



<http://www.diva-portal.org>

Postprint

This is the accepted version of a paper published in *Tidsskrift for rettsvitenskap*. This paper has been peer-reviewed but does not include the final publisher proof-corrections or journal pagination.

Citation for the original published paper (version of record):

Naartijärvi, M. (2018)

Kvalitativ legalitet: ett demokratiskt perspektiv

Tidsskrift for rettsvitenskap, 131(2–3): 206-234

<https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2018-02-03-02>

Access to the published version may require subscription.

N.B. When citing this work, cite the original published paper.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:umu:diva-149789>

KVALITATIV LEGALITET: ETT DEMOKRATISKT PERSPEKTIV

Markus Naarttijärvi*

Umeå universitet, Juridiska institutionen

90187 Umeå

markus.naarttijarvi@umu.se

090-7865909

Abstract: Legalitet är ett grundläggande rättsligt värde. Inom vissa kontexter har dess uttryck i form av legalitetsprincipen ansetts innefatta vissa kvalitetsmått i fråga om exempelvis tillgänglighet, klarhet, förutsebarhet och begränsat godtycke. Det har traditionellt argumenterats för att denna kvalitativa legalitet fyller en funktion främst utifrån perspektivet av individens rättssäkerhet, inomrättsliga kvalitetsmått eller rättslig rationalitet. Utifrån ett exempel av den kvalitativa legalitetens uttolkning i Europadomstolens praxis analyseras i denna artikel den roll kvalitativ legalitet tjänar i att underbygga rättens demokratiska legitimitet utifrån en teoretisk bakgrund av demokratiskt samtycke och delägarskap. Artikeln artikulerar sambanden mellan rättslig och demokratisk legitimitet och visar hur den kvalitativa legaliteten fyller en viktig funktion i att upprätthålla en rimlig koppling mellan den demokratiska processen och rättens effekter, samt en begränsad och förutsebar överlåtelse av makt mellan den lagstiftande och exekutiva makten. Dessa funktioner understryker betydelsen av att i möjligaste mån upprätthålla kvalitativ legalitet bortom den rättighetsbegränsande kontexten.

Nyckelord: legalitet, rättsstatlighet, legitimitet, demokrati, Europakonventionen, rättssäkerhet

* Markus Naarttijärvi är universitetslektor och jur. dr. i rättsvetenskap vid juridiska institutionen, Umeå universitet. Denna artikel är ett resultat av forskning i projektet ”Polisarbetet – mellan effektivitet och rättsstatlighet” finansierat av Riksbankens jubileumsfond, anslagsnr. SGO14-1173:1

Innehåll

1	INLEDNING	3
2	LEGALITETSPRINCIPENS TRADITIONELLA TEORETISKA FUNKTION.....	8
3	LEGALITET OCH DEMOKRATI	10
3.1	Samtycke och delägarskap	10
3.2	Formerna för medborgerligt samtycke och delägarskap	13
4	DEMOKRATISKA FUNKTIONER VID PRAKTISK TILLÄMPNING: EXEMPLET EUROPAKONVENTIONEN.....	14
5	DEMOKRATISKA IMPLIKATIONER VID BRISTANDE KVALITATIV LEGALITET: TRE YTTERLIGARE EXEMPEL	21
6	SLUTSATSER.....	25

1 INLEDNING

Det har sagts att en minskad detaljgrad i lagstiftningen kommit att eftersträvas som en följd av ett mer komplicerat samhälle där teknikutvecklingen går allt snabbare.¹ Det ökade behovet av expertkunskap inom flera områden har också medfört en förhållandevis omfattande delegering av normgivning till förvaltningen.² I frågor där lagen reglerar tekniska frågor eftersträvas ideal som teknikneutralitet i syfte att ta höjd för framtida utveckling och innovation och undvika att rätten blir föråldrad och rigid.³ Målet är inte sällan att lagstiftningen ska bli långsiktigt hållbar, möjliggöra för flexibilitet i ljuset av nya förhållanden eller undvika att lagstiftaren tvingas ta ställning i komplicerade frågor som kräver omfattande expertkunskaper. Dessa målsättningar måste dock i olika utsträckning vägas mot legalitetsprincipens värdeinnehåll av en normstyrd och förutsebar maktutövning. Oklarheter i fråga om lagstiftningens innehåll, exempelvis vilka befogenheter som myndigheterna tilldelats eller hur ny teknik kan tillämpas, kan alla påverka legalitetens bakomliggande intressen i negativ riktning. I en avvägning mellan flexibel och långsiktigt hållbar lagstiftning å ena sidan, och legalitetsprincipens upprätthållande å andra sidan, blir det av intresse vilka värden legalitetsprincipen upprätthåller och i vilka kontexter dess värdeinnehåll gör sig gällande.

Det finns sannolikt inget rättsligt koncept mer förknippat med rättsstaten än just legalitet. I svensk kontext har denna grundläggande utgångspunkt för statens maktutövning en historia som åtminstone sträcker sig tillbaka till Upplandslagen år 1296 och principen om att ”land skall med lag byggas”.⁴ Att legalitetsprincipen har en framskjuten position i den svenska grundlagen blir tydligt genom dess placering i

¹ Bull, Thomas & Fredrik Sterzel, *Regeringsformen – en kommentar*, 3:e uppl., Studentlitteratur, Lund, 2015, s. 49.

² Nergelius, Joakim, *Svensk statsrätt*, 3:e uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014, s. 106–109; Sterzel, Fredrik, Författning i utveckling – Tjugo studier kring Sveriges författning, Iustus förlag, Uppsala, 2009, s. 270–277.

³ Naartijärvi, Markus, *För din och andras säkerhet – Konstitutionella proportionalitetskrav och Säkerhetspolisens preventiva underrättelseinhämtning*, Iustus förlag, Uppsala, 2013, kap. 9.

⁴ Stjernquist, Nils, ”Land skall med lag byggas. Sveriges Författningshistoria”, i *Sveriges konstitutionella urkunder*, SNS förlag, Stockholm 1999, s. 11. Principen var dock etablerad i den Danska Jyske lov redan 1241. Det allmänna idéursprunget bör dock sannolikt sökas i antika Grekland och Rom, se Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s. 7–14. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511812378>.

portalparagrafen till regeringsformen och det tämligen grundläggande stadgandet att ”den offentliga makten utövas under lagarna”.⁵ Vad som mer specifikt ryms inom legalitetsprincipen har dock inte alltid varit helt tydligt, och har därtill varit föremål för viss utveckling.⁶

Det är dock väl etablerat att i ett materiellt hänseende har en något strängare förståelse av legalitetsprincipen traditionellt gjort sig påmind i kontexter som präglas av intrång i individens intressesfär där betydelsen av rättssäkerhet är större,⁷ exempelvis inom straffrätten,⁸ skatterätten,⁹ samt i fråga om rättighetsbegränsningar.¹⁰ Där har i svensk kontext den formella legalitetsprincipen enligt vilken myndigheternas åtgärder måste ha stöd i en specifik typ av rättsregel (föreskrift),¹¹ kommit att omfatta även frågor rörande rättsreglernas rättsstatliga kvalitet – inte minst deras förutsebarhet – vilket bland annat begränsar möjligheterna till ändamålstolkningar och analogier.¹² Därtill finns i både kap. 2 och 8 i regeringsformen krav på stöd i lag från riksdagen vid vissa typer av intrång i individens intressesfär, exempelvis vid rättighetsbegränsningar, skatt eller civilrättslig lagstiftning.

