomför bl.a. kan innefatta avsiktligt dödande, vållande av kroppsskada och skadegörelse torde det vara uppenbart att ansvarsfrihet med stöd av 24 kap. 8 § brottsbalken inte kan komma i fråga för *alla* delar av den svenska personalens verksamhet.⁹⁸

Det finns alltså saker som tjänstemännen, soldaterna, måste göra i sitt arbete men där de inte kan vara fria från straffrättsligt ansvar på dessa grunder.

Det finns en särskild form av ansvarsfrihetsgrund för just soldater som gäller när Sverige är i krig, eller väpnad konflikt. Sverige har som alla andra stater en folkrättslig rätt att

⁹⁴ Utredningen diskuterar dessa aspekter men finner dessa ansvarsfrihetsgrunder otillfredställande för att grunda ansvarsfrihet för verksamheten under internationella insatser. Se SOU 2011:76, 56, 145-147, 182-184 samt särskilt 190.

⁹⁵ Polislag (1984:387) 10 §

⁹⁶ SOU 2011:76, 145ff diskuterar BrB och Lagen (1994:1811) och Förordningen (1995:241) om disciplinansvar inom totalförsvaret m.m.

⁹⁷ SOU 2011:76, 145ff

⁹⁸ SOU 2011:76, 147

försvara sig i fall av väpnad konflikt och denna rätt finns även bekräftad i RF 15 kap 13 § som ger regeringen rätt att uppdra åt Försvarmakten att använda våld för att skydda Sveriges territorium. När Sverige befinner sig i väpnad konflikt aktiveras den internationella humanitära rätten och soldaters våldsanvändning kan grunda sig på denna rätt. Man kan notera att Sverige som en *begränsning* har beslutat att svenskt deltagande i internationella militära insatser skall underkasta sig den internationella humanitära rätten, oavsett om den är formellt tillämplig eller ej.⁹⁹ Dessa ”policybeslut” handlar dock bara om att begränsa utrymmet för att använda medel som våld och tvång, inte om att grunda eller ge mandat till ett sådant användande. Eftersom Sverige under de internationella militära insatserna inte befinner sig i väpnad konflikt kan vi inte hänvisa till den internationella humanitära rätten som bas för vårt våldsanvändande.¹⁰⁰

Man kan då fråga sig vad det är som skyddar svenska soldater från att åtalas för de handlingar innefattande våld och tvång som de utför i sitt arbete i exempelvis Afghanistan? Ett svar kan givetvis vara att det vore absurt om personer anställda av staten som utför ett uppdrag de fått av riksdag och regering och som grundar sig på ett FN-mandat inte kunde få använda det våld och det tvång som de uppenbart behöver för att genomföra sitt arbete. På sätt och vis är detta svar från det sunda förnuftet riktigt. Men vi måste också konstatera att det inte är mycket mer än denna ”uppenbarhet” som står mellan soldaten som gör sitt jobb och åklagaren som är skyldig att åtala när tillräcklig misstanke om brott finns. Utredningen konstaterar att den grund som idag kan sägas finnas på vilken användandet av våld och tvång vilar är det som kallas för en *oskriven ansvarsfrihetsgrund*.¹⁰¹ Detta är också Försvarsmaktens egen position i frågan. Utredningen jämför med den oskrivna ansvarsfrihetsgrund som anses föreligga när Sverige befinner sig i väpnad konflikt, alltså när Sverige självt är part i ett krig. De övriga exempel på när oskrivna ansvarsfrihetsgrunder räknas upp framstår i sammanhanget som jämförelsevis mindre allvarliga: medicinska ingrepp, sport- och idrottsutövande samt våld- och tvång av lärare mot elev i skolsituation.¹⁰²

Sammantaget kan man alltså konstatera att en central del av de handlingar som soldaterna under de internationella militära insatserna förväntas utföra inte är positivt reglerade i svensk rätt.

⁹⁹ SOU 2011:76, 122 som hänvisar till ”Nationell strategi för svenskt deltagande i internationell freds- och säkerhetsfrämjande verksamhet” Skr. 2007/08:51, s. 8–10.

¹⁰⁰ Utredningen uttrycker sig något försiktigt, eftersom det kan finnas fall då svensk personal faktiskt är del i en väpnad konflikt på platsen för den internationella insatsen, men skriver samtidigt att det bör ”framhållas att personalen i internationella militära insatser, av den typ som Sverige traditionellt medverkar i, som regel inte deltar i den väpnade konflikten som pågår i insatsområdet” SOU 2011:76, 126.

¹⁰¹ SOU 2011:76, 147 ff

¹⁰² SOU 2011:76, 148-149

Baserat på ovanstående redogörelse vill jag hävda att den situation som de av Försvarmakten anställda tjänstemännen, soldaterna, finner sig i präglas av en tydlig anomi. Men detta betyder alltså inte – lika lite som i alla de fall jag diskuterat hittills – att de befinner sig i något rättsligt vakuum. Tvärtom finns en mängd normer av olika typer och på olika nivåer (folkrättsliga, internationell sedvana, internationella traktater, svenska propositioner, regeringsbeslut, interna styrdokument och policys, etcetera) som omgärdar och indirekt styr denna verksamhet. Men vid en jämförelse med en liknande verksamhet, polisens verksamhet i Sverige, så är den formella rättsliga situationen vitt skild. Polisens användning av våld och tvång grundar sig på uttrycklig lag, och det är osannolikt att någon skulle ha framgång med ett förslag om att stryka de bestämmelser i Polislagen och BrB som ger polismän rätt att använda våld i sin tjänsteutövning. Utredningen uttrycker i sin sammanfattning den otillfredställande situationen och vad som krävs på ett koncist sätt:

Som nämnts tidigare grundas vålds- och tvångsanvändningen i internationella militära insatser ytterst på det internationella mandatet för insatsen. Det är emellertid besvärande att det i svensk rätt inte finns något tydligt stöd för att under internationella militära insatser använda våld och tvång i fullgörandet av mandatet, utöver vad som ryms inom reglerna för nödvärn och nöd i 24 kap. brottsbalken. Det är därmed oklart var gränserna för straffansvaret går. Eftersom användning av våld och tvång alltid ska vila på laglig grund är detta givetvis inte tillfredsställande.

Det är i klarhetens intresse inte tillfyllest att behöva falla tillbaka på enbart mandatet från säkerhetsrådet, ett osäkert internationellt rättsläge och allmänna resonemang om vad som ter sig rimligt enligt någon oskriven ansvarsfrihetsgrund. Klarhet kan skapas genom att det *i svensk lag anges att våld och tvång får användas i fullgörandet av mandatet under vissa förutsättningar*.¹⁰³

4.2 Oreglerade handlingar som är att hänföra till staten

Under våren 2012 avslöjade Sveriges Radios Ekoredaktion att Försvarets forskningsinstitut (FOI) samarbetat med den saudiska regimen med mål att bygga en vapenfabrik i Saudarabien.¹⁰⁴

Av naturliga skäl är det svårt att i detalj redogöra för händelsförloppet i den så kallade Saudiaffären. Det rör känsliga saker, som till stor del hålls hemliga med hänvisning till rikets säkerhet. Brottsutredningen som jag skall redogöra för nedan genomfördes av

¹⁰³ SOU 2011:76, 21

¹⁰⁴ <http://sverigesradio.se/sida/gruppsida.aspx?programid=3437&grupp=17277>, besökt 16 jan 2013.

åklagare tillsammans med SÄPO. De källor om händelseförloppet som ändå finns att tillgå är förundersökningen och Ekots (samt övriga mediers) rapportering inklusive de hemliga dokument som Ekot publicerat. Vi kan av naturliga skäl inte veta om alla normer eller individuella beslut som styr händelseförloppet är offentliga. Det som vi dock närmare kan undersöka är de normer som skall styra verksamheten.

4.2.1 Händelseförloppet i Saudiaffären

I beslutet om att lägga ner förundersökningen (0105-K027-12) beskriver chefsåklagare Tomas Lindstrand det övergripande händelseförloppet schematiskt i ett antal punkter:

1. I november 2005 ingår den svenska regeringen och den saudiska regeringen ett samförståndsavtal (MoU=Memorandum of Understanding) om militärt samarbete. Avtalet ingår i Sveriges internationella överenskommelser, Sö 2005:59. [...]
2. I maj 2008 hålls ett möte med representanter för Saudiarabien. I den svenska delegationen ingår bland andra generaldirektören för FOI MS, statssekreteraren i Försvarsdepartementet HJ, SN, som var tjänsteman på Försvarsdepartementet och en anställd på Saab AB, MC. [...]
3. Meningarna går isär hos de hörda om vad som sas efter mötet om bildande av bolag. [...]
4. Finansiering för att köpa och igångsätta ett bolag ordnas sannolikt i januari 2009 genom ett lån från MUST på 250.000 för att köpa ett lagerbolag. [...]
5. Ett lagerbolag köps av Svenska Standardbolag. Genom anmälan 2009-01-12 ändras namnet på bolaget till Swedish Security Technology & Innovation AB (SSTI). Det nya namnet registreras 2009-03-25. DS anges som styrelse i bolaget och NO, numera avdelningschef på FOI, som styrelsesuppleant. Enligt Bolagsverkets register ska bolaget ”bedriva utbildning, konsultverksamhet, forskning, teknisk utveckling, produktion samt utvärdering av teknik/material med användningsområden inom militär säkerhet och försvar samt därmed förenlig verksamhet”.
6. MUST fakturerar FOI med sammanlagt 250.000 kr för ”säktjänster”. Beloppet är uppdelat på två fakturor, 4 februari och 11 mars 2009, om vardera 125.000. Fakturorna bokförs hos FOI. De betalas i mars månad samma år. Varken SSTI eller DS har fakturerats beloppet.

7. Inspektionen för strategiska produkter (ISP) ger genom beslut 2009-07-13 SSTI tillstånd att tillhandahålla krigsmateriel.

8. I februari eller mars 2010 avslutar NOL upplägget med SSTI.¹⁰⁵

Kortfattat kan man alltså säga att Sveriges regering hade ett avtal med den saudiska regeringen, för att svensk intern rätt skulle följas krävdes det att man hade ett svenskt bolag som motpart till Saudi, medan den saudiska regeringen ville ha en svensk myndighet som motpart. Därför konstrueras denna speciella lösning med ett företag som utåt mot saudierna framstår som myndighetens, medan inåt mot svensk rätt framstår som ett fristående bolag.

Förundersökningen rör eventuella enskilda personers straffansvar under den period som undersökts. Det åklagare Lindstrand konstaterar i sitt beslut är att saknas anledning att anta att brotten *trolöshet mot huvudman* eller *tjänstefel* har begåtts. Vidare skulle brottet *osant intygande* vara preskriberat. Inga brott kan enligt Lindstrand styrkas.

Däremot är det inte uppenbart att det som faktiskt förekommit varit *lagligt*. Jag citerar Lindstrands resonemang under avsnittet om trolöshet mot huvudman:

Enligt den kapitalförsörjningsförordning (SFS 1996:1188) som gällde vid tiden för bildandet av SSTI får inte en myndighet utan regeringens medgivande använda statens medel till att bilda bolag (10a §). Enligt den kapitalförsörjningsförordning som gäller sedan mars 2011 får en myndighet inte utan regeringens medgivande förvärva aktier eller andelar i ett företag eller göra kapitaltillskott i ett företag (2 kap 7 §). Några straffbestämmelser finns inte i förordningarna.

En av grundtankarna bakom kriminaliseringen i 10 kap 5 § brottsbalken är att förtroendemannens gärning ska ha karaktären av missbruk av hans maktposition. Det ska också finnas ett uppsåt att skada huvudmannen.¹⁰⁶

Sedan går Lindstrand vidare och diskuterar varför bolaget bildades och den oklarhet som råder i och med det skiftande uppgifterna om hur beslutet att bilda bolaget fattades. Skälen tolkar Lindstrand som att ”bulvankonstruktionen” möjliggjorde för FOI att fullfölja avtalet med Saudi. Som statligt myndighet kunde FOI enligt gällande regelverk inte vara motpart i avtalet och var därmed ”förhindrat att vidta vissa åtgärder som avtalet förutsatte”. Lösningen blev att skapa SSTI som ett slags front ”inåt” i relation till det svenska regelverket.

Genom att bilda ett ”FOI-company”, ett företag med en stark koppling till FOI, skulle man både kunna leva upp till avtalets krav och samtidigt skulle

¹⁰⁵ Beslut 0105-K027-12, dnr SäkDÅ 11-1-12 (hädanefter Förundersökning FOI), 1-4.

¹⁰⁶ Förundersökning FOI, 4-5.

det i *praktiken* fortfarande vara FOI som var Saudiarabiens motpart i avtalet.¹⁰⁷

Genom SSTI-lösningen kunde FOI från saudiskt perspektiv vara motpart, medan det från svenskt perspektiv såg ut som om SSTI var ett fristående bolag som exporterade krigsmateriel.

Från förundersökningens synvinkel, vars uppgift i det här fallet var att undersöka om någon enskild tjänsteman kunde lagföras, blir dock frågan huruvida det här förfarandet var *lagligt* eller inte ointressant. Det viktiga är om rekvisiten i de aktuella straffparagraferna är täckta, huruvida någon brottslig gärning har begåtts.

Oavsett vilket eller vilka skäl i förening som lett fram till bildandet av SSTI och avsett om någon missbrukat sin förtroendeställning eller inte kan jag inte finna att det funnits någon avsikt att *skada* svenska staten eller myndigheten FOI. Man har försökt att hantera en svår situation och trots att SSTI skulle kunna lösa problem för både Sverige och FOI.¹⁰⁸

Åklagarens svar här är enkelt och koncist. De tjänstemän som handlat genom att köpa in SSTI har inte velat skada staten eller myndigheten. Han påpekar att det fortfarande inte är klarlagt vem som tagit beslutet och att det är ”anmärkningsvärt att åtgärder vidtagits för att dölja finansieringen av bolaget”. Men ingen av de enskilda har agerat ”mot” statens intressen. Vi får tolka det som att man tvärtom har försökt göra det som staten, både regeringen och myndigheten, velat. Man har velat fullfölja avtalet med Saudiarabien, och det här var sättet man försökt lösa det på.

Gällande osant intygande konstaterar Lindstrand kort att även om faktureringen av FOI med specifikationen ”säktjänster” som MUST gjort inte verkar riktig, är brottet pre-skriberat.

Avslutningsvis är brottet *tjänstefel* inte aktuellt eftersom rekvisiten kräver att det är fråga om myndighetsutövning, vilket ”innebär meddelande av formella beslut som får rättsverkningar för enskilda eller juridiska personer”. Bildandet av bolaget, oavsett vem som fattade beslutet, var inte myndighetsutövning enligt denna definition.

De två normer utöver BrB som nämns i förundersökningen är Kapitalförsörjningsordningen och Förordning (2000:606) om myndigheters bokföring. Dessa förordningar säger i relevanta delar att myndigheter inte får bilda bolag samt att bokföring skall föras på särskilt sätt. Men, ingen av förordningarna innehåller några straffbestämmelser. Det är alltså fråga om att visst handlande är ”olagligt” i den meningen att det förbjuds eller påbjuds på särskilt sätt, men att ingen kan ställas till svars eller därmed straffas för att inte ha följt dessa regler.

¹⁰⁷ Förundersökning FOI, 5, min kursiv

¹⁰⁸ Förundersökning FOI, 6

Att myndigheten i det här fallet inte följt det regelverk som regeringen ställt upp, leder inte till några juridiska konsekvenser för någon enskild. Inte heller myndigheten kan "straffas" för detta felaktiga eller eventuellt olagliga handlande. Myndigheten har så att säga brutit mot lagen, men inte begått något brott.

4.2.2 Analys av anomin Saudiaffären

Här har tjänstemännen medvetet gjort något i ett tomrum. Det har inte funnits gängse laglig ordning för att starta det bolag som behövdes för att gå vidare med avtalets syfte och projektet. Då har man använt sig av en "dold operation" som Dick Sträng uttrycker det.¹⁰⁹ Det är alltså fråga om att medvetet ha placerat sig, ha handlat, i en gråzon eller ett tomrum – en plats utanför de lagar och regler som normalt skulle ha styrt verksamheten.

I Saudiaffären förekommer förvaltningshandlingar som har väckt stor uppståndelse när de avslöjats. De har kritiserats från allmänheten, FOI har polisanmält händelsen och ett KU-ärende har inletts. Det verkar som om många är eniga om att något inte gått rätt till i det här hanterandet. Regeringen var snabb med att gå ut och dementera och fördöma agerandena från myndigheten. Men vad är det egentligen som är problemet? Vad är fel i det hela?

En ståndpunkt kan vara att det rör sig om brottsliga handlingar och att det därför är fel. Den ståndpunkten är dock försvagad av att en förundersökning genomförts och enligt en vad vi vet omfattande och seriös (men dock hemlig) genomgång av händelsen har inga brott enligt åklagaren kunnat styrkas. Det faktum att vi inte finner några straffbestämmelser i de aktuella normerna är något som ytterligare försvagar denna position. Det är alltså inte bara fråga om eventuell preskription (som gällande det eventuellt osant intygande) eller bevissvårigheter. Även om alla fakta läggs på bordet är det inte säkert att någon enskild skulle kunna ställas till svars.

Ingen kan ställas till svars, men det faktiska handlandet verkar inte ha varit i överensstämmelse med innehållet i de normer som skall styra tjänstemännens handlande. Gällande just att starta bolag så finns det ju ett uttryckligt förbud mot att göra det utan regeringens medgivande. En intressant fråga blir varför detta förbud inte kombinerats med någon straffbestämmelse. Man får tolka det som att lagstiftaren inte velat hålla någon enskild ansvarig för avvikelser från denna norm.

Att handlandet och normens innehåll inte överensstämmer verkar ändå ha som effekt att en legitimitetskonflikt uppstår. Situationen liknar den när någon lovar att bete sig på ett visst sätt och sedan inte håller sitt löfte. Det finns i varje fall på ett moraliskt plan skäl att klandra löftesgivaren. I analogi har staten här (i form av regeringen) utfärdat regler till sina underlydande förvaltningsmyndigheter om att inte bilda bolag utan att beslut tagits

¹⁰⁹ <https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=5281486>, kontrollerad 16 jan 2013

i särskild ordning. Sedan görs precis detta, men ingen ställs till svars, i varje fall inte i något juridiskt förfarande. Vad är då löftet/förordningen värd?

En typ av ansvar utkrävs på den nivå eller ur den aspekt som kallas ”politisk”. En ministers avgång kan krävas, en generaldirektör kan avsättas. Men någon grund för sanktioner mot något tjänstemän för agerandet med bolaget finns knappast.

Man kan förstå utvecklingen som en effekt av en bristande överensstämmelse mellan olika normer. Om man förstår beslutet att skriva under ett avtal med Saudiarabien som en norm på samma sätt som de förordningar som rör bolagsbildande hos myndigheter så kan vi se det som en ren normkonflikt. Den här vägen är dock knappast framgångsrik, eftersom de allmänna förordningarna rimligtvis gäller över de krav som ett enskilt avtal ställer på myndigheten.

Ett annat sätt att försöka förstå vad som då hänt är med hjälp av begreppet anomi. Det finns i detta fall ett antal normer vars syfte är att styra tjänstemännens handlande. Men det saknas också en detaljreglering av hur detta handlande skall gå till. I detta fall verkar det till och med finnas en stor brist i detaljregleringen på så sätt att tjänstemännen kunnat agera i en viss riktning, som är emot lagens bokstav, men utan att detta agerande går att komma åt med hjälp av normerna. Det ligger då nära till hands att förstå det som att handlandet faktiskt förelegat i ett slags vakuum, i ett oreglerat område. De tjänstemän som handlat har otvetydigt gjort det så som just tjänstemän, de har haft staten som uppdragsgivare och de har agerat i kraft av sitt ämbete, i sin officiella funktion.

Samtidigt har de inte varit styrda av normer kring hur de skall göra det de skall göra. De har, enkelt uttryckt, kunnat göra (på det sätt) som de vill. Den *ontiska anomin* har här alltså varit mycket stor, det har inte funnits positiva normer som har styrt exakt hur tjänstemännen skall agera utan bara mer vaga och generella målsättningar: att genomföra och möjliggöra avtalet med Saudiarabien. Det har inte heller funnits normer som har förbjudit det handlande de faktiskt gjort. Eller snarare, vissa delar av handlandet har varit ”förbjudet”, ”olagligt”, men i frånvaro av straffbestämmelser har inte den retroaktiva kontroll som straffrätten utgör kunnat användas för att styra handlandet.

För att uttrycka det på ytterligare ett lite annat sätt, som kanske sticker i ögonen, har tjänstemännen varit ”fria” att agera som de funnit lämpligt.

5 Teoretisk utveckling av den ontologiska anomin

De exempel som jag lagt fram ovan och den teoretisering av dessa konkreta exempel som jag har genomfört har syftat till att belägga att det finns en anomi i kärnan av förvaltningshandlandet. Den typ av anomi som jag hittills har beskrivit är *ontiska* anomier. Min tes är att *under* dessa faktiska diskrepanser eller brister i relationen mellan normerna och förvaltningshandlandet så kan vi finna en ofrånkomlig, grundläggande anomi – den *ontologiska* anomin.

I denna del av uppsaten kommer jag presentera tre teoretiker som försökt förstå normernas relation till tjänstemäns handlande och den statliga suveräniteten. Syftet med att presentera dessa teorier är att utveckla en möjlig förståelse av vad den ontologiska anomin är. Jag hävdar att samtidigt som den ontologiska anomin är ofrånkomlig innebär denna brist inte att förvaltningshandlande är omöjligt: vi kan ju se att det faktiskt förekommer. Normerna verkar alltså ändå ha någon slags makt över tjänstemannens handlande, samtidigt som normen inte räcker till för att täcka, beskriva eller styra innehållet i handlandet. Anomin är ett slags brist, och hur skall vi förstå hur denna brist täcks upp?

Jag kommer nu först att ytterligare utveckla den ontologiska anomin som jag förstår den. Efter det kommer jag i tur och ordning presentera Hans Kelsen, Carl Schmitt och Giorgio Agambens teorier. De kommer att passa in i en rekonstruerad rörelse genom tre föreställningar av normernas relation till staten. Kelsen får representera en föreställning om att staten är identisk med normerna, med rätten. Schmitt får stå i motsats till denna föreställning då rättsordningen för honom är skild från staten och suveränen. Agamben vidareutvecklar Schmitts teori om undantaget som en grund för lagen och landar i en teori om lagen som ett anomiskt tillstånd, en biopolitisk makt som handlar om att styra makten över liv och död. Som påpekat redan i inledningen till denna uppsats kan detta framstå som något mystiskt, men jag tror att anomin som begrepp framstår som tydligare nu när läsaren kommit hit än vad det gjorde på de första sidorna. Nu går jag över till en mer teoretisk utläggning som därmed kommer vara möjlig att följa.

5.1 Vad är då den ontologiska anomin?

De olika exempel på ontisk anomi som jag presenterat kan placeras på en skala mellan de där det finns en stor anomi (Saudiexemplet) till motsatsen där anomin är minimal (avdragsexemplet). I vissa fall kan vi alltså se en nära relation, en god överensstämmelse, mellan normen och förvaltningshandlandet, i andra ser vi en mycket bristande överensstämmelse. Det jag vill hävda är att i alla dessa fall, oberoende grad av ontisk överensstämmelse, finns det en underliggande anomi. Den ontologiska anomin har i den här bemärkelsen inga grader – den är binär. Den ontiska eller empiriska anomin kan finnas i

olika grad. Antingen finns det en ontologisk anomi i bemärkelsen att det saknas identitet mellan normen och handlandet, eller så finns det ingen ontologisk anomi.

Den ontologiska anomien som jag hävdar finns i förvaltningshandlandet är inte unik för just tjänstemannen. Alla mänskliga handlingar utförs i en rättslig kontext och relaterar till både enskilda specifika normer och till hela rättsordningen. Rättsordningen finns så att säga alltid i bakgrunden när vi handlar. Ibland så mycket i bakgrunden att vi inte tänker på det alls. Ibland är den nära och mycket påtaglig, exempelvis när vi står inför rätta.

Detta innebär att alla mänskliga handlingar kan förstås som relaterade till rättsordningen som system. Mänskliga handlingar passar inte alltid in i det juridiska systemet.¹¹⁰ Skillnaden är att när det gäller handlingar som utförs av enskilda så tillhör dessa handlingar det negativt reglerade, det negativt tillåtna. Vi får göra vad vi vill, och detta *får* komma av att rättssystemet genom att inte förbjuda dessa handlingar "låter" oss göra dem.

Denna negativa struktur är väldigt annorlunda mot den grundläggande positiva juridiska struktur som antas styra statens och tjänstemännens handlingar. Tjänstemännens handlande vilar inte på deras egna subjektiva, godtyckliga vilja att göra det ena eller andra. Som vi har sett ovan kan de ha utrymme för ett visst godtycke, vilket vi då kallar för fritt skön. Detta fria skön behöver då också vara grundat i en norm. För att de skall få frihet att göra som de finner lämpligast krävs 1) en underliggande norm som ger tjänstemannen ett mandat att handla, 2) en uttrycklig regel som överlämnar denna skönsbedömning till tjänstemannen och 3) en omgivande reglering som avgränsar det rum inom vilken denna skönsbedömning skall göras (vilken innefattar allt från detaljregler till ramlagar och allmänna rättsprinciper). Det fria skönet är alltså radikalt annorlunda strukturerat än det fria handlande som privatpersoner utövar i den negativt reglerade sfären. Privatpersoners fria handlande delar bara krav 3, medan de två första saknas helt.

Denna skillnad blir tydlig om vi föreställer oss att vi frågar ut en tjänsteman om ett handlande som innefattar fritt skön och en enskild privatperson om ett handlande som är fritt, om vilka grunderna för deras handlande är. För det första låter det märkligt att tala om att jag som privatperson nyttjar mitt "fria skön" när jag gör en vanlig handling vilken som helst ("Jag nyttjar mitt fria skön när jag väljer att handdiska istället för att

¹¹⁰ Jag tänker här inte på den ontiska anomien, att exempelvis en handling som vi vill skall vara kriminaliserad av en lagteknisk orsak inte är kriminaliserad. Jag menar inte heller det faktum att olagliga handlingar utförs även om vårt rättssystem ser ut som om det syftar till att hindra olagliga handlingar. Snarare är ju vårt rättssystem beroende av olagliga och brottsliga handlingar, det hade ju inte haft något syfte annars. Skulle man avkriminalisera alla handlingar som idag är brottsliga skulle inga brottslingar längre finnas, inga brott skulle finnas. Men det här är en mycket större diskussion som jag inte kan gå in på nu.

använda diskmaskinen”). Denna skillnad skulle kunna vara en rent språklig ovana. Jag vill istället hävda att det rör sig om en mer djupgående skillnad.

Låt oss fråga ut våra två handlande personer om grunden för deras handlingar. Om vi frågar tjänstemannen om varför den gör som den gör så kommer tjänstemannen kanske först att hänvisa till att denna bedömning och det handlande den utför på grundval av denna bedömning är helt dennes fria möjlighet att bestämma. Om vi pressar henne genom att fråga om hon väljer och handlar i egenskap av privatperson måste hon rimligtvis neka, hon agerar ju i tjänsten. Om vi fortsätter att begära grunden för hennes handlande kommer vi till slut att få tag i någon typ av positivt normstöd för handlandet. Alternativet skulle vara att tjänstemannen menar att den själv är identisk med staten och får göra vad som faller den in.¹¹¹ Det kan vara en konkret lag eller förordning som säger att tjänstemannen är den som skall göra denna bedömning. Det kan grunda sig på befattning, det vill säga att tjänstemannen har ett visst arbete på den myndighet som ansvarar för de här frågorna enligt regeringens instruktion. Som regel är det troligen en kombination av dessa olika normativa grunder som gör att tjänstemannen kan och skall utöva det fria skönet.

Om vi vänder oss till vår privatperson kommer frågan om vad grunden för hennes handlande är kanske att vara något i stil med att hon gör det för att hon har lust, ”ingen orsak alls” eller att för att det verkade bäst. Om vi frågar om det finns någon mer underliggande orsak till handlandet kan vi säkert i många fall avtäckta en komplex härva av olika motiv, praktiska aspekter och rena vanor. Vi kan komma fram till ett motiv som finns i en norm, exempelvis kan orsaken till ett handlande vara någon plikt som rättsordningen innehåller. Gör personen ett inköp kanske orsaken är att köpa en ny lampa till bilen för att den skall kunna framföra enligt gällande trafikregler. Det finns dock ingen garanti att handlingen har någon ultimat grund i en norm. Det finns massvis med vanliga handlingar som privatpersoner gör som grundar sig på olika lagar. Skillnaden mot tjänstemannen i vårt exempel är att vi hos privatpersonen också kan finna ett stort antal handlingar som inte på något meningsfullt sätt kan sägas grunda sig på lag. Jag vågar hävda att vi oftast inte kan finna några normer som grund för privatpersonens handlande. Dessa handlingar, precis som alla handlingar, *avgränsas* av olika normer men har inte sin *grund* i någon norm.

Om vi jämför med vår tjänsteman kommer alla de handlingar som den utför *som tjänsteman* att vara handlingar som har en grund i någon norm. Det sätt på vilket tjänstemannen utför dessa handlingar kommer också nödvändigtvis att vara avgränsade både positivt och negativt, det vill säga genom både påbud och förbud om hur handlingen skall göras. Ett annat sätt att uttrycka det är därför att tjänstemannens handling alltid är både

¹¹¹ ”Staten, det är jag” som Ludvig XIV kanske sa.

positivt och negativt reglerad, medan privatpersonens handlande endast behöver vara negativt reglerat, och kan vara positivt reglerat.



Vad är det då som talar för att det finns en ofrånkomlig anomi i förvaltningshandlandet? Det enklaste svaret är det som jag redogjort för ovan i samband med avdragsexemplet: även i detta fall där identiteten till synes är fullständig återstår en brist, en skillnad mellan normens innehåll och själva handlingen. Behovet av ett beslut, det faktum att normen inte är tillräcklig för att realisera normens syfte visar hur något måste fylla ut den anomi som återstår.

Det är viktigt att vi accepterar att vi inte kan observera den ontologiska anomien direkt. Så är det förvisso med alla juridiska företeelser, och alla företeelser som har existens i vårt tänkande. Anomin är dock omöjlig att observera just eftersom den är en frånvaro, en brist, det som saknas. Vi kan bara observera dess effekter som återspeglas sekundärt. Det nödvändiga beslutet i den mekaniska tillämpningen av lagen är ett sätt att fylla ut bristen. Vi ser inte bristen, men vi ser något som fyller en brist och därmed påvisar bristen.

Vi kan också rationellt och spekulativt argumentera oss fram till nödvändigheten i bristens vara. Eftersom vi inte kan få rätten att hänga samman som en slät och oemot-säglich struktur och praktik måste det finnas sprickor någonstans. Sådana sprickor finner vi i förvaltningshandlandet.

5.2 Lagarna som statens kropp

Hans Kelsen (1881-1973) är en av 1900-talets viktigaste rättsteoretiker och hans mest kända verk *Den rena rättsläran* är ett försök att skapa en rättsteori helt fri från utomrättsliga, politiska och moraliska, inslag. I *Den rena rättsläran* presenterar Kelsen sin mest kända idé: rättsnormernas hierarki som ytterst vilar på ett antagande om en grundnorm. Denna grundnorm är förutsatt och har ingen positiv existens, den är dock nödvändig att anta för att resten av normsystemet skall hänga samman som en ordning. Hans Kelsen får representera föreställningen att normerna är ett sammanhängande system som inte medger någon brist.

Jag kommer i det följande koncentrera mig på några passager i *Den rena rättsläran*¹¹² där Kelsen diskuterar sin syn på statens natur, dess relation till rättsordningen och vad det jag hittills kallat förvaltningshandlande är för något. För det jag kallar förvaltningshandlande använder Kelsen termen statsförvaltning, uppdelat i medelbar och omedelbar statsförvaltning.