Utifrån ett mer övergripande teoretiskt perspektiv finns en än mer utvidgad förståelse av legalitet, som här fortsättningsvis kommer benämnas *kvalitativ legalitet*. Denna förståelse innefattar ett flertal olika komponenter eller krav, bland annat i fråga om rättsreglernas tillgänglighet, klarhet, precision, icke-retroaktivitet, generella tillämpning och undvikande av godtycke.¹³ Denna teoretiska förståelse av legalitet har

⁵ Regeringsformen 1 kap. 1 § st. 3.

⁶ Jmf. Sterzel, Fredrik, ”Legalitetsprincipen”, i Marcusson, Lena (red.) *Offentligrättsliga principer*, 3 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2017, s. 75–79.

⁷ Hayek går så långt som att hävda att ”rule of law restricts governments only in their coercive activities”, se Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press 2011, s. 311–312. DOI: <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226320519.001.0001>.

⁸ Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, 2 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2013, s. 46–47.

⁹ Sterzel, 2017, s. 84–85.

¹⁰ Ibid. s. 82.

¹¹ Ett sådant formellt lagkrav kan i svensk kontext följa av såväl regeringsformens 2 kap. 20 § som av normgivningsreglerna i regeringsformens 8 kap.

¹² Sterzel, 2017, s. 83–84; se även i norsk kontext Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Fagbokforlaget, 4 uppl., Bergen, 2015, s. 119–121.

¹³ Se Marmor, Andrei, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, New York 2007, s. 6–7, DOI:

också mer konkreta materiella spegelbilder inom de områden som nämnts ovan där en strängare förståelse av legalitetsprincipen gjort sig gällande och inte minst i Europadomstolens uttolkning av Europakonventionens krav på lagstöd vid rättighetsinskränkningar.¹⁴ Dessa kvalitativa legalitetskomponenter tenderar också som redan nämnts att beskrivas som rättsstatliga och återfinns också i den definition av rättsstatlighet som arbetats fram inom europarådssamarbetet.¹⁵

Det finns dock en spänning i synen på denna vidare kvalitativa legalitet och de kontexter där den får ett normativt genomslag såsom materiella krav på rätten. Exempelvis har det i svensk kontext argumenterats för att legalitetskravet utanför den repressiva eller tvingande delen av statsförvaltningen där någon part är berörd inte sträcker sig längre än till ett krav på någon form av stöd i föreskrift – även om det är på nivån av förordning eller en lägre föreskrift såsom myndighetens instruktion – för de åtgärder som vidtas.¹⁶ I den nya förvaltningslag som träder ikraft i Sverige 1 juli 2018 kom formuleringen av legalitetsprincipen att i slutfasen av lagberedningen landa i den något svårtolkade skrivningen att ”en myndighet får endast vidta åtgärder som har stöd i rättsordningen”,¹⁷ något som underligt nog kan ses som en svagare formulering av legalitetsprincipen i förhållande till regeringsformens krav på föreskrift. I svensk kontext har dock legalitetsprincipen varit föremål för något mindre diskussion i fråga om dess innehåll och utsträckning än i vissa av våra nordiska grannländer, möjligen som en följd av den detaljerade normgivningsregleringen i regeringsformen samt de svenska förvaltningsdomstolarnas långtgående kompetenser i fråga om att göra materiella lämplighetsöväganden.¹⁸ Vissa diskussioner som förekommer norsk doktrin, exempelvis rörande utsträckningen av vad som kan anses innebära lagstöd (*lovehjemmel*) och reella hänsyn inom ramen för det formella

<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195338478.001.0001>; Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven 1969, s. 33–95.

¹⁴ Se Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naarttijärvi, Markus, *Konstitutionell rätt*, Wolters Kluwer, Stockholm 2016, s. 281–283; Lautenbach, Geranne, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013, DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199671199.001.0001>.

¹⁵ Europarådets Venedigkommission, CDL-AD(2011)003rev-e, *Report on the Rule of Law*, antagen vid dess 86:e plenissession, mars 2011, p. 41 & 44.

¹⁶ Se Bohlin, Alf & Wiweka Warnling-Nerep, *Förvaltningsrättens grunder*, Norstedts juridik, Stockholm, 2006, s. 14; Bull & Sterzel, 2015 s. 49; Sterzel, 2017 s. 94–95.

¹⁷ Förvaltningslag (2017:900) 5 §.

¹⁸ Skjerdal, Nicolai Vogt, ”Hva betyr «klar lovhemmel»? *Jussens Venner*, 2001 s. 337.

legalitetsbegreppet som det uttolkats av Eckhoff och Smith m.fl.,¹⁹ har inte någon direkt motsvarighet i svensk kontext. Den svenska förståelsen av legalitetsprincipen, som även här kommer att utgöra utgångspunkten, omfattar ett krav på stöd i föreskrift för *all* offentlig maktutövning. På vilken nivå detta föreskriftsstöd kan återfinnas blir dock som Sterzel beskrivit det beroende på graden av intrång i medborgarnas intressesfär i en bild av koncentriska cirklar: I centrum finner vi i fråga om begränsningar av (vissa) grundläggande rättigheter krav på lagstöd, i nästa cirkel återfinns övrig betungande maktutövning som kräver stöd i lag eller förordning som regeringen utfärdat på bemyndigande av riksdagen, därefter återfinns i tredje cirkeln maktutövning som berör enskilda men som inte är betungande utan neutral eller gynnande, där liksom i den fjärde cirkeln av maktutövning som inte berör en enskild krävs stöd i förordning eller stöd i föreskrift som en myndighet bemyndigats att utfärda av regeringen – vilket alltså inte kräver riksdagens medgivande. I den yttersta cirkeln räcker det med att maktutövningen på något sätt kan läsas in i myndighetens uppdrag.²⁰

En *de minimis*-läsning av legalitetsprincipen kan därför möjligen uttryckas som ett krav på att förvaltningen inte ska göra saker som uppenbart ligger utanför de uppdrag eller befogenheter som tilldelats dem, dvs. agera *ultra vires*, eller agera i strid mot någon lagstadgad skyldighet eller förbud, dvs. *contra legem*. Samtidigt ökar kraven i ljuset av graden av intrång i individens intressesfär.