De nödvändiga och särskiljande delarna av Kelsens teori kommer framträda i denna framställning. De särdrag jag vill framhäva är hans syn på rätten som en enhet, staten som en rättslig konstruktion och tjänstemannen som ett statsorgan helt definierat av sin rättsliga ”kvalificering” som Kelsen uttrycker det. Normer definierar vad staten är, vad tjänstemannen är och får göra och hela Kelsens teori blir därför en förståelse av förvaltningshandlandet som något helt immanent och motsägelsefritt. Tjänstemannens handlande är en helt integrerad del av staten som rättsordning.

Den första aspekten av Kelsens teori vi behöver få grepp om är hans distinktion mellan generella och individuella rättsnormer. En generell rättsnorm är i vanliga fall en lag, men kan också vara en sedvanerättslig regel eller någon annan rättslig norm som omfattar många fall. Den individuella rättsnormen är tvärtom den regel som gäller i ett specifikt fall. För Kelsen är alla rättsnormer imperativ, det vill säga befallningar. ”Rätten föreskriver, tillåter, bemyndigar” och den gör det genom rättsnormerna.¹¹³ En generell norm gäller många fall, medan en individuell norm ”inskränker sig till ett konkret fall”.¹¹⁴ Kelsen gör en analogi med naturvetenskapen där ett specifikt experiment är en individuell ”tillämpning” av en generell naturlag. Naturlagen motsvarar den generella normen medan det specifika experimentet beskriver den individuella normen.¹¹⁵

¹¹² Jag använder mig av den svenska översättningen från 2008 av den andra, kraftigt omarbetade upplagan från 1960.

¹¹³ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 94

¹¹⁴ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 36

¹¹⁵ Kelsen återger följande exempel från en tysk lärobok: ”Då enligt en viss lag i juridisk mening (att formuleras med hänsyn till tysk lag) en individ som har begått stöld skall bestraffas med fängelse av en domstol, har domstolen X i Y, efter att ha fastställt att A har begått stöld, bestämt att A skall

Rättsordningen är för Kelsen ett exempel på en social ordning och den fungerar på så sätt att vissa beteenden knyts till vissa sanktioner. Olika samhällsordningar har olika typer av sanktioner, men specifikt för den typ av samhällsordning som rättsordningen utgör är att den förskriver vissa beteenden ”genom att knyta en nackdel till det motsatta beteendet”.¹¹⁶ Enligt Kelsen är det ett slags fiktion att rättsordningen skulle *påbjuda* vissa beteenden. Syftet med lagstiftningen är utan tvekan att styra beteendet hos medborgarna i vissa riktningar. Strikt sett görs dock detta genom att oönskade beteenden förbjuds och motsatsen till önskade beteenden förbjuds, vilket ju är samma sak. Rättsordningen föreskriver därmed en sanktion knutet till ett önskat beteende, inte det önskade beteendet.

Härvid bör noteras att när ett visst beteende betecknas som ”påbjudet” eller ”förbjudet”, så menas därmed inte att det är detta beteende eller dess motsats som är föreskrivet, utan vad som är föreskrivet är följderna av detta beteende, dvs. sanktionen. Det är inte det påbjudna beteendet som är föreskrivet; föreskriven är sanktionen. Att ett beteende är påbjudet betyder att dess motsats är en betingelse för att sanktionen är föreskriven.¹¹⁷

Effekten av sanktionen är i vissa fall en belöning. Oftare och mer avgörande är att sanktionen oftast är ett straff. Kelsen skriver:

Om det onda som utgör sanktionen – straffet i ordets vidaste mening – skall ådömas någon mot hans vilja och, om han gör motstånd, med användande av fysiskt våld, så har sanktionen karaktären av en tvångsakt. En normativ ordning som stadgar tvångsakter såsom sanktion, dvs. som reaktion på ett bestämt mänskligt beteende, utgör en tvångsordning.¹¹⁸

Den rättsliga ordningen är en tvångsordning vilket innebär att den i slutändan vilar på hotet om ett genomdrivande med fysiskt våld. Detta är ingen överraskning, men värt att betonas. Den grundläggande basen för rättsordningen är enligt Kelsen ett genomdrivande med våld och inte exempelvis en etisk eller rent ickevåldslig social praktik.

Det andra vi behöver få grepp om är Kelsens statsbegrepp, hur han förstår staten. Staten har ingen egen existens utanför rättsordningen, utan utgör på samma gång hela rättsordningen och en avgränsad del av denna ordning, en delrättsordning. Delrättsordningar finns det många exempel på; stadgarna i en förening, idrottsregler eller bolagsordningar är alla exempel på ordningar som utgör delar av den totala rättsordningen.

tvångsinterneras i ett år i fängelse Z, beskrivs den individuella norm som domstolen X i Y har skapat.”

Kelsen, *Den rena rättsläran*, 105

¹¹⁶ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 43

¹¹⁷ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 43

¹¹⁸ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 44

Det speciella med staten som delrättsordning är att den har en särskild relation till staten som total rättsordning – det är staten som delrättsordning som garanterar hela rättsordningens faktiska effektivitet, det vill säga att de plikter, sanktioner och så vidare som rättsordningen innehåller upprätthålls. Det gäller alltså även delrättsordningarna – de vilar på den statliga rättsordningen. Om inte rättssystemet finns i bakgrunden kan inte effektiviteten hos en delrättsordning som en föreningsstadga garanteras.

För Kelsen blir därmed staten något helt avmystifierat. Statens makt består helt enkelt i att detta sammanhängande system fungerar.

Statens makt är ingen mystisk kraft eller instans som döljer sig bakom statens eller statens rätt; den är ingenting annat än den statliga rättsordningens effektivitet.¹¹⁹

Rättsordningen, som är summan av alla gällande normer, är det som utgör staten, samtidigt som staten finns i en snävare betydelse, som en specifik del av denna totala rättsordning. Kelsen bemöter den vanliga föreställningen om staten som ett slags person, en personifiering av alla de olika aspekter och funktioner som vi identifierar med staten. I följande citat ser vi den tydliga skillnaden mellan staten som den hela sociala ordningen avgränsad territoriellt – det vill säga den nationella rättsordningen¹²⁰ – och den mer begränsade delen av denna rättsordning som vi identifierar som staten.

När statspersonen tillskrivs en i rättsordningen bestämd och av en viss människa fylld funktion, så uttrycker detta blott ett hänförande till rättsordningens enhet, som bestämmer denna funktion; därför kan varje i rättsordningen bestämd funktion tillskrivas staten såsom denna rättsordnings personifiering. Det betyder: Om varje funktion som är bestämd i rättsordningen, kan man säga (om man nu vill använda sig av en metafor) att den utövas av staten som person. Ty därmed sägs ingenting annat än att denna funktion är bestämd i rättsordningen.¹²¹

Kelsen tycker inte om metaforer, men är förtjust i att påpeka hur en mängd olika föreställningar vi har om rätten egentligen är just metaforer eller fiktioner. Staten som person är en sådan. Idén att staten kan handla är bara ett komprimerat sätt att säga att vissa personer är tjänstemän och att det betyder att de är kvalificerade att handla enligt vissa regler som finns i rättsordningen.

¹¹⁹ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 324

¹²⁰ Jag bortser här från Kelsens intressanta diskussion om relationen mellan nationella rättsordningar och folkrätten/den internationella rätten.

¹²¹ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 325-326

När staten framställs som en handlande person är den likväl blott en personifiering av rättsordningen; inte av den totala rättsordning som reglerar beteendet hos samtliga individer som bor inom dess territoriella giltighetsområde och sålunda konstituerar staten som rättsgemenskap (vilken alla människor tillhör som bor inom ett visst territorium) utan av en partiell rättsordning, en delrättsordning. Denna utgörs av normerna i den nationella (statliga) rättsordningen, vilken reglerar beteendet hos de individer som har karaktären av organ, fungerar enligt principen om arbetsfördelning och är kvalificerade som ”tjänstemän”. Denna delrättsordning konstituerar en delgemenskap som enbart dessa individer tillhör. Denna delrättsordning konstituerar en delgemenskap som enbart dessa individer tillhör. Denna delgemenskap tillskrivs enbart dessa individers funktioner. Detta är staten som byråkratisk tjänstemannapparat med regeringen i spetsen.¹²²

Här kommer vi över till Kelsens föreställning om tjänstemannen. Staten som delrättsordning är alltså en ”byråkratisk tjänstemannapparat med regeringen i spetsen”. Tjänstemannen är för Kelsen en person som vid en viss tidpunkt fungerar som ett statsorgan och denna funktion grundar sig på ”principen om arbetsfördelning” och att denna person är ”kvalificerad” som tjänsteman. Tjänstemannen är alltså tjänsteman/statsorgan genom att rättsordningen pekar ut denna person som ett statsorgan.

Kelsen diskuterar tre typer av statsfunktioner: lagstiftningen, rättsskipningen och statsförvaltningen. Jag koncentrerar mig på den sista eftersom det är förvaltningshandlandet vi har i fokus här. Förövrigt är strukturen för de andra statsfunktionerna förutsägbart lika. I Kelsens teori är även regeringen betraktat som ett förvaltningsorgan, vilket kan framstå som något underligt från ett svenskt förvaltningsrättsligt perspektiv. Det är dock inte så svårt att förstå om man betraktar riksdagen som den lagstiftande församlingen att skilja från den exekutiva delen av staten, där regeringen står i spetsen av tjänstemannapparaten som Kelsen koncist beskriver det.

Den verksamhet som kallas ”statsförvaltning” är till stor del av samma slag som lagstiftningen och rättsskipningen, nämligen en funktion i den snävare bemärkelsen att skapa och tillämpa rättsnormer. Det högsta förvaltningsorganets – regeringens – funktion består i att delta i lagstiftning (med bemyndigande i författningen), att utöva sin kompetens (med bemyndigande i författningen), att ingå statsfördrag, att författningsenligt utfärda förordningar och förvaltningsbeslut, adresserade till de underlydande förvaltningsorganen och till rättssubjekten – och det betyder: att skapa och tillämpa generella och individuella normer. Mellan en förvaltningslag, som förpliktar

¹²² Kelsen, *Den rena rättsläran*, 328

medborgarna till ett visst beteende genom att stadga sanktioner inom hälsovårder, näringsväsendet eller trafikväsendet, och en strafflag eller civillag råder ingen skillnad från rättsteknisk synpunkt. De förvaltningsmyndigheter som lyder under regeringen skall, speciellt i egenskap av polisorgan, tillämpa rättsnormer som stadgar generella straffsanktioner, och den funktionen skiljer sig från domstolarnas rättskipning inte genom sitt innehåll utan enbart genom det utövande organets karaktär.¹²³

Här beskriver Kelsen det som han senare kallar för medelbar statsförvaltning.¹²⁴ Den medelbara statsförvaltningen är skapandet och tillämpandet av generella rättsnormer vilket ger upphov till olika individuella rättsnormer som sedan kan leda till tvångsåtgärder mot enskilda (eller för den delen belöningar). Om det rör sig om tvångsåtgärder så finns polisen som den del av tjänstemannaapparaten som genomför tvångsåtgärden; ett fängslande, utmätning eller vad det nu må vara för straff. Vi kan se att den medelbara statsförvaltningen inkluderar både en mer generell verksamhet som vi kallar lagstiftning i gängse juridiskt språkbruk, och det vi kallar för myndighetsutövning. De individuella normerna är de beslut som har rättsverkningar för enskild, och där inkluderas också icke betungande rättsverkningar.

Den andra formen för förvaltning är den Kelsen kallar för omedelbar statsförvaltning. Denna verksamhet består enligt honom i den typ av verksamhet som tjänstemän utför, men som också kunde utförts av privatpersoner.

... den typ som inte består i skapande eller tillämpning av rättsnormer utan i rättsnormernas åttlydnad genom särskilt kvalificerade, närmare bestämt som "statstjänstemäns" kvalificerade, individer. Denna som "statsförvaltning" betecknade verksamhet är av samma slag som privatpersoners ekonomiska eller kulturella verksamhet. På samma sätt som privatpersoner kan staten bygga och driva järnvägar, bygga skolor och sjukhus, meddela undervisning i skolor och behandla sjuka på sjukhus. Såsom statsförvaltning skiljer sig den här verksamheten från en liknande, av privatpersoner utövad verksamhet inte genom dess innehåll utan därigenom att de individer som utövar verksamheten är rättsligt kvalificerade som statstjänstemän. Det betyder: dessa funktioner tillskrivs under vissa betingelser – nämligen såvida de utövas av individer som kvalificerats på ett visst sätt – inte individerna som utövar dem, utan de tillskrivs staten.¹²⁵

¹²³ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 268

¹²⁴ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 330f

¹²⁵ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 299-300

Staten kan alltså göra saker som inte bara handlar om rättstillämpning innefattande sanktioner mot enskilda. Det vill säga att staten kan ägna sig åt mer än myndighetsutövning. Den omedelbara statsförvaltningen motsvarar det vi kallar faktiskt handlande. För Kelsen är det specifika som skiljer detta förvaltningshandlande (den omedelbara statsförvaltningen) att den utförs av tjänstemän och att dessa är kvalificerade¹²⁶ som tjänstemän. Men det innebär också att själva verksamheten är knuten till en tjänsteplikt. Tjänstemännen inte bara *kan* ägna sig åt dessa handlingar (så som privatpersoner handla) utan *skall* också göra det eftersom det är deras plikt. Denna plikt är strukturerad som andra rättsnormer som ger upphov till sanktioner, straff om de inte uppfylls.

Dessa tjänsteplikter konstitueras av rättsnormer som knyter särskilda straff, de s.k. disciplinstraffen, till utebliven uppfyllelse eller till otillbörlig uppfyllelse av ämbetsfunktionerna. I vanligt språkbruk tillskrivs staten endast den funktion som består i fullgörandet av en tjänsteplikt, inte själva tjänsteplikten; såsom ju också disciplinstraffet som skall ådömas på grund av uteblivet fullgörande av tjänsteplikt inte betraktas som riktat mot staten. Om det finns ett lagbeslut att staten skall bygga och driva en järnväg och denna bestämmelse tolkas som en ”plikt” för staten, så är det inte de ifrågavarande organens tjänsteplikter, som tillskrivs staten. Dessa tjänsteplikter består även om staten enligt lagens ordalydelse blott bemyndigas att bygga och driva järnvägen. [...] [D]et beteende som skall tillskrivas staten såsom en rättsgemenskap [måste] inte bara vara bestämt i rättsordningen som konstituerar gemenskapen, utan dessutom vara funktionen hos en individ som av rättsordningen har utsetts därtill, en individ som på ett särskilt sätt fungerar enligt principen om arbetsfördelning, som har utnämnts till denna funktion och som i sin personliga rättsställning har kvalificerats som tjänsteman.¹²⁷

Tjänsteplikten åligger alltså inte staten, staten är inte skyldig att göra någonting. Tjänsteplikten är riktad mot en individ som har både ansvar att göra det som bestämts och som gör det under ett disciplinansvar, det vill säga det finns en sanktion som kommer träda in om tjänstemannen inte gör vad tjänstemannen såsom statsorgan är ålagd att göra. Tjänstemannen är alltså kvalificerad som tjänsteman och detta är det som realiserar det handlande som rättsordningen bestämt. Vad utgör då denna kvalificering som tjänsteman som ligger till grund för denna statliga verksamhet? Ja, som kanske kan förvänta sig av Kelsen är det även här frågan om att grunden ligger i en rättslig norm med ett innehåll som säger just att någon är kvalificerad.¹²⁸

¹²⁶ Mer nedan om vad kvalifikation innebär för Kelsen.

¹²⁷ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 300

¹²⁸ ”Den består först och främst däri att dessa individer blir utnämnda till den funktion de anförtrots av regeringen eller en därtill bemyndigad förvaltningsmyndighet genom en förvaltningsakt och alltså

Denna kvalifikation och till tjänstemannens ansvar knutna sanktioner (disciplinstraffen) innebär dock inte att tjänstemannen är någon automat som bara mekaniskt utför normernas innehåll. Även Kelsen accepterar att det finns en viss frihet knuten till tjänstemannens tjänsteplikt. Kelsen accepterar dock inte att tjänstemannen skulle kunna vara helt fri att handla, det måste alltid finnas ett minimum av anknytning till den underliggande normen kvar.

Härvid bör noteras att den verksamhet som framställs som omedelbar statsförvaltning kan ha gjorts till ett organs tjänsteplikt på så sätt att organet lämnas ett mer eller mindre stort spelrum för sitt eget skön när det uppfyller denna plikt. Detta spelrum kan vara så vitt och organets skön så lite inskränkt att pliktelelementet tycks försvinna. Icke desto mindre måste det ändå antas existera, om än reducerat till ett minimum, såvida tjänsteplikten avses vara en väsentlig beståndsdel i begreppet ”tjänsteman” [*Beamtencharakter*].¹²⁹

5.2.1 Kelsen och anomin

Kelsen förstår alltså som vi kan se förvaltningshandlandet som en helt integrerad del av rättsordningen. Den skiljer sig inte på något väsentligt sätt från andra plikter och handlingar som är rättsligt reglerade. Staten är inte någon aktör i Kelsens system, utan endast summan av de rättsliga normerna samtidigt som staten är namnet på den delrättsordning som upprätthåller hela rättsordningen. Staten är en ordning där tjänstemän tillämpar normerna genom myndighetsutövning (medelbart handlande) och faktiskt handlande (omedelbart handlande). Kelsens teori medger ett fritt skön, ett skönsmässigt utrymme, för tjänstemannen i vissa fall – men han accepterar inte att något förvaltningshandlande skulle ha sin grund utanför rättsordningen.

Därmed representerar Kelsen en position som inte erkänner någon möjlighet till en ontologisk anomi i det rättsliga systemet. Två punkter måste dock relativisera denna bild. Den första är att vi i det av Kelsens teori jag ovan presenterat inte får någon kunskap om hur normen faktiskt har återverkan i verkligheten. Det verkar underförstått att detta beror på att tjänstemän och andra rättssubjekt gör saker, handlar. Men ”renheten” i Kelsens teori innebär att den endast ägnar sig åt den interna rättsliga strukturen och inte i någon större utsträckning med denna rättsordnings relation till de faktiska handlingarna. Handlingarna förstås juridiskt helt inifrån rättsordningen och dess system av regler och påföljande sanktioner.

blir rättsligt underställda regeringen; och den består i synnerhet däri att utövandet av funktionen görs till innehåll i en särskild plikt, den s.k. tjänsteplikten, vars uppfyllelse garanteras genom disciplinära föreskrifter.” Kelsen, *Den rena rättsläran*, 331

¹²⁹ Kelsen, *Den rena rättsläran*, 331

Den andra punkten är att Kelsens konstruktion med en antagen grundnorm framstår som något mystisk i sin karaktär. Kelsen erkänner villigt att denna grundnorm just bara *antas* grunda hela hierarkin som rättsordningen utgör. Denna grundnorm har ingen konkret eller historisk existens. Ser vi inte här då ett slags tomrum, en anomisk figur, visa sig i kärnan av rättsordningen? Grundnormen finns inte, men den måste finnas genom att antas, för att rättsordningen inte skall falla samman som ett korthus. Kelsen behöver alltså ”något som inte finns” för att det som finns skall kunna finnas.

Som vi kommer att se är Schmitts kritik av Kelsen att grundnormen är otillräcklig eller onödig för att grunda rättsordningen, och att ett beslut av en suverän instans måste till för att grunda ordningen. Oavsett finns här redan hos Kelsen en gränsfigur i form av den (icke)existerande grundnormen som visar en central anomisk karaktär hos rättsordningen.

5.3 Suveränen som lagens utomrättsliga grund

Den tyske juristen Carl Schmitt (1888-1985) är en omstridd figur som under hela sin livstid arbetade med filosofiska frågor som kretsade kring suveränitet och lag. Hans omstriddhet kommer främst av att han var medlem i nazistpartiet och med sitt filosofiska arbete legitimerade den nazistiska staten. Trots denna nedsmutsande historia har han blivit en viktig inspirationskälla för flera samtida teoretiker som försöker förstå frågor rörande politik, makt, rättsordning och suveränitet.¹³⁰ Jag vill här presentera Schmitt därför att hans rättsteori skiljer sig från Kelsens i den meningen att han ser staten som något som går utanför rättsordningen. Det kommer nedan att visa sig att han erkänner en särskild sorts anomi i relationen mellan det han förstår som suveränen/staten och den rättsordning som finns i normaltillståndet.

Schmitt har inte (vad jag har kunnat utröna) något specifikt teoretiserande av tjänstemannens roll och det jag valt att kalla förvaltningshandlandet. Hans teori är istället fokuserad på upprättandet av själva rättsordningen överhuvudtaget. Det värdefulla för denna uppsats är dock att han teoretiserar ett centralt inslag av anomi i kärnan av den rättsliga och statliga ordningen. Schmitt fokuserar på *beslutet* som centralt i rättsordningens enhet och funktion. Även om beslutet för honom är något som ligger hos en instans, suveränen, så är hans teoretisering av detta beslut värdefullt för att förstå hur förvaltningshandlandet också består av beslut och hur dessa aldrig helt kan vara bestämda genom rättsordningen, utan alltid i någon mening är utanför rätten, det vill säga bär ett inslag av anomi.

Jag kommer också presentera den polemik som Schmitt och Kelsen förde kring just dessa centrala frågor om relationen mellan staten och rättsordningen. Även om Schmitt inte kommer att vara tillräcklig för att förstå den ontologiska anomi som står i centrum för denna uppsats, så pekar hans arbete mot nästa teoretiker, Giorgio Agamben¹³¹, som teoretiskt vidareutvecklat Schmitts begrepp *undantagstillståndet* och den särskilda figur som är kopplad till undantagstillståndet – *homo sacer*. Vi kan därmed se en rörelse från en positivistisk föreställning om rätten som helt immanent hos Kelsen till en föreställning som erkänner en central anomi hos Schmitt över till en teori som än mer radikaliserar det gränsland mellan rätten (*nomos*) och det som är utanför rätten, *anomin*, hos Agamben.



Schmitts mest kända begrepp är distinktionen vän/fiende som ligger till grund för hans teori om politikens väsen. Efter denna teori kommer begreppsparet *suveränitet* och *undantagstillståndet* på en god andraplats.

¹³⁰ Filosofer som inspirerats av Schmitts arbete är, förutom Giorgio Agamben som presenteras nedan, exempelvis Hannah Arendt, Chantal Mouffe och Slavoj Žižek.

¹³¹ Se nedan, avsnitt 5.4

Vi måste börja med att försöka förstå Schmitts politiska begrepp, eftersom det är grundläggande även i hans teori om statens natur och suveräniteten, undantagstillståndet.¹³² I skriften *Det politiska som begrepp* från 1932 lägger Schmitt fram sin teori om det politiska, som något skilt från de disparata fenomen som går under namnet politik.¹³³ Schmitts hänför det politiska till skillnaden mellan vän och fiende: ”Den specifikt politiska distinktion som politiska handlingar och motiv kan hänföras till är den mellan vän och fiende.”¹³⁴ Det är här viktigt att förstå den specifika betydelse som Schmitt lägger i termerna ”vän” och ”fiende”. Schmitt är inte upptagen av det som vi i vardagstal kallar för vänner och fiender. Det är inte fråga om några privata vänskapsförhållanden eller personer som vi tycker illa om. Istället handlar det om ”*offentliga* vänner och fiender — statens, rikets, stammens, eller den politiska gemenskapens vänner och fiender”¹³⁵. Distinktionen mellan vän och fiende jämför Schmitt med andra grundläggande skillnader inom exempelvis moralen (ont/gott) eller estetiken (vackert/fult).

Konkurrenter eller motståndare i allmänhet är alltså inga fiender, inte heller den personliga antagonisten som man känner motvilja eller hat mot. En fiende existerar bara när det finns en reell möjlighet att en *kämpande* grupp av människor kommer att konfrontera en liknande grupp. Fienden är alltid en *offentlig* fiende, eftersom allt som har att göra med en sådan grupp människor, särskilt ett helt folk, blir *offentligt*.¹³⁶

Schmitt gör alltså tydlig skillnad på *politiska* fiender och på personer vi ogillar, som vi ser som brottslingar eller betraktar som onda. Fienden i rent politisk mening är Schmitts ideal, men det är inte självklart att denna distinktion kan upprätthållas.¹³⁷ Ofta betraktas fienden som en brottsling, en undermänniska eller ond.¹³⁸ Det avgörande för Schmitts förståelse av det politiska är dock att beslutet att betrakta någon som vän (det vill säga en av oss) i motsats till fiende (en av de andra) är det som ligger under den enhet som den politiska strukturen i form av staten utgör. Staten är en social ordning som struktureras kring denna grundläggande distinktion. Men även inom staten, i den politiska sfären

¹³² Denna framställning är förutom läsning av primärkällorna hos Schmitt baserad på Wittrock och Falk, ”Vän eller fiende? Carl Schmitt och det politiska”.

¹³³ Distinktionen här går att förstå som den jag använder mellan ontologisk och ontisk i denna uppsats, där det politiska är det ontologiska underliggande och det ontiska alla de olika fenomen som vi kallar politik.

¹³⁴ Schmitt, *Det politiska som begrepp*, 46

¹³⁵ Wittrock och Falk, ”Vän eller fiende? Carl Schmitt och det politiska”, 10

¹³⁶ Schmitt, *Det politiska som begrepp*, 48

¹³⁷ Wittrock och Falk, ”Vän eller fiende? Carl Schmitt och det politiska”, 11

¹³⁸ Det finns en viktig och större fråga kring Schmitts verk och hans olika begrepp om fiendskap, där föreställningar om *absoluta fiender* även kopplade till hans nazistiska inblandning måste väckas. Jag kan dock inte gå djupare in denna diskussion i den här uppsatsen, utan nöjer mig med att konstatera Schmitts grundläggande definition av det politiska.

i en stat, finns denna politiska antagonism. Medan andra sfärer i samhället (ekonomi, vetenskap) kan präglas av konkurrens eller diskussion är deras grundläggande motsättningar inte av den antagonistiska karaktär som politiken är. Det innebär förvisso inte att dessa delar av samhället skulle vara immuna mot det politiska – politiska konflikter bryter fram på olika ställen vid olika tillfällen. Även politiken kan präglas av andra sfärens logiker, men det grundläggande är ändå vän-/fiendskapen.

Kopplad till denna föreställning om en grundläggande distinktion mellan vänner och fiender ligger också Schmitts antipositivistiska hållning i relation till rätten. Rätten är inte som exempelvis Kelsen menar ett system som kan förstås positivistiskt, sammanhängande och utan inre konflikter. Även rätten vilar på en grundläggande antagonism.

Den som gör distinktionen mellan vän och fiende i staten som politisk enhet är suveränen. I verket *Politische Theologie* [Politisk teologi] från 1922 inleder Schmitt med den (ö)kända satsen att ”suverän är den som beslutar om undantagstillståndet”.¹³⁹ I denna korta sats komprimeras Schmitts syn på både vem/vad som är suveränen och vad som är denna suveräns specifika makt. För Schmitt är det viktigt att skilja det *normala tillståndet* eller ordningen från det *extraordinära undantagstillståndet*. I det normala tillståndet så styrs samhället av lagar och regler, på det sätt som vi normalt förstår det. Lagarna förbjuder vissa saker och påbjuder andra, och det går att få besked om hur man skall handla i enlighet med denna ordning. Denna normalitet grundar sig dock på dess raka motsats, ett tillstånd där inget svar finns – undantagstillståndet. Denna situation av kris och nöd är paradoxalt samtidigt något som inte naturligt uppkommer eller är givet på något objektivt sätt. Schmitt menar att undantagstillståndet, som är ett slags extremt rättsligt tillstånd utanför rätten, också beslutas av suveränen. Enklast uttryckt är det suveränen som bestämmer när vi befinner oss i ett undantagstillstånd. Samtidigt är det suveränen som kan rädda oss ur denna situation genom att med sin auktoritet återupprätta en rättslig ordning, en normalitet i vilken lagar och regler återigen kan fungera.¹⁴⁰

I undantagstillståndet är den gängse rättsordningen, den rättsstatliga ordningen, upphävd och suveränen äger absolut mandat att fatta beslut. Schmitt lägger samtidigt vikt vid att denna makt inte bara är frågan om en faktiskt kapacitet att få sin vilja igenom, utan att denna makt eller kompetens också har en juridisk grund. Det är dock inte fråga om

¹³⁹ I originalets tyska: ”Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.” I den engelska översättningen ”Sovereign is he who decides on the exception.” Schmitt, *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*, 5. Översättningen är inte helt okomplicerad, särskilt till engelskan – en viktig aspekt är som vi kommer att se att suveränen i Schmitts teori både beslutar om när det gäller ett undantagstillstånd och också vad som skall göras när ett undantagstillstånd gäller. För mer om översättningsproblemen av denna mening se Strong, ”Foreword”, xi-xiii.

¹⁴⁰ Brännström, ”Suveränitet och konkret ordningstänkande”, 100. I det följande baseras redogörelsen för Schmitts position på Brännströms text, som handlar om Schmitts verk *Politische Theologie* och som delvis skiljer sig från den teori han framlägger i andra verk som *Die Diktatur*, jämför Brännström, ”Suveränitet och konkret ordningstänkande”, 122.

en kompetens i den rättsstatliga meningen, det vill säga grundad i någon lagstiftning. Det är ju inte möjligt eftersom rättsordningen är upphävd genom beslutet om undantagstillståndet. Hur kan då suveränens makt vara juridisk när ingen rättsordning finns? Svaret är att även om rättsordningen är upphävd så finns staten kvar och personifieras i suveränen.¹⁴¹

Förklaringen till att en rättslig/juridisk grund för suveränens befogenhet finns är att ”rätt” enligt Schmitt skall förstås i två betydelser. Den ena är de normalt gällande nedskrivna lagarna och den rättsstatliga ordningen.¹⁴² Den andra formen av rätt är vad Schmitt kallade ”konkret ordningstänkande”¹⁴³ Detta konkreta ordningstänkande är inte ...

... en uppsättning rättsliga normer utan de i samhället faktiskt existerande institutionerna (som Schmitt kallar konkreta ordningar) och de däri sederterade sociala normerna och praktikerna. Suveränens rättsliga befogenhet att avgöra om ett extremt nödfall föreligger härstammar från den konkreta ordningen och denna (rätts)ordning fortsätter att vara gällande även om suveränen beslutar att suspendera alla rättsliga normer.¹⁴⁴

Det finns alltså en annan sorts rätt än de som går att hitta i de gängse rättskällorna. Varken de nedskrivna lagarna, förarbeten, praxis eller doktrin kan uttömmande ge besked om vad som utgör hela den rättsliga ordningen i den mening Schmitt kallar konkret ordningstänkande. Det vi ser här är en förståelse av rätten som något *mer*, något utöver det som är nedskrivet eller går att skriva ner i exempelvis en uppsats som den här.

Schmitt beskrivs ofta som och uttalar sig ofta som en *decisionist*, det vill säga någon som ser rätten som ett resultat av ”en suveräns mer eller mindre godtyckliga viljeakt” och där denna viljeakt inte har någon grund utanför själva viljeakten.¹⁴⁵ Snarare kan man enligt Brännström se denna viljeakt som grundad i det konkreta ordningstänkandet. Viljeakten och det suveräna beslutet är förvisso nödvändigt men är inget beslut som kommer ur intet, det grundar sig på den konkreta ordning som finns i samhället och som är statens grund.

Staten är för Schmitt en särställd institution i samhället. Den är ”institutionernas institution”, ”ordningarnas konkreta ordning” och griper över alla andra institutioner som

¹⁴¹ Samtidigt insisterar Schmitt på att de åtgärder som vidtas i statens namn i undantagstillståndet inte är utomrättsliga och att *en ordning i juridisk mening, om än inte en rättsordning*, kvarstår i detta tillstånd. Brännström, ”Suveränitet och konkret ordningstänkande”, 101

¹⁴² Det enklaste sättet att förstå dessa är kanske för en jurist att tänka på den materia man tillägnat sig under sina juridikstudier.

¹⁴³ Han använde också begreppet ”institutionstänkande” för samma fenomen, enligt Brännström, ”Suveränitet och konkret ordningstänkande”, 101.