Även om legalitetsprincipen i allmänhet brukar associeras med just rättssäkerhet och rättsstatlighet, har den också uppenbara kopplingar till demokrati, inte minst genom att det formella kravet på lagstöd för vissa typer av beslut och åtgärder innefattar ett implicit krav på demokratiska beslut av den lagstiftande makten.²¹ Som påpekats av Aall fyller legalitet två funktioner, rättssäkerhet å ena sidan och maktfördelning å andra sidan, där den senare funktionen innebär att den exekutiva och dömande makten måste utövas inom ramarna som ställts upp av den lagstiftande makten.²² Sterzel pekar på kopplingen som principen innebär till riksdagens arbete och lagstiftningsprocessen, samt dess roll i att förhindra att myndigheterna utsträcker

¹⁹ Se allmänt Høgberg, Alf Petter & Morten Kinander, ”Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren”, TfR vol. 124, nr 1, 2011, s. 15-55.

²⁰ Sterzel, 2017, s. 84.

²¹ Lautenbach, 2013, s. 201.

²² Aall, 2015, s. 119.

sina revir utan stöd av statsmakterna.²³ Även Skjerdal pekar på principens betydelse för att tillförsäkra förvaltningens avhängighet av parlamentet som i sin tur kan kopplas till folksuveränitet och maktfördelning.²⁴ Vid mer ingripande åtgärder är kravet på tydlighet och klarhet i lagstiftningen mer långtgående och innebär att lagstiftaren tvingas sätta fastare ramar kring förvaltningens kompetens och befogenheter.²⁵ Den demokratiska funktion som legalitetsprincipen fyller aktualiseras därför möjligen i större utsträckning när statens beslut eller åtgärder blir mer ingripande mot individen, vilket antyder ett samspel mellan rättssäkerhetsintresset och demokrati- och maktdelningsaspekter. Frågan är om dessa två intressen alltid behöver följas åt, eller om legalitetsprincipens kvalitativa aspekter utifrån demokratiska funktioner kan motivera en striktare tillämpning av legalitetsprincipen även där inte individens rättigheter nödvändigtvis står på spel?

Syftet med denna artikel är utifrån det ovanstående att identifiera övergripande teoretiska argument för kopplingen mellan legalitet och demokrati utifrån teorier om medborgerligt samtycke, demokratiskt delägarskap och konstituerande makt. Utifrån denna teoretiska bakgrund kommer sedan den praktiska tillämpningen av kvalitativ legalitet av Europadomstolen att användas för att dels bryta ner den kvalitativa legalitetens olika komponenter, dels illustrera hur dessa komponenter i praktiken uppfyller demokratiska funktioner som ett utflöde av deras funktion i att upprätthålla förutsägbarhet för individen. Till sist kommer det att argumenteras för att denna demokratiska funktion kan tjäna som ett argument för en vidare tillämpning av de aktuella kvalitetskraven bortom de mer repressiva delarna av statsförvaltningen. Ambitionen med bidraget är i första hand att artikulera vissa funktioner som inte alltid legat i fokus i analysen av den kvalitativa legaliteten och som torde förtjäna ytterligare uppmärksamhet.

Först bör dock något sägas om den mer traditionella teoretiska funktion som legalitetsprincipen uppfyller i fråga om rättssäkerhet, då denna blir av betydelse även för de demokratiska funktioner som är av intresse här.

²³ Sterzel, 2017, s. 95–96.

²⁴ Skjerdal, 2001, s. 341.

²⁵ Jfr. Skjerdal, 2001, s. 341.

2 LEGALITETSPRINCIPENS TRADITIONELLA TEORETISKA FUNKTION

Vikten av att upprätthålla legalitetsprincipen har inte sällan underbyggts ur ett individperspektiv i egenskap av ett värn mot oinskränkt eller godtycklig maktutövning och som en grundförutsättning för bibehållande av individuell frihet och autonomi.²⁶ Även i fråga om teorier om rätten som sådan utifrån dess förmåga att upprätthålla kvalitativa legalitetskrav, såsom i Lon L. Fullers teori om en ”rättens inre moral”, utgör de kvalitativa dimensionerna av legalitet närmast en form av inomrättsliga rationalitetsmått som är direkt relaterade till rättens förmåga att styra beteendet hos individer; som i avsaknad av exempelvis förutsebarhet inte förmår veta vad rätten kräver av dem och därigenom inte heller ges någon möjlighet att inrätta sig efter rättens krav.²⁷ Denna koppling till rättens förväntningar på individen har också uttryckts i närmast kontraktsteoretiska termer. Om individen förväntas följa lagstiftarens önskemål har det anförts att det inte är mer än rätt och rimligt att individen också har möjlighet att förstå vad lagen kräver och kunna förlita sig på att en rimlig tolkning av lagen också ger uttryck för vad som krävs.²⁸ Diskussionen kring den kvalitativa legaliteten i en sådan mer teoretisk förståelse tenderar därmed att kretsa kring olika logiskt-rationella argument såsom lagstiftningens förmåga att styra beteende,²⁹ internrättslig koherens eller individens rättssäkerhet.³⁰

²⁶ Se Tamanaha, 2004, s. 34-35; Hayek, 2011, s. 320; Allan, T.R.S., “The Rule of Law”, i Dyzenhaus, David & Thorburn, Malcolm (red.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 202, 204, DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198754527.003.0011>; Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 221; jfr. även Frändberg, Åke, *From Rechtsstaat to Universal Law State*, Springer international publishing, London 2014, s. 52-56, DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-319-06784-1>, som ser dem som kopplade till autonomi och humanism.

²⁷ Se Fuller, 1969, s. 33–95; se även Marmor, 2007, s. 6–7.

²⁸ Dyzenhaus, David, *Process and Substance as Aspects of the Public Law Form*, Cambridge Law Journal 74(2), 2015, 284-306, s. 305, DOI: <https://doi.org/10.1017/s0008197315000380>. Jfr. även Raz, 2009, s. 212–223. Jfr. även i en straffrättslig kontext Asp m.fl., 2013, s. 46.

²⁹ Se Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 3 uppl., Oxford University Press, Oxford 2012, s. 206–207.

³⁰ Se Wahlgren, Peter, *Lagstiftning: Problem, teknik, möjligheter*, Norstedts juridik, Stockholm 2008, s. 35–59, som kategoriserar lagarnas förutsebarhet och tillgänglighet under rättslig formell rationalitet om än vissa delar kan anses innefattas i intern rättslig rationalitet.