¹⁴⁴ Brännström, ”Suveränitet och konkret ordningstänkande”, 101

¹⁴⁵ Brännström, ”Suveränitet och konkret ordningstänkande”, 101f

kan ha sina egna ordningar under statens beskydd. Den är ”de etablerade sociala formationernas väktare samtidigt som den koordinerar dem och löser uppkomna konflikter i, och mellan, dem”.¹⁴⁶ Den är också en auktoritetshierarki, vilket innebär att den är den slutgiltiga instans i vilken konflikter löses. Vi kan förstå det här mycket konkret om vi tänker på rättssystemet med HD i toppen som den instans som alla andra enskilda ordningar vilar på (föreningsstadgar, civilrättsliga avtal och vårdnadstvist). Brännström skriver:

Lagar och regler kan ju inte åberopa, tolka, tillämpa eller verkställa sig själva eller utse de konkreta människor som ska göra dessa saker. För att kunna fastslå vad en lag eller regel betyder i ett konkret fall måste det finnas en instans med auktoritet att slutgiltigt avgöra. De konkreta personer som fattar bindande beslut och fastslår normernas innebörd tillhör en konkret statlig myndighetsordning och har fått sin auktoritet att avgöra efter konkreta, personliga, utnämningar och förordnanden. Begrepp som härskare, kung, regent, domare och domstol hänger därför samman med den konkreta insitutionella statliga ordningen som inte kan reduceras till en uppsättning rättsregler.¹⁴⁷

För Schmitt är alltså grunden för det beslut som en statlig instans (myndighet, domstol, enskild tjänsteman) tar inte den rättsregel enligt vilken beslutet fattas, utan den auktoritet som den statliga instansen har i kraft av den konkreta ordningen. Vi kan ytterligare förstå detta när vi betänker ett eventuellt felaktigt eller tveksamt beslut. Låt oss för enkelhetens skull tänka oss ett ”felaktigt” beslut av HD, även om vi lika gärna kan tänka oss ett beslut på lägre nivå men som aldrig överklagas och får prövningstillstånd hos HD. Om HD fattar ett beslut som på ett tveksamt eller kanske till och med felaktigt sätt förhåller sig till lagen, så spelar det rent konkret ingen roll. Myndighetsbeslut vinner laga kraft helt oberoende av deras innehåll.¹⁴⁸

5.3.1 Schmitt och den ontologiska anomin

Hur kan då Schmitt hjälpa oss att förstå vad det är som fyller ut den ontologiska anomin utgör? Om vi läser med Schmitt så får vi förstå tjänstemannens handlande som grundat i något annat än den norm som vi hittills förstått det som. Ett beslut eller ett faktiskt handlande grundar sig inte i slutändan på den norm som säger vad myndigheten

¹⁴⁶ Brännström, ”Suveränitet och konkret ordningstänkande”, 111

¹⁴⁷ Brännström, ”Suveränitet och konkret ordningstänkande”, 112

¹⁴⁸ Brännström, ”Suveränitet och konkret ordningstänkande”, 112, not 54. Det faktum att beslut kan återvinnas, resningsinstitutet etcetera förändrar inte denna bild nämnvärt, även om de innebär ett slags implicit erkännande av att även ett lagakraftvunnet beslut kan vara ”fel”.

och tjänstemannen skall göra eller hur hon skall besluta. Det grundar sig istället på den konkreta ordningen, de sedimenterade former för samhälleligt liv som finns oberoende av vilka normer som är nedskrivna eller uttolkade ur de nedskrivna normerna och praxis.

Den positiva lagen blir här ett slags yta under vilket det gömmer sig en mer grundläggande ordning. Om de två fenomenen – den positiva lagen och förvaltningshandlandet – inte är eller kan vara identiska, så löser sig denna brist genom att ett annat fenomen, den konkreta ordningen, inte har denna inneboende brist.

Skall vi då förstå den konkreta ordningen som en ordning utan någon brist eller anomi? Det vill säga, finns det alltid en direkt korrelation och fullständig identitet mellan den konkreta ordningens auktoritetsstruktur och de handlingar som tjänstemän utför i sitt arbete. Nej, det är att tolka Schmitt alltför långt. Undantagstillståndet är den punkt vid vilken den konkreta ordningen inte längre visar sig kunna grunda den rättsliga ordningen. Suveränen måste stiga in för att överbrygga den klyfta som öppnar sig mellan den konkreta ordningen och rättsordningen. Då visar rättsordningen upp sin (fullständiga) brist i det att den inte kan grunda sig själv, utan behöver en annan instans som sätter den, som inrättar den. Men även den konkreta ordningen visar här sin impotens, då den inte ”själv” kan sätta eller skapa den rättsordning som i normaltillståndet styr statens verksamhet.

Den anomi som jag velat placera i varje enskild handling förskjuts här på två sätt. Det ena är att själva anomin inte endast finns i relationen mellan den rättsliga ordningen/de positiva lagarna och tjänstemannens handlande, utan också är en anomi mellan den rättsliga ordningen och den underliggande konkreta ordningen. Det andra är att denna anomi med vissa mellanrum ”fylls ut” med hjälp av suveränens inrättande av den rättsliga ordningen, grundat på suveränens mandat i den konkreta ordningen. Den brist som anomin utgör läks då och då av en suverän som levererar en rättsordning på vilken verksamheten i staten kan förtgå.

5.4 Lagens anomiska existens

Den italienske filosofen Giorgio Agamben (1942–) är en av de filosofer som vidareutvecklat Schmitts arbete kring undantagstillståndet. I särskilt de två viktiga böckerna *Homo sacer: den suveräna makten och det nakna livet*¹⁴⁹ och *Undantagstillståndet*¹⁵⁰ utvecklar Agamben en komplex kritik av vårt samtida samhälle, som samtidigt gör anspråk på att säga något grundläggande om relationen mellan verklighet och lag, stat och rätt och suveränitet.

Agamben, precis som hos Schmitt, diskuterar inte explicit förvaltningshandlandet. Han koncentrerar sig på de för honom centrala begreppen *homo sacer* eller det nakna livet; suveränitet, biopolitik och undantagstillståndet. I sin teoretisering av undantagstillståndet går han längre än Schmitt.¹⁵¹ Undantagstillståndet blir hos Agamben ännu mer centralt och representerar en mer omfattande och total funktion i rättsordningen. Undantagstillståndet för Schmitt var en underliggande aspekt av den rättsliga ordningen, som ibland visade sig i ett utlyst undantagstillstånd, ett moment i historien där en suverän upphävde och satte en rättsordning. Agamben pekar på att de tidigare tillfälliga undantagstillstånden under loppet av 1900-talet har utvecklat sig till mer eller mindre permanenta tillstånd där undantaget, lagen och politiken flyter samman. Han menar att denna förändring tar sin plats på det faktiska, historiska och empiriska planet – det vill säga, undantagstillstånd och liknande juridiska konstruktioner har blivit en allt vanligare rättslig struktur i moderna samhällen. Samtidigt vill Agamben peka på en ontologisk, en underliggande, struktur hos rättsliga ordningar överhuvudtaget. Det närvarande undantagstillståndet – undantaget som något ständigt närvarande och sammansmält med det normala – belägger han med exempel från antiken fram till idag. Han rör sig ledigt mellan empiriska och teoretiska resonemang, vilket gör hans verk stundvis svårgenomträngligt.¹⁵²

¹⁴⁹ På italienska *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita* 1995, engelska *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life* 1998, svensk översättning 2010 på Daidalos.

¹⁵⁰ Italienska *Stato di eccezione: Homo sacer, II, I* 2005, engelska *State of Exception* 2005, svensk översättning 2005 på Axl Books.

¹⁵¹ Agamben försöker förena Schmitts teori med den tyske filosofen Walter Benjamins teori om det messianska våldet. Jag kommer dock inte närmare gå in på denna ytterligare komplicerade filosofiska diskussion.

¹⁵² Agamben är ökänd för att vara svårläst och inte presentera någon sammanhängande teori. Sven-Olov Wallenstein skriver i sitt förord till *Homo sacer* apropå Agambens tidiga verk om det skrivsätt som kännetecknar honom. Ett snabbriktigt och kalejdoskopiskt skrivsätt där det ”mindre handlar om att utveckla ett tema eller argument på ett systematiskt sätt än om att ständigt återvända till ett problem från de mest olikartade teoretiska utgångspunkter och med stöd i material från vitt skilda historiska epoker, som om det gällde att skapa ett slags kumulativ text som till sist uppnår ett tillstånd av maximal syntetisk förtätning.” Wallenstein, ”Förord”, 8

Även om Agamben som sagt inte direkt diskuterar förvaltningshandlandet kan vi ändå se att hans teoretiserande av rättens funktion säger oss något om relationen mellan norm och verklighet. Verkligheten innehåller bland annat det konkreta handlandet av tjänstemännen. Staten är (också) fortfarande en rättslig struktur och inte något som har en existens helt utanför rätten, som hos Schmitt. Därmed blir tillämpandet av normerna på verkligheten en central fråga för Agamben. Undantagstillståndet är det främsta och paradigmatiske exemplet på en sådan obestämd situation där tillämpandet av normerna i form av handlande och handlandet som ett direkt normuttryck inte går att särskilja. Kelsen såg undantagstillståndet som en helt utomrättslig företeelse; Schmitt såg det som ett fenomen som från tid till annan grundade rättsordningen och därmed var centralt för rättsordningens existens. För Agamben blir undantagstillståndet inte något som inrättas av en utanför rätten existerande suverän utan en permanent struktur i hjärtat av rättsordningen. Det finns aldrig något normaltillstånd, eller snarare är normaltillståndet alltid också ett undantagstillstånd som upplöser distinktionen mellan rent direkt handlande och handlande som är underkastat rättsliga normer.

Som det kommer att framgå kan Agamben vara till hjälp i att försöka teoretisera den ofrånkomliga ontologiska anomi som jag hävdar finns i förvaltningshandlandet.

Som jag påpekat redan i inledningen kommer vi här oundvikligen att möta ”det politiska” som ett viktigt begrepp. Agambens arbeten kan lika mycket sägas vara filosofi om rätten som om det politiska. Detta bör dock inte förskräcka läsaren, utan man får lita till att det politiska här oundvikligen behövs för att förstå både Agambens teori och inte minst frågan om förvaltningshandlandets natur, även om det föreliggande arbetet inte kan hantera alla de viktiga och centrala aspekter som då uppkommer.

5.4.1 Undantagstillståndet, bannet och *homo sacer*

Agamben tar Schmitts suveränitetsdefinition som en av sina utgångspunkter, men han gör en unik läsning av suveränitetsbegreppet och undantagstillståndet genom historien, från den romerska rätten fram till idag. För Agamben är den ursprungliga politiska relationen, den relation på vilken suveräniteten och därmed staten och rätten vilar, *bannet*. Att bannlysa någon är att placera någon, inte utanför samhällsordningen, men på gränsen till samhället.¹⁵³ Det historiska straffet att göra en brottsling fredlös är just ett straff som inte kastar ut någon från samhället, men som inte heller behåller brottslingen i samhällets sköte och där straffar honom. Den fredlöse är genom rättsordningen utesluten från samhället och på samma gång (negativt) innesluten. Den fredlöse, den bannlyste befinner sig på gränsen till samhället och är på så sätt både innesluten och utesluten sam-

¹⁵³ Wallenstein, ”Efterskrift: Agambens tröskel”, 212

tidigt.¹⁵⁴ Agamben illustrerar denna gränsexistens med varulven: hälften varg och hälften människa som inte hör hemma varken hos människan eller djuren, samtidigt som den tillhör båda.¹⁵⁵ Vi kan redan här se att en typ av anomi är central i Agambens förståelse av rättens natur.

Den paria som den bannlyste utgör har för Agamben sin direkta motsvarighet i den suveräna figur som har makten över beslutet att bannlysa. Schmitt identifierar också suveränen som att den befinner sig på denna indistinkta plats och det är från Schmitt Agamben lyfter denna modell. I sitt beslut om undantagstillståndet, som Schmitt skriver ”över undantagstillståndet”, kan suveränen inte vara helt innanför rätten eftersom rätten i och med undantagstillståndet upphävs. Men suveränen kan inte heller vara helt utanför rätten, eftersom någon relation till rätten måste finnas och rättens grund vilar i beslutet över undantagstillståndet. Suveränen befinner sig alltså också i det gränsland som är både innanför och utanför rätten på samma gång.¹⁵⁶ Den bannlyste identifierar Agamben med den romerska rättens *homo sacer* – den heliga mannen, den som kan dödas utan att det är brottsligt, men vars liv inte kan offras till gudarna.

Med sin rekonstruktion av *homo sacer* som en figur som både är innanför och utanför lagen, som befinner sig i ett gränsland mellan de båda, kopplar Agamben samman denna gränsfigur med suveränen och suveräniteten. *Homo sacer* blir den figur som personifierar undantaget, det undantag som samtidigt är lagens grund.

Bannet är alltså den relation som undantaget har. Den som är bannad placeras utanför lagen och samhället, men är inte utan relation till lagen. *Homo sacer* befinner sig i ett bann. Agamben beskriver denna relation som att vara ”övergiven” av lagen.¹⁵⁷ Den handling som sätter lagen är en handling som etablerar denna gräns.¹⁵⁸

I undantagstillståndet är upplösningen mellan det konkreta handlandet och normtillämpningen så fullständig att det inte går att urskilja några överträdelser av lagen. Tillämpningen av lagen är samma sak som överträddandet av lagen.

En av undantagstillståndets paradoxer är att det gör det omöjligt att skilja mellan överträdelse av lagen och verkställande av den, på så sätt att det som stämmer överens med normen och det som bryter den restlöst sammanfaller

¹⁵⁴ ”Bannet upprättar på så sätt en obestämd zon mellan det samhälleliga rummets inre och yttre, mellan inneslutning och uteslutning, vilket kommer att utgöra grundstrukturen i det både tidliga och rumsliga gränsbegrepp Agamben senare skulle analysera i detalj i *Undantagstillståndet*.” Wallenstein, ”Efterskrift : Agambens tröskel”, 212

¹⁵⁵ Agamben, *Homo sacer*, 115

¹⁵⁶ Agamben, *Homo sacer*, 27

¹⁵⁷ Johansen, *Offentlig skrift om det hemliga*, 94

¹⁵⁸ ”Den första politiska handlingen är tvärtom akten att etablera en gräns, det vill säga en juridiskt sett obestämbar handling som skapar rummet för både legalitet och illegalitet, och placerar suveränen vid ordningens rand.” Wallenstein, ”Efterskrift : Agambens tröskel”, 212

(den som tar en promenad under utgångsförbudet bryter lika lite mot lagen som den soldat som eventuellt dödar honom verkställer den).¹⁵⁹

Agamben påpekar att 1900-talets historia har sett en utvidgning av undantagstillståndet som fenomen. De som tidigare varit ett fenomen präglad av just sin temporära karaktär, att undantagstillståndet funnits för en begränsad tid, har mer och mer förvandlats till permanenta strukturer i samhället. Denna förändring följer en utvecklingslinje som under 1900-talet går från historiska regler om undantagstillstånd via de permanenta undantagstillstånd som rådde i Nazityskland och Mussolinis Italien över till de vidsträckta lagar som idag stiftats i västvärldens demokratiska stater. Dessa lagar baseras på diffusa begrepp som "terrorism" och "säkerhet" som i praktiken blir generalklausuler som tillåter vidsträckta befogenheter åt myndigheterna.¹⁶⁰ Dessa uttryck för avgörande tillämpningar av undantagstillståndslagstiftning dröjer kvar; om det nazistiska paradexemplet var Hitlers tillämpning av Weimarförfattningens artikel 43 är 2000-talets främsta exempel den *carte blanche* George W Bush fick från kongressen i kriget mot terrorismen.¹⁶¹ Men det ger också en möjlighet att närmare förstå en mer grundläggande ontologisk aspekt av lagen och rätten. Relationen mellan norm och verklighet är i grunden strukturerad kring ett undantag, ett suveränt beslut och upplösningen mellan det som befinner sig innanför och utanför lagen.¹⁶²

Den suveräna maktens motpol är vad Agamben kallar *homo sacer* eller "naket liv". Den gräns som suveräniteten upprättar genom att säga vad som är en del av samhället/rätten och vad som inte är det är också den grund på vilken en människa blir en medborgare och inte bara ett rent biologiskt liv.¹⁶³

Men med stöd i den franske filosofen Michel Foucault (1926-1984) kopplar Agamben samman den makt över liv och död som alltid legat i händerna på suveränen med Foucaults analys av den moderna maktens framväxt och det Foucault kallar *biopolitik*. Makten är enligt Foucault idag en makt över människan inte som undersåte eller medborgare utan som rent liv. Makten kontrollerar befolkningen som består av de levande organismer som är människorna. Staten bekymrar sig över folkets fysiska och psykiska hälsa och använder makttekniker för att kontrollera befolkningen så som fängelset, psykvården och folkhälsan. Agamben ser en linje som löper från den antika familjefaderns

¹⁵⁹ Agamben, *Homo sacer*, 70

¹⁶⁰ Agamben påpekar också att Hitlers nyttjande av undantagstillståndet för att skapa sin dubbla stat var baserad på en praktik som tillämpats av de demokratiska regeringarna under lång tid innan.