Utifrån en sådan teoretisk utgångspunkt är det på många sätt naturligt att kvalitetskraven aktualiserats främst i den rättstillämpning som rör repressiva eller tvingande delar av statsförvaltningen där individen är föremålet för den statliga maktutövningen. Rättssäkerhet och möjligheten för individen att förutse både lagstiftningens förväntningar och effekter blir där av central betydelse och legalitetsprincipen utgör en grundläggande förutsättning för upprätthållandet av detsamma. Detta återspeglas också i Europadomstolens praxis, där flera centrala fall rörande kvalitativ legalitet återfinns i kontexter där insyn och transparens i lagstiftningen traditionellt sett varit låg, exempelvis i fall rörande polisiära metoder och rikets säkerhet. Artikulerandet av de krav som kan utläsas av legalitet i denna kontext är naturligt eftersom det är en del av statens verksamhet som kan innebära långtgående intrång i individens intressesfär samtidigt som förutsebarheten för den enskilde kan vara låg.³¹

Att kvalitativ legalitet artikulerats i denna rättighetskontext innebär också att kraven till viss del kan associeras med en kontext av judikalisering och konstitutionalism – en implicit del av en rättighetsdominerad diskurs där lagstiftarens önskemål får stå tillbaka som en följd av att domstolar på olika nivåer betonar individens rättigheter på bekostnad av majoritetsviljans politiska genomslag. Domstolars prövning av legalitet genom normprövning gör sambandet med judikalisering än tydligare. I en svensk kontext, där synen på normprövning historiskt sett varit förhållandevis skeptisk utifrån en stark betoning av folksuveränitet och influenser av skandinavisk rättsrealism, kan den upplevda konflikten mellan juridik och politik bli än mer påtaglig.³²

³¹ Se vidare avsnitt 4 nedan.

³² Jfr. Lundström, Mats, *Value Relativism, Procedural Democracy and Opinion Representation - Reflections on Three Conceptual Underpinnings of Swedish Anti-constitutionalism*, Nordisk tidskrift för menneskerettigheter, Vol. 27, Nr. 2, s. 242-259. Jfr. även Nergelius, Joakim, *Judicial Review in Swedish Law – A Critical Analysis*, Nordisk tidskrift för menneskerettigheter, Vol. 27, Nr. 2, s. 142-159.

3 LEGALITET OCH DEMOKRATI

3.1 Samtycke och delägarskap

För att gå vidare från legalitetsprincipens rättssäkerhetsfunktioner och närma oss dess demokratiska funktioner är en tänkbar startpunkt idén om de regerades samtycke.³³ Den grundläggande utgångspunkten för en sådan demokratisk teori är att staten inte har några egna intressen bortom att tjäna sina medborgares intressen.³⁴ Staten hämtar således – utifrån folksuveränitetsprincipen – sin legitimitet från folket som kollektiv, som genom val utser representanter som genomför denna folkvilja i praktiken.³⁵ Även om vissa demokratiteorier nöjer sig med att stanna vid en sådan koppling till majoritetsviljan,³⁶ bör demokratibegreppet förstås som betydligt vidare än en renodlad populism och snarare ses som en process med ett flertal olika aktörer som fyller olika demokratiska funktioner.³⁷ Möjligheten att koppla tillbaka maktutövningen till det demokratiska beslutsfattandet av valda representanter fyller i vilket fall en grundläggande demokratisk funktion. Även om det i genomförandet av dessa beslut finns en viss beslutsfrihet och därmed en demokratiskt mer okontrollerad makt, ska denna makt i en rättsstat begränsas genom olika former av maktindelning samt genom demokratisk tillsyn och kontroll.³⁸

Med utgångspunkt i en förståelse av demokrati som bestående av en flertal olika institutioner som fyller olika funktioner i en pågående process kan det därför vara mer givande att tala om ett slags demokratiskt delägarskap, där individer deltar i en demokratisk dialog och där de också genom domstolar har möjlighet att kontrollera

³³ Se allmänt Green, Leslie, *The Authority of the State*, Oxford University Press, Oxford 1988.

³⁴ Green, 1988, s. 164.

³⁵ Jmf. Regeringsformen 1 kap. 1 §; Jfr. även Dobner, Petra, "More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism", i Dobner Petra & Loughlin, Martin (red.), *The Twilight of Constitutionalism* (Oxford University Press: Oxford 2010) s. 143, DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199585007.003.0007>.

³⁶ Se diskussionen om *electoral democracy* i Svensson, Palle, *Conceptions of Democracy and Judicial Review*, i *Nordisk tidskrift för menneskerettigheter*, Vol. 27, Nr. 2, s. 208-220.

³⁷ Nergelius, Joakim, "Maktindelning och politikens judikalisering", i SOU 1999:58, *Demokratiutredningens skrift Nr. 23, Löser juridiken demokratins problem?* s. 73.

³⁸ Se Heller, Herman, *The Nature and Structure of the State*, översatt av David Dyzenhaus, *Cardozo Law Review* 18, december 1996, s. 1182-1183.

att maktutövningen sker i enlighet med de i konstitutionen uppställda ramarna och med iakttagande av etablerade konstitutionella principer. Genom lagstiftningsprocessens konvertering av de folkvaldas politiska mål till rättsliga normer tillförs också ett mervärde: den omsätter en offentlig policy till en form som förmår tillvarata internrättsliga rationalitetsmått, exempelvis rättsstatliga principer, och gör därmed politiken rättsligt genomdrivbar.³⁹ Denna politikens rättsliga form kan hämta demokratisk legitimitet från att den har sin grund i en reflekterande och öppen politisk process. Samtidigt hämtar den rättslig legitimitet genom att upprätthålla legalitetsprincipen. På samma sätt som demokratisk legitimitet inte är tillräcklig utan rättslig sådan, är rättslig legitimitet inte tillräcklig utan demokratisk sådan.⁴⁰

Rättens anspråk på auktoritet måste rimligen förstås som ett implicit anspråk på *legitim* auktoritet, där legitimiteten kommer sig av att det rättsstatliga legalitetskravet skapar förutsättningar för ett genuint socialt kontrakt och samtycke, där rättssubjekten har självständighet och samtidigt kan ses som en delägare i det rättsstatliga projektet.⁴¹ En sådan utgångspunkt har kommit till uttryck i Habermas deliberativa syn på demokrati och hans kritik av att lagstiftaren allt mer åsidosatts till förmån för exekutivens administrativa maktcentra.⁴² Även han gör kopplingen till en form av delägarskap som möjliggör självbestämmande: ”The modern legal order can draw its legitimacy only from the idea of self-determination: citizens should always be able to understand themselves also as authors of the law to which they are subject as addressees.”⁴³ På ett liknande sätt kopplade Herman Heller samman rättsstaten och den demokratiska legitimiteten: Den lagstiftande församlingen hämtar sin legitimitet från medborgarna, och lagstiftarens önskemål, även om de från lagstiftaren kan betraktas som befallningar som ska genomdrivas av rätten, måste av medborgarna kunna betraktas som normer som de delvis själva är författare till. Systemets

³⁹ Dyzenhaus, David, *Process and Substance as Aspects of the Public Law Form*, Cambridge Law Journal 74(2), 2015, 284-306, s. 297, DOI: <https://doi.org/10.1017/s0008197315000380>.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Dyzenhaus, 2012, s. 256-260.

⁴² Se Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge 1996, s. 433 & 439.

⁴³ Habermas, Jürgen, “Postscript to Faktizität und Geltung”, *Philosophy & Social Criticism*, Vol. 20, Nr. 4, 1994, 135 – 150, s. 136-137, DOI: <https://doi.org/10.1177/019145379402000406>.

legitimitet blir därmed beroende av att grundläggande rättsliga principer eller rättsgrundsatser upprätthålls.⁴⁴

Dessa teorier uppmärksammar alla ett samspel mellan legalitet och demokratisk legitimitet, men idealet att medborgarna betraktar sig själva som författare till lagarna som påverkar dem är på många sätt svåruppnåeligt givet att vissa oklarheter är ofrånkomliga i lagstiftningen, och därigenom också i den maktutövning som lagstiftaren ägnar sig åt å medborgarnas vägnar. De mer ofrånkomliga källorna till sådana oklarheter är välkända, exempelvis de begränsningar som vårt mänskliga språk är förenat med och de oundvikliga oklarheter som språket uppställer mellan tanke och rättslig form.⁴⁵ Medveten oklarhet kan vara ett resultat av politiska kompromisser där oklarheter rörande lagstiftningens specifika innebörd kan framställas som en vinst för båda sidor eller, som nämndes inledningsvis, ett försöka att skapa tolkningsutrymme där hänsyn kan tas till specifika omständigheter, skälighetsbedömningar eller expertkunskaper.⁴⁶ Som nämndes inledningsvis kan en viss vaghet i lagstiftningen därtill vara ett sätt att ta höjd på en teknisk eller samhällelig utveckling för att på så vis undvika allt för frekventa lagändringar.⁴⁷

Trots att oklarheter alltså kan vara delvis ofrånkomliga liksom resultatet av rimliga utgångspunkter, bör de utifrån behovet av att upprätthålla såväl rättssäkerhet som demokratisk legitimitet i lagstiftningen i möjligaste mån undvikas. Genom att exempelvis infoga politiskt färgade men i grunden oklara uttryck i lagstiftningen kan myndigheterna annars undanta sina handlingar från bundenhet av rätten och därefter legitimera godtyckligheten genom hänvisning till rättsliga normer.⁴⁸ I slutändan bör undvikandet av oklarheter och otydligheter i lagstiftningen bortom

⁴⁴ Jfr. Heller, 1996, s. 1157, se även Dyzenhaus, David, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 196, DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/16.4.641>.

⁴⁵ Jfr. Endicott, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford 2000, s. 160–164, DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198268406.001.0001>.

⁴⁶ Marmor, 2007, s. 15.

⁴⁷ Reed, Chris, *Making Laws for Cyberspace*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 189–202.

⁴⁸ Se Endicott, 2000, s. 202–204 som tar Stalins ”dekulakisation” som exempel. Mer samtida har kritik riktats mot terroristlagstiftning utifrån liknande argument, se Bigo, Didier & Guild Elspeth, ”The Worst-case Scenario and the Man on the Clapham Omnibus”, i Goold, Benjamin & Lazarus, Liona (red.) *Security and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford 2007, s. 105–107, DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472563941.ch-005>.

rättssäkerhetsfrågor betraktas i ljuset av maktutövningens grund i en form av medborgerligt samtycke eller delägarskap, eller som Leslie Green anmärkt:

”[E]n rimligt rättvis stat är en som är dedikerad, genom rättsstaten, till en sådan klarhet som är mänskligt möjlig att uppnå i fastställandet av politiska rättigheter och skyldigheter. Eftersom samtycke endast kan knyta an till en rättvis stat, kan samtycke bara vara bindande där klarheten inte är så problematisk att det besestrar avsikten att binda sig”.⁴⁹

3.2 Formerna för medborgerligt samtycke och delägarskap

I ett konstitutionellt sammanhang kan frågan om hur medborgarna lämnar ett sådant samtycke förstås även utifrån Sieyes teori om konstituerande makt eller *pouvoir constituant*. Enligt denna teori agerar folket i vissa tider som en kollektiv enhet – ett *we the people* – och etablerar ett konstitutionellt ramverk. Folket agerar sedan inom detta ramverk som en konstituerad makt, det vill säga i formen av en väljarkår vars intressen tillvaratas av valda representanter.⁵⁰ Rätten kan utifrån denna teori söka sin auktoritet tillbaka till folksuveräniteten och den konstituerande maktens kollektiva viljeyttring. Därtill kan legitimitet hämtas från att de folkvalda och de rättsliga reglerna de skapar följer de gränser och de former som ställts upp i den delegerade auktoritet som kommit till uttryck i konstitutionen. Som komplement till detta bör också nämnas den demokratiska dialog som är tänkt att ligga till grund för politikens utformning i ett samspel mellan politiker och medborgare, samt tillvaratagandet av individuell autonomi och rättighetsskydd – som tillvaratar möjligheten till demokratiskt deltagande.⁵¹

Teorin om konstituerande makt är inte utan sina kritiker. Dyzenhaus ifrågasätter exempelvis om teorin tillför något bortom de normativa teorier som tillskriver rätten legitimitet utifrån sina inneboende värden som legalitet och rättsstatlighet.⁵² Teorin har dock en tydlig förtjänst i att den uttrycker att lagstiftningen, liksom lagstiftarens auktoritet och legitimitet, är förenad med implicita gränser. I ett demokratiskt perspektiv synliggör teorin därmed att medborgarnas samtycke är förenat med ett

⁴⁹ Green, 1988, s. 177.

⁵⁰ Se Loughlin, 2013, s. 220; Patberg, Markus, *Constituent Power beyond the State: An Emerging Debate in International Political Theory*, Millennium: Journal of International Studies 42(1), 2013, 224–238, s. 230, DOI: <https://doi.org/10.1177/0305829813492186>.

⁵¹ Habermas, 1994, s. 142.