Agamben, *Homo sacer*, 178-179

¹⁶¹ Agamben, *Undantagstillståndet*, 18

¹⁶² "Ty det som enligt Schmitt står på spel i det suveräna undantaget är själva möjlighetsbetingelsen för rättsnormens giltighet, och med den innebörden i statens auktoritet." Agamben, *Homo sacer*, 29

¹⁶³ Här kopplar Agamben denna diskussion till Hannah Arendts teori om mänskliga rättigheter som rätten att ha rättigheter, det vill säga att mänskliga rättigheter bara är det som återstår för de som inte längre har några medborgerliga rättigheter. Agamben, *Homo sacer*, 137 f

totalitära makt i familjen, makten över liv och död, ända fram till dagens makttekniker som inkluderar fingeravtryck, genetiska kontroller och bedömningar av mental hälsa.

Hos Agamben utmynnars dessa reflektioner över suveränitet, undantag och ”naket liv” i påståendet att det idag inte är ”*staden* (staten, *polis*) utan lägret som är västvärldens grundläggande biopolitiska paradig¹⁶⁴. Lägret är den biopolitiska maktutövningens höjdpunkt och det är inte bara närvarande i de konkreta läger som upprättats (brittiska kolonier, tredje riket, Jugoslavien och Guantanamo) utan också mer osynligt i hela samhället.

För Agamben är det emellertid här som den biopolitiska makten förverkligas i sin slutgiltiga form: undantaget finns inte längre någonstans i samhällets marginaler, utan i dess *mitt*, och i en serie skissartade analyser försöker Agamben visa att de moderna liberala staterna upprättar rumsliga åtskillnader och undantagszoner på ett sätt som tenderar att konvergera med de totalitära staterna, i den bemärkelsen att de skapar platser där det rena livet framträder som objekt för suveräniteten (flyktingförläggningen, olika typer av faciliteter för att kvarhålla papperslösa vid flygplatser, fångläger där misstänka terrorister blir *detainees* utan juridisk status etc.).¹⁶⁵

5.4.2 Lagtillämpningens anomiska karaktär

Låt oss nu vända oss mot några viktiga citat där Agambens ”rättsteori” framkommer tydligare. Förvaltningshandlandet är i detta arbete en fråga om relationen mellan normen (den rättsliga regel som antas styra tjänstemannens handlande) och verkligheten (själva förvaltningshandlandet). Agamben berör frågan vad en rättslig norm är och hur den kan tillämpas och vara giltig på ett enskilt fall. Normens giltighet vilar inte på dess individuella tillämpning utan på dess generella giltighet. I *Homo sacer* skriver Agamben:

Giltigheten hos en rättslig norm sammanfaller inte med dess användning på ett enskilt fall, till exempel i en rättegång eller en exekutiv akt; tvärtom måste normen, såtillvida den är allmän, gälla oberoende av det enskilda fallet.¹⁶⁶

Agamben hänvisar här till Schmitt som i *Political Theology* menar att man måste göra skillnad på två grundläggande element i rätten: normen och beslutet.¹⁶⁷ Här finns kopplingen till det suveräna undantaget, undantagstillståndet, där natur och rätt smälter samman. Undantaget förutsätter det rättsliga samtidigt som det upphäver det. Undantagstillståndet är ett upphävande av normen. Men beslutet som upphäver den normala normen

¹⁶⁴ Wallenstein, ”Efterskrift : Agambens tröskel”, 218, jämför Agamben, *Homo sacer*, 128 ff, 178, 191

¹⁶⁵ Wallenstein, ”Efterskrift : Agambens tröskel”, 219

¹⁶⁶ Agamben, *Homo sacer*, 32

¹⁶⁷ Agamben, *State of Exception*, 34

är fortfarande ett rättsligt/juridiskt beslut. Enligt Schmitt visar upphävandet av normen fram dess ”specifika juridiska formella element”, nämligen beslutet.¹⁶⁸ Det handlar alltså här om att beslutet aldrig är reducerbart till innehållet i en norm.¹⁶⁹ Det finns alltid en rest kvar.

Det suveräna undantaget (som zon av indifferens mellan naturen och rätten) är det som den rättsliga referensen förutsätter i form av sin egen suspension. I varje norm som styr eller förbjuder något (till exempel i normen som förbjuder mord) finns den rena och icke-sanktionerbara figuren hos det faktum som i normalfallet medför överträdelsen av normen inskriven som det förutsatta undantaget (till exempel att döda en människa, inte i termer av ett naturligt våld, utan av undantagstillståndets suveräna våld).¹⁷⁰

Beslutet, makten över undantagstillståndet, som suveränen besitter är just beslutet över relationen mellan norm och fakta. Suveränen bestämmer över vad som skall vara del av rättsordningen (lagens sfär) och vad som skall lämnas utanför. Undantagstillståndet är på så sätt både inneslutet och uteslutet ur rättsordningen. Agamben gör en jämförelse med hur ett exempel är en *uteslutande inneslutning* och undantaget är en *inneslutande uteslutning*.¹⁷¹

Agamben tar som exempel på hur *ett exempel* fungerar satsen ”jag älskar dig” som är ett performativ. Ett performativ är ett yttrande som också är en handling, eller en handling som fullbordas genom ett uttalande. Om ”jag älskar dig” skall vara ett exempel på ett performativ så måste det vara en performativ sats, men just *som exempel* kan vi inte förstå den som vanligt – det vill säga, vi kan inte när vi hör exemplet ”jag älskar dig” anta att den som säger satsen verkligen menar det den säger. Men vi kan inte heller förstå satsen som att den *inte* är performativ – då kan den ju inte fungera som exempel på en performativ sats(!). Som Agamben skriver är exemplet ”därigenom uteslutet från normalfallet, inte för att det inte är en del av det, utan tvärtom för att det uppvisar sin tillhörighet till det.”¹⁷²

¹⁶⁸ ”Unlike the normal situation, when the autonomous moment of the decision recedes to a minimum, the norm is destroyed in the exception. The exception remains, nevertheless, accessible to jurisprudence because both elements, the norm as well as the decision, remain within the framework of the juristic.” Schmitt, *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*, 12-13

¹⁶⁹ ”The decision on the exception is a decision in the true sense of the word. Because a general norm, as represented by an ordinary legal prescription, can never encompass a total exception, the decision that a real exception exists cannot therefore be entirely derived from this norm.” Schmitt, *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*, 6

¹⁷⁰ Agamben, *Homo sacer*, 32

¹⁷¹ Agamben, *Homo sacer*, 33

¹⁷² Agamben, *Homo sacer*, 34

När exemplet är uteslutet från den klass det exemplifierar är undantaget tvärtom inneslutet i normalfallet just genom att vara ett undantag. Undantaget kan inte vara en del av den klass som utgör normalfallen, men det kan inte heller vara oberoende av normalfallen. Eftersom ”tillhörighet till en klass bara kan visas genom ett exempel, det vill säga utanför klassen, kan icke-tillhörigheten på samma sätt bara visas i klassens inre, det vill säga genom ett undantag.”¹⁷³

Som ett ytterligare, och kanske tydligare, exempel kan vi ta brottslingen och den brottsliga handlingen. Som vi sett hos Kelsen har brottet en paradoxal relation till normen. Brottet avviker från rättsordningens syfte, men bekräftar samtidigt normerna. Utan brott ingen lag. Undantaget från normen är brottet, men detta undantag är samtidigt grunden för lagens funktion. På detta sätt kan brottet sägas vara det undantag som utgör en inneslutning i normen genom sin uteslutning. Själva avvikelserna från normen hamnar i kärnan av normen. Lagens funktion i världen är därmed inte en effekt av föreskrifter och order. Lagen fungerar först genom att skapa och avgränsa sin egen tillämpningssfär, genom att utpeka vad som är rätt men framförallt vad som är fel. Agamben refererar implicit till Kelsens negativa definition av de rättsliga normerna när han säger att överträdelsen föregår den lagliga handlingen.¹⁷⁴ Normen har alltid strukturen: om *denna händelse*, så *denna sanktion*. Överskridandet av normen föregår alltså själva normen och följandet av normen.

5.4.3 Laga kraft hos Agamben

Det rättsliga institutet laga kraft – att ett beslut eller en dom vinner laga kraft efter att en viss tid gått då beslutet inte rättats eller överklagats – teoretiseras av Agamben. Han påpekar begreppets långa historia och hur det ”i teknisk mening inte refererar till lagen” utan till det beslut som inte är lag – dekret, förordningar och åtgärder. Ett beslut av en myndighet är inte lag, men det vinner ändå ”laga kraft”.

Det är likväl avgörande att uttrycket ”laga kraft” såväl i den antika som den moderna doktrinen i teknisk mening inte refererar till lagen, utan till de dekret – med laga kraft, som man säger – som den exekutiva makten kan vara bemyndigad att utfärda i vissa fall, och på ett speciellt sätt i undantagstillståndet. Såsom teknisk rättsterm definierar begreppet ”laga kraft” så att säga en separation mellan *vis obligandi*, eller normens tillämpbarhet, och dess formella väsen, genom vilken dekreten, förordningarna och åtgärderna, som formellt sätt [sic] inte är lagar, likväl kan erhålla lagens kraft.¹⁷⁵

¹⁷³ Agamben, *Homo sacer*, 34

¹⁷⁴ Agamben, *Homo sacer*, 38

¹⁷⁵ Agamben, *Homo sacer*, 62

Agamben gör en analys av termen laga kraft som en del i utvecklandet av undantagstillståndet. Vi kan notera hur laga kraft visar på skillnaden mellan den generella normen (lagen) och den individuella normen (beslutet) och hur det finns ett rättsligt institut som därmed flyttar över ”kraften” från lagen till beslutet. Agamben menar att tänkandet kring undantagstillståndet alltför mycket fokuserat på sammanblandning av maktfunktioner, och för lite på att ”lagens kraft” i undantagstillståndet skiljs från lagen.

Undantagstillståndet definierar ett ”lagens tillstånd” där å ena sidan normen förblir giltig men inte tillämpas (den har ingen ”kraft”), å andra sidan handlingar som inte har värdet av lag likväl erhåller dess ”kraft”.¹⁷⁶

När undantagstillståndet inträder har lagen, normen, inte längre någon kraft, den blir kraftlös. Istället blir de verkställande handlingarna fyllda av denna lagens kraft. Det konkreta exekutiva handlandet får lagens kraft, utan att vara lag. Agamben beskriver detta tillstånd, undantagstillståndet, som ett ”anomiskt rum, där vad som står på spel är en laga kraft utan lag”¹⁷⁷.

I samband med sin diskussion om undantagstillståndet diskuterar Agamben explicit frågan om ”luckor i lagen”. Han påpekar att de flesta moderna rättssystem kräver att domaren dömer även om lagen verkar innehålla en lucka (en lakun¹⁷⁸). Han jämför denna lucka med hur undantagstillståndet kan tolkas som en lucka i lagen. Den exekutiva makten tar på sig ansvaret att fylla ut denna lakun. Men, frågar Agamben, vad är denna lakun egentligen? Är den lik den lucka i lagen som domaren fyller ut när han tar ansvar och dömer i saken även om lagen verkar bristfällig?

Lakunen finns inte i lagens inre, utan gäller dess relation till verkligheten, själva möjligheten av dess applikation.¹⁷⁹

Undantagstillståndet är inget rättsligt tomrum utan ett fiktivt tomrum vars syfte är att säkerställa normens existens och dess normala existens, tillämpligheten av den i den normala situationen. Det är alltså ingen lucka i lagen utan *en brist i relationen mellan normen och verkligheten*. En lösning på denna brist, när bristen är radikal och situationen är extrem, är ett undantagstillstånd. Tillämpningen av normen är upphävd, men lagen fortsätter att existera. Det vill säga, i undantagstillståndet finns det lag, men normerna är inte tillämpliga. Lagen utgörs av det direkta handlandet av statens representanter. Agamben refererar till Schmitt som menar att beslutet aldrig ”restlöst” kan härledas från normens innehåll.

¹⁷⁶ Agamben, *Undantagstillståndet*, 63

¹⁷⁷ Agamben, *Undantagstillståndet*, 63

¹⁷⁸ En lakun är synonymt med ”lucka” eller ”tomrum”.

¹⁷⁹ Agamben, *Undantagstillståndet*, 52

I beslutet om undantagstillståndet blir normen suspenderad eller helt tillintetgjord, men vad som står på spel i denna suspension är återigen skapandet av en situation som möjliggör tillämpningen av normen [...] Undantagstillståndet skiljer alltså normen från dess tillämpning i syfte att möjliggöra den senare. Det inför en zon av anomi i rätten i syfte att möjliggöra den effektiva normeringen av verkligheten.¹⁸⁰

Anomin, resten som alltid finns kvar, och som därmed förs in i lagen gör det möjligt att upprätta en normal rättslig struktur. Undantaget som drar undan mattan för normernas direkta tillämpning (kanske ett resultat av att normerna inte längre kan tillämpas på grund av oroligheter eller kris) är samtidigt det som möjliggör ett nytt upprättande av en ordning där normal normtillämpning är möjlig. Det viktiga är att även om undantagstillståndet, beslutet över det och inrättandet av en ny ordning, är det paradigmatiske exemplet på det anomiska gränslandet mellan norm och handling – så är *varje* normtillämpning präglad av denna anomi.

Enligt Agamben är en av de mest problematiska kategorierna av rättsteori just juridisk *tillämpning*. Teoretiseringen av tillämpning har enligt honom varit problematiskt inriktad på Kants teori om omdömeskraften – i korthet att tillämpa en generell norm på ett partikulärt fall. Men tillämpning är inte enbart en sådan logisk operation, som upptagenheten av Kant ger sken av. Tillämpning av en juridisk norm är något mycket mer komplext och är alltid nedsänkt i en mer omfattande, praktisk och social praktik. Precis som användning av ord i ett språk förutsätter hela den språkliga praktiken för att ordanvändningen skall vara framgångsrik. Att peka ut något objekt i världen, i verkligheten, med hjälp av ett ord förutsätter en språklig praktik – det är ingen logisk och nödvändig relation. Samma sak är det med tillämpning av en juridisk norm, den förutsätter ett slags rättslig prövning, där flera olika subjekt är inblandade och den leder slutligen fram till en dom eller ett beslut. Relationen mellan detta beslut och verkligheten garanteras av olika institutionella krafter.

I och med detta ser vi också, enligt Agamben, det uppenbara som vi redan konstaterade i inledningen till denna uppsats: normer tillämpar inte sig själva. Schmitt teoretiserade detta med hjälp av sitt begrepp om undantagstillståndet. Det är för Agamben uppenbart

...

– och Schmitt hade inga problem med att beskriva denna evidens på ett teoretiskt sätt – att tillämpningen av en norm inte på något sätt är innesluten i normen och inte heller kan deduceras ur den, ty annars skulle hela denna anslående byggnation som är processrätten inte ha behövt skapas. Lika lite

¹⁸⁰ Agamben, *Undantagstillståndet*, 60

som mellan språk och värld finns det mellan norm och tillämpning någon inre förbindelse som tillåter det ena att härledas från det andra.¹⁸¹

Undantagstillståndet är ett sådant tillstånd som möjliggör sättandet av en normal struktur som förutsätter denna relation – relationen mellan normen och verkligheten. Förutsättandet garanteras av den rättsliga struktur som suveränen sätter genom upphävandet av den rättsliga ordningen och sättandet av en ny rättslig ordning.

På detta sätt skapas den omedelbara föreningen av norm och verklighet, och som en konsekvens av den, den normala miljön, i undantagets form, det vill säga genom att deras förbindelse förutsätts. Detta betyder att man för att tillämpa en norm i sista hand måste suspendera dess tillämpning och skapa ett undantag.¹⁸²

Agamben teoretiserar också explicit om generalklausuler. Han lyfter frågan från Schmitt som bland annat diskuterar den nationalsocialistiska idén om ras. Schmitt menade att generalklausulerna utelämnar oss i den moderna världen till ett ”hav utan stränder” där vi driver omkring. Men för Schmitt var återgången till en ”formalistic superstition”, det vill säga någon sorts formalistisk kasuistisk rättstillämpning, inte ett möjligt alternativ, inte ens värt att reflektera över. Generalklausulen leder till att den som skall tillämpa normen, om det är en domare eller tjänsteman, inte längre kan orientera sig med hjälp av normen eller den konkreta situationen. För Schmitt var svaret på detta problem att beslutet vilade hos en suverän. Agamben pekar på hur distinktionen mellan frågor om fakta och frågor om rätt inte längre får någon mening när en generalklausul råder.

Ett begrepp som det nationalsocialistiska begreppet ras (eller, med Schmitts formulering, ”artlighet”) fungerar likt en generalklausul (i analogi med ”hot” eller ”goda seder”), men hänvisar likväl inte till en yttre faktisk situation, utan förverkligar ett omedelbart sammansmältande av faktum och rätt. Domaren, funktionären eller vem som nu har med dessa begrepp att göra, orienterar sig inte längre via en norm eller faktisk situation; genom att uteslutande vara bunden till rasgemenskapen med det tyska folket och Führern rör han sig i en zon där skillnaden mellan liv och politik, mellan frågor om fakta och frågor om rätt, bokstavligen inte längre har någon mening.¹⁸³

Generalklausuler och generella begrepp leder till en zon där skillnaden mellan liv och politik, fakta och lag inte längre har någon mening. Identiteten mellan handlandet och

¹⁸¹ Agamben, *Undantagstillståndet*, 65

¹⁸² Agamben, *Undantagstillståndet*, 65

¹⁸³ Agamben, *Homo sacer*, 183

lagen blir fullständig. Führern är bara det högsta förkroppsligandet av denna enhet och här ser vi hos nationalsocialismen den lockande fascistiska fantasin om en exakt kongruens, fullständig överensstämmelse mellan fakta och lag.

Denna anomiska zon är precis den anomi som jag vill peka på i förvaltningshandlandet. Förvaltningshandlandet är en lagtillämpning i den meningen att det finns en underliggande norm, men denna norm kan aldrig helt (och ibland knappt alls) ge innehållet i handlandet. En generalklausul är bara ett extremt exempel på detta.

Det centrala i Agambens tänkande för min frågeställning är gränslandet, gränstillståndet. Det finns ett gränstillstånd mellan det att exakt följa lagen (vilket aldrig går att göra) och att inte följa lagen (vilket den som är staten aldrig gör). Förvaltningshandlandet befinner sig alltid på gränsen mellan att vara laglöst och lagbundet. Det är alltid både laglöst och lagbundet, utan att tillhöra någon av kategorierna.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Agamben, *Homo sacer*, 115 f

6 Slutsatser

Denna avslutande del av uppsatsen syftar dels till att sammanfatta de centrala slutsatser jag drar från den ovanstående undersökningen, dels till att peka vidare mot frågor som uppkommit eller inte besvarats. Det innebär att slutsatserna på sin höjd är tentativa och uppmanar till vidare utredning av vad förvaltningshandlandet egentligen är och innebär.

Jag kommer alltså med hjälp av det ovanstående lägga ut en beskrivning av hur jag förstår förvaltningshandlandet, och vad jag inte förstår, och därmed besvara mina inledande frågor. Den första frågan jag ställt är:

Vad är relationen mellan en tjänstemans handlande och normerna som skall styra detta handlande?

Här menar jag mig med ovanstående utredning kunna konstatera att relationen mellan förvaltningshandlandet och de underliggande normerna alltid präglas av en anomi. Denna anomi kan ta sig olika *ontiska* uttryck, det vill säga att närheten mellan innehållet i normen och handlandet som faktiskt sker skiljer sig mellan olika konkreta fall. De exempel jag presenterat visar både olika grader av närhet men också olika typer av anomi. Exempelvis är den anomiska bristen i tillämpningen av en norm som ger utrymme för fritt skön annorlunda än den negativa anomiska brist som präglat Saudiaffären. I fallet med fritt skön är anomin en erkänd och integrerad del av lagstiftningen. I Saudiaffären är det en lucka eller icke erkänd brist som ligger till grund för den ontiska anomin.

Men det finns också, förutom dessa olika typer av ontisk brist en underliggande *ontologisk* anomisk brist. Den ontologiska anomin är det oöverkomliga faktum att normens innehåll och förvaltningshandlandet *aldrig* kan vara identiskt. Därmed kan normen aldrig sägas *direkt* styra förvaltningshandlandet.

Frågan jag då vill ställa är följande:

Om det finns en anomi i tjänstemannens handlande, hur hanteras denna anomi?

Den anomi jag konstaterat hanteras ju på något sätt. Någonting gör att det faktiskt handlas; den ofrånkomliga anomin hindrar uppenbarligen inte tjänstemän från att handla. Någonting verkar också hålla samman normerna och handlandet – det vill säga att själva handlandet inte är orelaterat till normerna, det är inte slumpmässigt, helt godtyckligt eller oberoende av normerna. Det vi också kan se är att normerna inte enbart utgör negativa begränsningar av handlandet, så som vi konstaterat att det oftast är för privatpersoner. Impulsen eller orsaken till en privatpersons handlande kan komma från en norm, men kan lika gärna och oftare komma någon annanstans ifrån. I det senare fallet utgör normerna endast den begränsning, det negativa rum i vilket handlingarna kan

ta plats, och av vilket handlingarna begränsas. När det gäller tjänstemännens handlande, förvaltningshandlandet, kommer som utgångspunkt alltid impulsen och styrningen från normerna.

Det är till och med så att om en handling inte har sin grund i någon norm så är den som utgångspunkt utesluten som en giltig förvaltningshandling. En handling som en tjänsteman gör som inte grundas på normer är antingen en handling som är utanför förvaltningen, utanför rollen som tjänsteman och därmed en privat handling; eller så är det en handling som är illegitim. Om en tjänstemans handlande ifrågasätts är det inget rimligt svar att tjänstemannen bara ”tyckte det var en bra idé” eller ”varför inte?”.¹⁸⁵ Det krävs något *mer*, någon normativ grund för handlandet.¹⁸⁶

Vi har konstaterat att denna normativa grund kan vara ganska minimal eller befinna sig på ett stort avstånd i normhierarkin. Ett typexempel på det är när en handling bara har sin grund i en generell grundlagsskrivning eller någon portalparagraf som uttrycker ett syfte eller inriktning på verksamheten. Det är från ett förvaltningsrättsligt perspektiv alltid bättre och mer tillfredställande, eller i varje fall gör det juristen lugnare, om det finns en mer utförlig eller detaljerad lagregel som grund för handlandet.¹⁸⁷

6.1 Handlandet som fyller ut anomin

En slutsats jag drar av min ovanstående läsning och analys är att den ontologiska anomin i förvaltningshandlandet på två sätt förhåller sig till själva förvaltningshandlandet. Den något motsägelsefulla naturen hos denna anomi yttrar sig på så sätt att anomin både uppkommer genom handlandet och ”löses” eller ”läks” genom handlandet.

Normen och normens innehåll är inte problematisk till sin natur och ger inte upphov till någon anomi av sig själv. Skriven eller oskriven lever normen sitt eget liv, så länge ingen handling rör den. Mer precist uttryckt lever inte normen, den är bara död skrift på ett papper tills dess att någon väcker den till liv genom ett handlande. Det finns alltså inget motsägelsefullt eller anomiskt över normen som sådan.

När en tjänsteman börjar handla aktiveras normen. Normen blir aktuell och relevant, den väcks till liv. Det som då händer är att en anomi tränger sig in mellan normen och normens innehåll å ena sidan och handlandet å andra sidan. Denna anomi har både en materiell eller begreppslig natur i att det som går att utläsa ur normen inte omedelbart kan vara identiskt med handlandet. Där uppstår anomin initialt. Sedan präglas relationen

¹⁸⁵ Jämför med JO 1990/91 s. 283 där en kommunal förvaltningsmyndighet fick kraftig kritik för att ha frångått legalitetsprincipen de ansåg lagen föråldrad och att den ”borde bytas ut”. Warnling-Nerep, Lagerqvist Veloz Roca och Reichel, *Statsrättens grunder*, 39-40

¹⁸⁶ Se diskussionen som utgår från Sterzel ovan, avsnitt 2.3.

¹⁸⁷ Om den sedan finns i grundlag, vanlig lag eller exempelvis förordning är mindre viktigt. Det är huvudsakligen uttryckligheten som avgör hur lugnande och tillfredställande normen är.

mellan normen och handlandet under hela den tid som handlandet pågår av att denna anomi kvarstår. Ontiskt sett kan handlandet också skifta fram och tillbaka i sin närhet till normens innehåll. Konkret kan ju tjänstemannen exempelvis mer lydigt tillämpa normen ibland och ibland ägna sig åt något som har en mer avlägsen relation till norminnehållet.

Under denna period då handlandet pågår¹⁸⁸ kvarstår ändå den ontologiska anomien. Den ontologiska anomien är här återigen kortfattat det faktum att ingen identitet uppstår mellan normens innehåll och handlingens innehåll – dessa två fenomen är aldrig identiska till sitt innehåll.

Det som ändå håller samman de två fenomenen, normen och handlingen, är just själva tjänstemannens aktivitet, förvaltningshandlandet. Det är likheten mellan normen och handlandet som bärs upp av aktiviteten hos tjänstemannen. Konkret kan vi föreställa oss en tjänsteman som ägnar sig åt sitt arbete. Huruvida det är ett faktiskt handlande eller handläggning denna ägnar sig åt spelar ingen roll. Om vi frågar tjänstemannen (eller någon annan) om varför den ägnar sig åt det arbete den gör, skulle ett fullödigt svar innehålla hänvisningar till innehållet i olika normer.

Under processen som handlandet utgör är alltså det som fyller ut den anomiska bristen just handlandet. Handlandet och dess innehåll upprätthåller en relation mellan normen och förvaltningshandlandet. Även när handlandet går över i något olagligt eller brottsligt kan vi se hur just negationen av det som normen positivt syftar till bekräftas i de straffbestämmelser som normsystemet innehåller som sanktionerar ett felaktigt handlande. Så även när tjänstemannen glider över i ett handlande som går rakt emot normens (positiva) innehåll upprätthålls relationen mellan normen och förvaltningshandlandet just genom handlingarna.

Oavsett handlingsförloppet kommer en punkt då man får betrakta handlandet som över. Det som då är själva resultatet av förvaltningshandlandet är en process i tiden som nu inte längre präglas av en anomi. Det juridiska uttrycket för detta är institutet laga kraft. När förvaltningshandlandet nått fram till sitt slut, antingen genom att det faktiska handlandet avslutas eller att ett beslut fattas, då är anomien *så gott som* upphävd eller uppfylld av ett positivt konkret innehåll. Dock inte helt, i varje fall inte för myndighetsutövningen. Laga kraft-institutet försäkrar att även efter avslutat handlande bibehålls en anomisk spricka i beslutet som för en tid försäkrar att beslutet kan överklagas.

Det faktiska handlandet skiljer sig här som vi ser från myndighetsutövningen eftersom det inte finns någon form för överklagande. Anomien verkar slutas helt i fallet med det faktiska handlandet, så fort handlandet är avslutat, och handlingsprocessen nått sitt slut. Detta är dock inte riktigt hela sanningen.

¹⁸⁸ Det är här värt att påpeka att handlandets utsträckning kan vara några sekunder (exempelvis under ett polisingripande) till årtal av handläggning av ett ärende. De intressanta filosofiska frågorna om händelsers natur och handlingars utsträckning i tid och hur de kan skiljas från varandra skall här inte vidare behandlas.

Båda formerna för förvaltningshandlande behåller även efter handlandets slut och den tidpunkt då beslutet vunnit laga kraft en minimal anomisk spricka. Denna spricka har sitt juridiska uttryck i de särskilda rättsmedlen och bekräftas också av möjligheten att få skadestånd från staten. Dessa utvägar eller nödventiler stängs aldrig helt. Exempelvis har resningsinstitutet ingen preskriptionstid utan lämnar alltid en potentiell möjlighet att riva upp ett tidigare beslut. Skadestånd behöver inte kombineras med en ändring av ett beslut utan kan utdömas för felaktigt faktiskt handlande. Staten har alltså alltid kvar en möjlighet att erkänna en felaktighet i tillämpningen av en lag och denna möjlighet bekräftar det ontologiska faktumet att oavsett hur nära normen och handlingen närmar sig varandra när de aldrig helt fram, de sammansmälter aldrig i en harmonisk enhet.

Tiden spelar här en i praktiken viktig roll, eftersom möjligheten för den anomiska sprickan att ha någon effekt, medverka till att ett beslut rivs upp eller resultera i ett erkännande och skadestånd, med tiden alltid minskar. I praktiken, från ett ontiskt perspektiv, slipar tidens tand till slut helt bort alla möjligheter att se anomin. Den försvinner i bruset och möjligheten att se den kan ytterligare försvagas av förändrade samhälleliga förhållanden, revolutioner och nya rättssystem.

6.2 Tjänstemannen som vår tids suverän

Om vi försöker närma oss Schmitt och Agambens idé om suveränen som den instans som sätter rättsordningen och fyller ut den anomi som finns i relationen mellan norm och verklighet, menar jag att vi kraftigt måste modifiera vår föreställning om suveränen. Ett samhälle som Sverige kan, oavsett vilken teori eller ideologi man närmar sig med, inte sägas vara någon totalitär diktatur eller ett samhälle där en enda person utgör den suveräna instansen.¹⁸⁹ Att identifiera en enskild instans som den suveräna instansen verkar därmed passa dåligt in på vårt samhälle.

Ett annat sätt att förstå suveränen i dagens stat är istället att denna funktion helt enkelt fylls av varje enskild tjänsteman i dennes utövning av sitt ämbete. Till skillnad från den princip med en enskild ledarfigur som Schmitt presenterar, kan ledarfiguren ersättas med en mer månghövdad suverän.¹⁹⁰ Den konkreta ordningen ger hos Schmitt suveränen legitimitet. I den teori jag här skisserar ger den konkreta ordningen tjänstemannen den suveräna kompetensen att ta beslut som både konkret får laga kraft och som i en ontologisk mening läker/fyller ut den brist som finns mellan lagens bokstav och den konkreta handling som tjänstemannen utför eller det beslut hon tar. Tjänstemannens suveräna

¹⁸⁹ Situationen kan inte förstås på samma sätt i hela världen, förutom uppenbara exempel som Kina och Nordkorea pågår i skrivande stund en konflikt i Egypten där president Morsi med dekret gett sig själv suverän makt att, i väntan på en ny konstitution och ett fungerande parlament, kunna utfärda nya lagar utan möjlighet till överprövning av någon annan samhällelig instans.

¹⁹⁰ Jämför Brännström, ”Suveränitet och konkret ordningstänkande”, 124.

position är alltså grundad på en direkt kontakt med den konkreta ordningen, som inte nödvändigtvis behöver förmedlas via normerna. Det är legitimitet som det omgivande samhället erkänner att tjänstemännen har som grundar den suveräna positionen.

Vi kan här också lyfta in Kelsen för att försöka handlandet anomiska karaktär i tiden mellan handlandets påbörjande och tidpunkten för laga kraft. I någon mening befinner sig varje handlande som har rättslig betydelse (det vill säga kan bli föremål för en rättslig bedömning och en eventuell sanktion i enlighet med Kelsens modell) i en anomisk situation fram tills handlandet bedömts med en lagakraftvunnen dom eller preskriberingstiden är slut. Vi kan inte på förhand veta vad en prövning eller ett beslut (myndighetsutövning) skall leda fram till, och därför är handlandet ännu anomiskt fram till den punkt då inga rättsliga processer längre kan nå det.