⁵² Dyzenhaus, 2012, s. 233.

tydligt villkor, att maktutövningen respekterar de konstitutionella gränserna och de principer som konstitutionen ger uttryck för. Detta är viktigt då tillämpningen av kvalitativ legalitet i allmänhet sker inom ramen för en växelverkan mellan konstitutionella principer och normer på en lägre hierarkisk nivå. Genom teorin om konstituerad makt etableras konstitutionen med sina rättigheter och principer som ett uttryck av en mer grundläggande folkvilja som understryker såväl de explicita som de implicita gränserna för den representativa parlamentariska makten. Såsom sentida konstitutionalism har uttolkats av Thornhill har den externa legitimeringen av denna konstitutionalism (den konstituerande makten) i viss mån funktionalistiskt ersatts av en intern projicering av denna legitimering i form av rättigheter.⁵³ Bevakandet av de implicita och rättighetsbaserade gränserna för maktens legitimering genom normprövning och rättsligt genomdrivande av individuella rättigheter kan utifrån detta perspektiv ses som en säkerhetsfunktion för bevarandet av kärnvärden som är implicita i det konstitutionella samtycket. Medan legalitet som rättsstatligt värde i sig kan räcka för att förklara rättslig auktoritet och rättssäkerhet bidrar därför idén om konstituerande makt tillsammans med teorin om medborgerligt delägarskap till att förklara och bättre förstå dess demokratiska funktioner.

Detta mer teoretiska perspektiv på kopplingen mellan legalitet och demokrati blir tydligare i ljuset av mer konkreta exempel som speglar den funktion som en kvalitativ förståelse av legalitetsprincipen kan bidra med i detta avseende.

4 DEMOKRATISKA FUNKTIONER VID PRAKTISK TILLÄMPNING: EXEMPLET EUROPAKONVENTIONEN

Som nämnts ovan kan ett av de mer tydliga genomslagen av kvalitativ legalitet observeras i Europadomstolens praxis, särskilt i fråga om artiklarna 8–11 i konventionen och uttolkningen av det uttryckliga krav på lagstöd för inskränkningar av dessa rättigheter som återfinns där. Dessa krav får här tjäna som illustration av hur

⁵³ Thornhill, Chris, *Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent power*, Global Constitutionalism, Vol. 1, Nr. 3, 2012 p. 369–404, DOI: <https://doi.org/10.1017/s2045381712000159>.

kvalitativ legalitet kan tillämpas i praktiken och hur de tjänar de demokratiska funktioner som ovan skisserats.

Europadomstolen använder inte själv begreppet legalitet, men begrepp såsom *prescribed by law* och *in accordance with the law* i dessa (och andra) artiklar utgör konventionsrättsliga uttryck för legalitetsprincipen som kan kopplas vidare till ett allmänt krav på rättsstatlighet.⁵⁴ Förståelsen av denna kvalitativa legalitet har varit föremål för en långsiktig utveckling i Europadomstolens praxis från att det diskuterades på djupet för första gången av domstolen i *Sunday Times mot Förenade konungariket* år 1979.⁵⁵ Kraven har dels preciserats i sin betydelse i olika kontexter, dels kommit att analogt tillämpas även i förhållande till andra rättigheter i konventionen där ett krav på lagstöd förekommer för inskränkningar.⁵⁶

Det går idag att identifiera åtminstone tre övergripande krav. För det första måste rättsreglerna (eller den samling praxis/principer och traditioner) som underbygger en rättighetsbegränsning vara publicerade och tillgängliga för allmänheten.⁵⁷ För det andra måste rättsreglerna nå upp till en viss grad av precision och förutsebarhet i fråga om hur de kan komma att tillämpas.⁵⁸ För det tredje ska rättsreglerna begränsa inslaget av godtycke och skönsräddighet i beslutsfattandet.⁵⁹ En implicit del av detta tredje krav är också att en rättsregel som överlåter beslutsbefogenheter till myndigheter tydligt ska ange gränserna för dessa befogenheter.⁶⁰ Även om Europadomstolen i allmänhet har upprätthållit ett krav på att begränsningar i individens rättigheter ska ha ett uttryckligt stöd i lagstiftning,⁶¹ har domstolen samtidigt accepterat att kvalitativ legalitet inte nödvändigtvis utesluter en gradvis utveckling av ett rättsligt stöd genom prejudicerande nationell praxis, så länge

⁵⁴ Lautenbach, 2013, s. 73.

⁵⁵ *Sunday Times mot Förenade konungariket* (6538/74), 26 april 1979.

⁵⁶ *Medvedyev m.fl. mot Frankrike* (3394/03) [GC], 29 mars 2009; *Simons mot Belgien* (71407/10), 28 augusti 2012; *A m.fl. mot Förenade konungariket* (3455/05), 19 februari 2009.

⁵⁷ Se *Sunday Times mot Förenade konungariket* (6538/74), 26 april 1979, p. 49; *Silver m.fl. mot Förenade konungariket* (5947/72), 25 mars 1983, p. 87-88.

⁵⁸ Se *Huvig mot Frankrike* (11105/84), 24 april 1990; *Kruslin mot Frankrike* (11801/85), 24 april 1990.

⁵⁹ Se *Malone mot Förenade konungariket* (8691/79), 2 augusti 1984, p. 68.

⁶⁰ Se exempelvis *Silver m.fl. mot Förenade konungariket* (5947/72), 25 mars 1983, p. 88; *Malone mot Förenade konungariket* (8691/79), 2 augusti 1984, p. 51; *Leander mot Sverige* (9248/81), 26 mars 1987, p. 51.

⁶¹ Se *Taylor-Sabori mot Förenade konungariket* (47114/94), 22 oktober 2002, § 19.

denna praxis når upp till samma kvalitetskrav som uppställts i fråga om stiftad lag.⁶² Såväl förarbeten som praxis och administrativa regler kan, så länge de är tillgängliga, tydliga och begränsar godtycke, bidra till att upprätthålla förutsebarhet i en annars vag lagstiftning.⁶³

Den skärpa med vilken Europadomstolen applicerar ovan nämnda kvalitetskrav kan variera beroende på kontext och rättighetsintrångets karaktär.⁶⁴ Domstolen tycks dock i huvudsak behandla de centrala komponenterna av legalitet som separata krav eller kriterier som ska uppfyllas, och som vid behov kan specificeras närmare beroende på sin kontext. Samtidigt är de på flera sätt sammankopplade. Legalitetskriterierna tillgänglighet, klarhet/precision och begränsat godtycke kan betraktas som byggstenar i ett mer övergripande mål av att uppnå rättssäkerhet genom *förutsebarhet*. Denna förutsebarhet är nämligen beroende av att samtliga tre tidigare nämnda kriterier möts, men fyller också demokratiska funktioner.