När vi säger att exempelvis regeringen styr över sina förvaltningsmyndigheter eller att en tjänsteman styrs av en viss lagstiftning så är det vi menar mycket närliggande det som Kelsen redan påpekat; handlandet är rättsligt reglerat i den meningen att en sanktion kan tilldömas i framtiden. Om regeringen beordrar en underlydande myndighet att göra på ett särskilt sätt så kan vi rättsligt utläsa betydelsen av denna order inte som ”Gör så!” utan som ”Om du inte gör så, så kommer en sanktion!”. Ordern är alltså ett slags hot.

Samma sak när en norm utsäger att en tjänsteman skall handla på ett särskilt sätt. Normen säger inte vad tjänstemannen skall göra, den säger (i kombination med resten av rättssystemet) vad som är sanktionen om tjänstemannen inte gör så eller gör tvärtemot.

På detta sätt kan vi också förstå det mycket fria handlande som exempelvis räddningsledaren har möjlighet till. Räddningsledaren är inte ”styrd” av normerna i just den meningen att *normerna inte säger vad denne skall göra*. Normerna säger istället att räddningsledaren får göra vad som helst så länge det inte är oförsvarligt enligt vissa kriterier.¹⁹¹ Att här säga att tjänstemannen är styrd av normerna blir närapå en lek med ord, då normerna knappt har något positivt innehåll som pekar ut vad tjänstemannen faktiskt skall göra.

Situationen är strukturellt liknande för en tjänsteman som ägnar sig åt faktiskt handlande, som inte är av den extraordinära karaktär som räddningsledarens arbete kan innebära. En lärare som undervisar har, snarare än vissa i normer specificerade uppgifter, ett utrymme att göra som den finner bäst så länge den inte rör sig utanför den generellt avfattade läroplanen.

Säkerhetstjänster och under rättelseorganisationer blir särskilt intressanta exempel på när den suveräna funktionen överlämnats till tjänstemän inom vissa organisationer. Idéhistorikern Maria Johansen vill tillämpa Schmitts suveränitetsbegrepp på de problem vi kan se kring demokratisk kontroll av sådana här säkerhetsorganisationer:

¹⁹¹ Här ser vi återigen det rum av negativ reglering som vi diskuterat ovan.

Att bestämda organ inom staten har möjlighet, om än inte alltid konstitutionell rätt, att agera extra-legalt; att föreställningar om särskilda polisbefogenheter öppnar för ett hemligt policyskapande vars gränser är svåra att bestämma.¹⁹²

Saudiaffären kan här läsas som ett sådant obestämt tillstånd där myndigheten och dess tjänstemän själva bestämmer gränserna för sin kompetens att handla. Jag har inspirerats till idén om tjänstemannen som suveränen från Johansen. Hon baserar på sin läsning av Agamben och frågar sig om suveränen idag vistas permanent i under rättelse- och säkerhetstjänsternas verksamhet.

Rum där villkoren för befolkningen inte bestäms av lagen, utan av den etiska känslan hos den polis som temporärt handlar som en suverän. [...] Är det i underrättelse- och säkerhetstjänsterna – vars dagliga liv utspelas i ett kristillstånd även i fredstid, som utrustade med biometrisk teknik, likväl som med genteknik och informationsteknik i vid mening, arbetar i en ”gråzon mellan lagligt och olagligt, etiskt och oetiskt”, i en zon av icke-skillnad mellan *kratos* och *ethos*, rätt och ordning, *fysis* och *nomos* – som vi finner en matrix för dessa maktformer, vilka spridit sig genom samhällskroppen? Är det i under rättelse- och säkerhetstjänsterna – vilka alltså uppbär en rad av den tidigare suveränens tribut – som varulven vistas permanent i staden?¹⁹³

För att återgå till Schmitt måste vi – om vi vill göra en sådan här läsning eller översättning av Schmitt – alltså modifiera hans förståelse av suveränen. En modifiering kan i så fall vara att låta den suveräna positionen vara en position som inte bara innehas av en eller ett fåtal. *Suveränskapet* innehas i den modell jag föreslår av alla tjänstemän i statens tjänst, från skattehandläggare till justitieråd. Det blir snarare en fråga om vilken grad av suverän kompetens man besitter, än huruvida man är eller inte är suverän. Där skulle justitieråd, riksdagsledamöter och statsråd på lite olika sätt hamna längst upp i skalan. De kan ta beslut som både vinner laga kraft, och i kraft av sin position inom den konkreta ordningen sätta själva rättsordningen. Det vill säga: de har legitimitet i samhällets ögon att styra och utgöra staten. I Sverige blir det extra tydligt, då rättsordningen erkänner folket som suverän och inte har några principiella begränsningar för hur konstitutionen kan ändras. I ett land som USA som har en suverän konstitution kanske det på ytan ser annorlunda ut, men även här kan en omtolkning från den högsta domstolen i praktiken ändra hur konstitutionen skall styra rättsordningen. Utan någon ändring eller tillägg kan en instans (ett antal personer, tjänstemän) i kraft av sin suveräna position, med grund i den konkreta ordningen, sätta rättsordningen på ett nytt sätt.

¹⁹² Johansen, *Offentlig skrift om det hemliga*, 90

¹⁹³ Johansen, *Offentlig skrift om det hemliga*, 279

För att exemplifiera denna suveränitetsstruktur kan vi vända oss till Thomas Bulls text ”Konstitutionella snedsteg – en studie av svensk trohet mot grundlag” där han tar upp det intressanta och något uppseendeväckande faktum att Sverige under ett års tid, när 1974 års RF infördes, hade en regering som satt utan stöd i lag.

Vi kan kanske förstå detta exempel, där den centrala statsmakten var i ett slags tillstånd av utsagt undantagstillstånd, som att vi befann oss i gränslandet mellan lagligt och olagligt. Regeringen var inte tillsatt enligt den skrivna normen, men satt inte heller mot den lagstiftande församlingen, riksdagens, vilja. Här fanns en instans som var både utanför och innanför lagen och som behöll sin existens för att garantera upprättandet av en ny normalitet – konkret sett, den nya grundlagens inrättande. Bull refererar till Gustav Petrén's kommentarer i ett rättsfall från 1976. Bull beskriver situationen så här:

Den nya regeringsformen innehöll övergångsbestämmelser för centrala statsorgan, såsom riksdagen själv, för att de skulle kunna fortsätta att fungera trots att de inte utsetts eller annars tillkommit på det sätt som grundlagen föreskrev. Sådana bestämmelser saknades dock för regeringen. Till saken hörde att regeringen enligt 1974 års regeringsform var ett helt nytt statsrättsligt organ där statsministern utsågs av riksdagen och denne i sin tur utsåg resten av regeringen, i juridisk mening väsensskilt från den av Konungen utsedda regeringen av 1809 års regeringsform. Den av Konungen tillsatta regeringen fortsatte dock att regera trots den nya grundlagens ikraftträdande och det med riksdagens goda minne.¹⁹⁴

Bull konstaterar att förhållandet ”mellan författningen som skriven norm och den politiska makten som praktik” kommer i klar belysning i detta fall. Han delar Petrén's syn att det är den konkreta politiska makten som här är grunden för att en situation som inte stämmer överens med våra viktigaste lagar ändå accepteras, och måste accepteras. Petrén skriver:

Vi står alltså inför det icke helt ovanliga läget att domstolar, myndigheter och enskilda medborgare får finna sig i att grundlagen icke behöver tillämpas när de som har den reella politiska makten är ense om att sätta sig över dennas regler.¹⁹⁵

De som här har den ”reella politiska makten” har alltså legitimitet oberoende av normernas innehåll och intar därför en suverän position. Återigen vill jag poängtera att detta fall också bara är ett extremt fall av det som alltid föreligger i förvaltningshandlandet –

¹⁹⁴ RÅ 1976 Aa 23

¹⁹⁵ RÅ 1976 Aa 23, citerat i Bull, ”Konstitutionella snedsteg en studie av svensk trohet mot grundlag”, 75-76

handlandet/praktiken i kombination med politisk legitimitet läker den anomi som finns i relationen mellan norm och verklighet.

6.3 Anomin i tjänstemannens handlande

Om suveränitet är ett beslut, så behöver inte alla beslut vara suveräna. Men tjänstemannens beslut, som är det som bestämmer vad staten faktiskt gör, är till sin struktur suveränt. Suveräniteten vilar *hos den som bestämmer vad staten gör* – och det är idag tjänstemannen.

Eftersom ingen är enväldig suverän idag: folket är inte den som bestämmer, de väljer bara; riksdagen stiftar lagarna för folket, men styr inte; regeringen är de som styr, men de stiftar inte lagarna; myndigheterna skall utföra det som riksdag och regering bestämt, men de bestämmer inte vad som skall göras ... Ingenstans finner vi den som bestämmer och som gör. Förutom i tjänstemannen.

Tjänstemannens handling är att kunna välja att handla eller inte handla, ingen förvaltningshandling är automatisk och diskretionen som tjänstemannen äger är att alltid kunna välja att inte realisera det som normen säger. Även om detta är "fel" från lagens perspektiv, så blir detta fel inte något mer än en impotent påpekan i den stund då tjänstemannen är olydig (eller bara väljer att tolka lagens bokstav annorlunda) och väljer att inte välja, väljer bort handlingen.

Bristen blir då inte fylld, och kvarstår som en ohanterad anomi. Tids nog kommer nog anomin fyllas med någon praktik eller med en högre byråkratisk instans ingripande, men själva anomin kan inte tvingas fram utan måste vara den suveräna tjänstemannens beslut. En tjänsteman kan stå över en annan och ta över rollen att fylla ut bristen, men bristen fyller inte ut sig själv. Inte heller lagen fyller ut bristen.

Det finns ingenting svårgreppbart, underligt eller problematiskt med en privatpersons ickehandlande i relation till lagen. Det är bara frånvaron av ett "brukande" eller ett upprättande av relation till lagen. Tjänstemannens ickehandlande i relation till lagen är dock alltid något mycket mer än bara "inget handlande". Ickehandlandet är den våldsamma akten av att låta/tvinga anomin existera vidare, att vägra att fylla ut bristen som anomin utgör.

Det är detta val – att kunna handla eller inte handla – som pekar mot det politiska i tjänstemannens handlande. Det politiska handlandet utgörs här av möjligheten att avstå från att handla.

Litteratur

- Agamben, Giorgio. *Homo sacer : den suveräna makten och det nakna livet*. Göteborg: Daidalos, 2010.
- *Homo Sacer : Sovereign Power and Bare Life*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1998.
- *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Einaudi, 1995.
- *State of Exception*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- *Stato di eccezione: Homo sacer, II, I*. Temi (Turin, Italy). Bollati Boringhieri, 2003.
- *Undantagstillståndet*. Lund: Propexus, 2005.
- Brännström, Leila. ”Suveränitet och konkret ordningstänkande”. I: *Vän eller fiende? : en antologi om Carl Schmitts politiska tänkande*. Utg. av Jon Wittrock och Hjalmar Falk. Daidalos, 2012.
- Bull, Thomas. ”Konstitutionella snedsteg en studie av svensk trohet mot grundlag”. I: *Konstitutionell demokrati*. SNS förlag, 2004.
- ”Objektivitetsprincipen”. I: *Offentlighetsprinciper*. Utg. av Lena Marcusson. Iustus, 2005.
- ”Självständighet och pluralism – om vertikal maktindelning i Sverige”. I: *Festskrift till Fredrik Sterzel*. Iustus, 1999.
- Dahlstrand, Karl. *Den anomiska rätten : om undantagskonstruktionen av de rent ideella kränkningersättningarna*. Lund: Sociologiska institutionen, 2007.
- Durkheim, Émile. *Suicide : a study in sociology*. London: Routledge, 2002.
- Eckhoff, Torstein och Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 7. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2003.
- Endicott, Timothy. ”Vagueness and Law”. I: *Vagueness: A Guide*. Springer, 2011, s. 171–191.
- Esping, Hans. *Ramlagar i förvaltningspolitiken*. 1. uppl. Stockholm: SNS (Studieförb. Näringsliv och samhälle), 1994.
- Helmius, Ingrid. ”Proportionalitetsprincipen”. I: *Offentlighetsprinciper*. Utg. av Lena Marcusson. Iustus, 2005.

- Holmberg Erik & Stjernquist, Nils. *Vår författning*. 12., [rev.] uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2000.
- Hydén, Håkan. *Rättsociologi som rättsvetenskap*. Lund: Sociologiska institutionen, Univ., 1998.
- Jermsten, Henrik. *Konstitutionell nödrätt*. Stockholm: Juristförl., 1992.
- Johansen, Maria. *Offentlig skrift om det hemliga : raison d'état, SOU och varulven*. Göteborg: Glänta, 2005.
- Johansson, Lars. "Konstitutionell nödrätt : en oskriven speciallag med obestämt innehåll". Examensarb. Stockholm, 1985.
- Johansson, Tormod Otter. "En oreglerad kärna av statsfunktionen". I: *SvJT* 5-6 (2012), s. 449-455.
- Karnov Internet*. 2012.
- Kelsen, Hans. *Den rena rättsläran*. 2. fullständigt omarb. och utvidgade uppl. Stockholm: Thales, 2008.
- Lindblom, Anna. "När statens anställda gör fel : Tillämpning och avvägning av straffrättsligt- och arbetsrättsligt ansvar i offentlig verksamhet". Examensarb. Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, 2011.
- Marcusson, Lena. *Offentlighetsrättsliga principer*. Uppsala: Iustus, 2005.
- Mouffe, Chantal. *On the Political*. London: Routledge, 2005.
- Olsson, Stefan. *Så fungerar författningen vid kriser : en studie av hur statsmakterna hanterat mordet på Olof Palme och Anna Lindh*. Stockholm: Krisberedskapsmyndigheten, 2006.
- Påhlsson, Robert. *Hunden klockan tre och fjorton : rapport från juridikens tankevärld*. Uppsala: Iustus, 2005.
- Samuelsson, Joel. *Tolkningslärans gåta : en studie i avtalsrätt*. Uppsala: Iustus, 2011.
- Schmitt, Carl. *Det politiska som begrepp*. Göteborg: Daidalos, 2010, 167 s.
- *Political theology : four chapters on the concept of sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- Strong, Tracy B. "Foreword". I: *Political Theology : Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. University of Chicago Press, 2005.

- Sundberg, Halvar G. F. *Grunddragen av allmän förvaltningsrätt*. Stockholm: Norstedt, 1943.
- Waldron, J. "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues". I: *Cal L. Rev.* 82 (1994), s. 509.
- Wallenstein, Sven-Olov. "Efterskrift : Agambens tröskel". I: *Homo sacer : den suveräna makten och det nakna livet*. Daidalos, 2010, s. 207–223.
- "Förord". I: *Homo sacer : den suveräna makten och det nakna livet*. Daidalos, 2010, s. 7–10.
- Warnling-Nerep, Wiweka. *En introduktion till förvaltningsrätten*. 10., rev. uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2012.
- Warnling-Nerep, Wiweka, Annika Lagerqvist Veloz Roca och Jane Reichel. *Statsrättens grunder*. 4., [uppdaterade] uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2011.
- Wennergren, Bertil. "Förvaltningens fria skön". I: *FT* 4-6 (1984), s. 378–.
- Wittrock, Jon och Hjalmar Falk. "Vän eller fiende? Carl Schmitt och det politiska". I: *Vän eller fiende? : En antologi om Carl Schmitts politiska tänkande*. Utg. av Jon Wittrock och Hjalmar Falk. Daidalos, 2012.

Offentligt tryck och rättsfall

Ds 2003:30

JK beslut 2000-06-21 (dnr 2491-98-21)

JO 1990/91 s. 283

Kungl. Maj.-ts proposition nr 30 år 1971

Proposition 1971:30

Proposition 1972:5

Proposition 2012/13:38

RÅ 1976 Aa 23

RÅ 2001 ref 63

SOU 2011:76 "Väld och tvång under internationella militära insatser"

Skr. 2007/08:51 "Nationell strategi för svenskt deltagande i internationell freds- och säkerhetsfrämjande verksamhet"

Internetsidor

<https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=5281486>, kontrollerad
16 jan 2013

<http://sverigesradio.se/sida/gruppsida.aspx?programid=3437&grupp=17277>,
kontrollerad 16 jan 2013

Registrerad första gången september 2012.

Examinationstillfälle januari 2013.