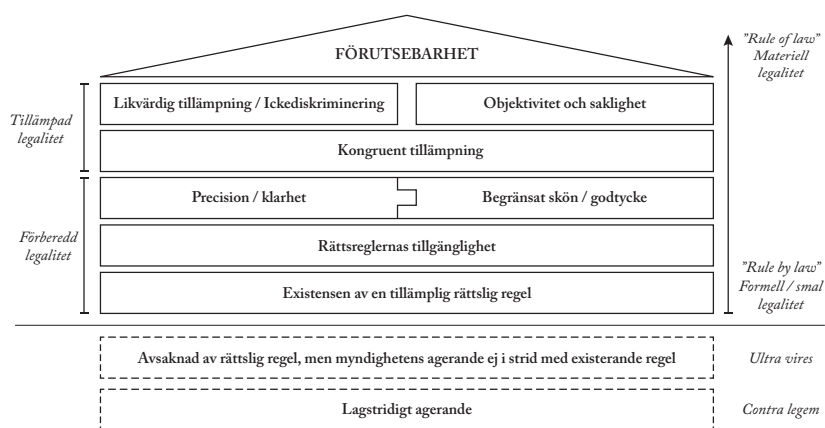


Fig. 1: En ritning över kvalitativ legalitet.

Om den rättsliga regleringen är otillgänglig är det av naturliga skäl omöjligt att nå förutsebarhet rörande dess krav och effekter. Som Europadomstolen tillämpat tillgänglighetskravet i bl.a. *Leander mot Sverige* kan endast allmänt tillgängliga

⁶² *Uzun mot Tyskland* (35623/05), 2 augusti 2010, § 67.

⁶³ Jfr. Lautenbach, 2013, s. 94.

⁶⁴ Exempelvis kan i regel en komplex och svårtydd lagstiftning vara acceptabel inom vissa sektorer där avnämarna är multinationella företag med tillgång till juridisk kompetens, se *Autronic AG mot Schweiz* (12726/87), 22 maj 1990, och kravet på avgränsade beslutsbefogenheter blir särskilt viktigt inom områden där myndigheterna kan agera i hemlighet – exempelvis i fråga om hemlig övervakning, jfr. *Liberty m.fl. mot Förenade konungariket* (58243/00), 1 juli 2008.

föreskrifter ligga till grund för ett lagstöd i konventionens mening.⁶⁵ Detta tillgänglighetskrav fyller också uppenbara demokratiska funktioner. Tillgängligheten är avgörande för att beslut inte ska basera sig på okända eller otillbörliga bevekelsegrunder. Förutom sin rättssäkerhetsfunktion blir detta avgörande för att instruktioner och befogenheter som givits myndigheterna ska kunna bli föremål för en öppen demokratisk debatt och diskussion. I en kontext som den svenska där myndigheter har en förhållandevis långtgående självständighet gentemot regeringen i fråga om sitt beslutsfattande är det därtill utifrån ett perspektiv av demokratiskt ansvarsutkrävande av särskilt intresse att veta om en rättstillämpning hos myndigheterna härstammar från en tolkning av rättsreglerna som sådana eller generella riktlinjer eller förväntningar uttryckta i policy. Detta kräver i regel tillgång till de för myndigheternas tillämpning relevanta normerna oavsett om de är interna eller externa. Från ett lagstiftarperspektiv är det också intressant att se i vilken utsträckning effekter som lagstiftningen producerat är ett resultat av den lagstiftning som finns på området, av kompletterande regler från regeringen, eller av en intern omtolkning av dessa regler inom myndigheterna. Tillgänglighet som tjänar individens rättssäkerhet möjliggör således transparens även utifrån ett demokratiskt granskningshänseende.

Om lagstiftningen är skriven på ett sätt som saknar klarhet och precision kan liknande problem uppstå. Här måste dock enligt Europadomstolen klarhet och precision vägas mot att lagstiftningen inte ska bli för rigid, varför behovet av viss kategorisering och generalisering till viss del blir oundvikligt men också något som kan hanteras genom domstolarnas rättstillämpning.⁶⁶ Kravet på tydlighet är i stor utsträckning kontextberoende och Europadomstolen är i detta avseende förhållandevis tillåtande så länge tolkningsdata kan återfinnas i rättspraxis, förarbeten eller lägre nivåer av allmänt tillgängliga föreskrifter.⁶⁷ Upprätthållande av klarhet och precision måste dock ses som sammanlänkat med kravet på att lagen också i rimlig utsträckning begränsar myndigheternas fria skön, eftersom lagstiftningen annars knappast kan betraktas som särskilt tydlig i fråga om hur den kan komma att tillämpas. Här

⁶⁵ *Leander mot Sverige* (9248/81), 26 mars 1987, p. 54.

⁶⁶ Jfr. *Cantoni mot Frankrike* (17862/91), 15 november 1996, p. 32.

⁶⁷ Se Lautenbach, 2013, s. 90–94.

tillämpar Europadomstolen en striktare standard som också blir beroende av tillgängligheten av rättsmedel för att pröva myndigheternas beslut eller åtgärder.⁶⁸

Ett exempel på denna prövning kan hämtas från fallet *Gillan och Quinton mot Förenade konungariket* rörande brittiska polisens s.k. *stop and search* befogenheter inom antiterrorområdet. Den brittiska polisen hade i lag givits befogenhet att stoppa och visitera personer på gatan om det ansågs vara hjälpsamt för polisens arbete att förhindra terrorbrott.⁶⁹ Avsikten var att polisen skulle kunna få utgå från sin erfarenhet och magkänsla och någon skyldighet att motivera visitationen utifrån varken objektiva eller subjektiva misstankar fanns i praktiken inte.⁷⁰ Befogenheten var tänkt att vara tidsbegränsad och geografiskt avgränsad till områden med förhöjd risk för terrordåd men kom i praktiken genom återkommande beslut av polismyndigheten att gälla utan avbrott i hela det större Londonområdet sedan dess att lagstiftningen trädde ikraft.⁷¹ Europadomstolen underkände i slutändan lagstiftningen utifrån bristande lagstöd i kvalitativ mening på basis av dess överföring av godtyckliga befogenheter till polisen, vars tillämpning av lagstiftningen dessutom visade på diskriminerande tendenser.⁷² Härigenom illustreras samspelet mellan överlåtelsen av en påtagligt vid skönsmässig befogenhet och de problem i fråga om förutsebarhet som därigenom uppstår för den enskilde, men också hur de rättsliga ramarna för tillämpningen därigenom i praktiken kom att bestämmas av den tillämpande myndigheten själv. Samtidigt kan konstateras att den brittiska lagstiftaren helt medvetet hade överlämnat en sådan skönsmässighet till exekutivens myndigheter och i slutändan till enskilda befattningshavare. I underkännandet av en sådan befogenhetsöverlåtelse innebar Europadomstolens tillämpning av legalitetskravet i praktiken också ett uttalande om de normativa gränserna för kompetensfördelningen mellan den lagstiftande och den exekutiva makten när ett sådan kompetensöverföring påverkar individens rättigheter. Vid sidan av frågor rörande rättens handlingsdirigerande kvaliteter aktualiserar detta också frågan om medborgarnas

⁶⁸ Ibid. s. 97–101.

⁶⁹ Befogenheten var uttryckt som en rätt att visitera om en polisman “considers it expedient for the prevention of acts of terrorism”, Europadomstolen konstaterade att detta i praktiken var synonymt med ”helpful”, *Gillan och Quinton mot Förenade Konungariket* (4158/05) 12 januari 2010, p. 80.

⁷⁰ Ibid. p. 83.

⁷¹ Ibid. p. 81.

⁷² Ibid. pp. 85–87.

möjlighet till demokratiskt delägarskap i fråga om de maktbefogenheter som delegerats.

I fråga om åtgärder som sker i hemlighet, såsom hemlig övervakning, fyller kravet på begränsad skönsmässighet också transparensfunktioner som i bästa fall möjliggör en debatt rörande de befogenheter som lagstiftaren överlåter till myndigheterna, en debatt som i praktiken skulle bli svår att hålla om lagstiftningens otydlighet i fråga om befogenheterna är så oklart uttryckt att den i ljuset av sekretessbelagd myndighetspraxis blir omöjlig att få insyn i. I fallet *Bykov mot Ryssland* tilläts exempelvis brottsbekämpande myndigheter att utföra s.k. "operativa experiment" vid utredningar av allvarliga brott. Dessa operativa experiment innebar att existerande regler om hemlig avlyssning kunde kringgås och oreglerade metoder så som radiosändare istället tillämpas.⁷³ I praktiken innebar det att myndigheternas skönsmässiga beslutsutrymme skapade oförutsebarhet och bristande rättssäkerhet, men också att den demokratiska kontrollen över myndigheternas befogenheter brister. Denna situation kan kontrasteras med fallet *Uzun mot Tyskland*, där Europadomstolen fann att en utveckling av innebörden av de brottsbekämpande myndigheternas befogenhet att använda GPS-spårsändare hade skett i tydlig och allmänt tillgänglig prejudicerande rättspraxis vilket ansågs uppfylla legalitetskravet. När så är fallet kan också denna praxis bli föremål för offentlig diskussion och debatt, vilket bidrar till en ökad demokratisk legitimitet för de brottsbekämpande myndigheternas agerande och därtill möjliggör för lagstiftaren att träda in om resultaten blir oönskade.

Även när ovan nämnda kvalitetskrav är uppfyllda är det viktigt att poängtera att resultatet ändå kan betraktas endast som *förberedd legalitet* i den mening att kriterierna är inriktade på lagstiftaren med en framåtblickande logik. Det vill säga, för att göra berättigade intrång i individens rättighetssfär måste lagstiftaren förbereda detta genom förutsebar lagstiftning som vid sidan av den kvalitativa legaliteten lever upp till andra krav som i vissa kontexter kan ställas på lagstiftningen, såsom ett legitimt ändamål, nödvändighet och proportionalitet.⁷⁴

⁷³ *Bykov mot Ryssland* (4378/02) 10 mars 2009, pp. 77–82.

⁷⁴ Se allmänt Barak, Aharon, *Proportionality – Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge 2012; Huscroft, Grant, Miller, Bradley W. & Webber, Grégoire (red.), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2014, DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9781107565272>.

Denna förberedda legalitet bör begreppsmässigt separeras från rättssäkerhet i den praktiska tillämpningen, vilket i sammanhanget närmast kan beskrivas som *tillämpad legalitet*, där det är upp till de rättstillämpande myndigheterna att tillämpa den förberedda lagstiftningen på ett sätt som är kongruent med den stiftade lagen, dessutom på ett objektivt och likvärdigt sätt.⁷⁵ Endast när de kvalitativa legalitetskrav som utgör förberedd legalitet kombineras med att rättsreglerna tillämpas kongruent, objektivt och på ett icke-diskriminerande sätt får således legalitet i egenskap av en lagstyrd maktutövning fullt genomslag. För att nå upp till genuin rättsstatlighet krävs därtill även institutionella mekanismer såsom självständiga domstolar, tillgång till rättslig prövning, samt maktindelning.⁷⁶ Med andra ord; legalitet är viktigt, men inte tillräckligt. Det säger sig självt att i upprätthållandet av legalitet och rättssäkerhet spelar ett självständigt domstolsväsende en naturlig och viktig roll, vilket understryker dess betydelse i en stat som gör anspråk på att vara en rättsstat. Den kontinuerliga normprövning som utförs av självständiga domstolar kan bidra till att social och teknisk utveckling inte resulterar i en smygande avvikelse från förberedd legalitet genom en oförutsebar tillämpning av existerande rätt på nya omständigheter.⁷⁷ Normprövning kan också förebygga att en gradvis omtolkning eller förvrängning av gällande rätt äger rum inom exekutivens myndigheter.⁷⁸ Betydelsen av normprövning för upprätthållandet av kvalitativ legalitet är således central, något som illustreras av hur Europadomstolen och EU-domstolen båda understryker att rättighetsbegränsningar måste förenas med tillräckliga rättssäkerhetsmekanismer, såsom tillgång till självständig domstolsprövning och tillhörande möjlighet till normprövning.⁷⁹ Som framhållits ovan är också sådana möjligheter av betydelse för tillvaratagandet av individens roll som en aktiv och autonom aktör som kan använda tillgängliga rättsmedel för att tillvarata sina rättigheter och kontrollera att makten utövas inom de konstitutionella och rättsliga ramarna.

⁷⁵ Jfr. Sterzel, 2017, s. 75.

⁷⁶ Europarådets Venedigkommission, 2011; Tamanaha, 2004, s. 124.

⁷⁷ Se Ohm, Paul, *The Argument Against Technology Neutral Surveillance Laws*, Texas Law Review (88), 2010, 1685-1855, s. 1706.

⁷⁸ Bingham, Tom, *The Rule of Law*, Penguin Books, London 2010, s. 60-62.

⁷⁹ Se exempelvis *Roman Zakharov mot Ryssland* (47143/06) [GC], 4 december 2015; *Klass m.fl. mot Tyskland* (5029/71), 6 september 1978; Förenade målen C-293/12 & C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources m.fl.*, och *Kärntner Landesregierung m.fl.*, EU:C:2014:238.

5 DEMOKRATISKA IMPLIKATIONER VID BRISTANDE KVALITATIV LEGALITET: TRE YTTERLIGARE EXEMPEL

Ovan har slutsatsen dragits att komponenterna i kvalitativ legalitet har som övergripande rättsteoretiskt mål att producera rättssäkerhet i form av förutsebarhet. Det har också argumenterats för att grunden för demokratisk legitimitet kan sökas i en koppling mellan medborgarnas samtycke eller delägarskap såsom det kommit till uttryck i en konstituerad representativ demokrati å ena sidan, och rättens materiella uttryck å andra sidan. Som visats ovan innebär kvalitativ legalitet att demokratiska värden tillvaratas genom att bidra till en kontinuerlig kontroll av att rättsreglernas tillämpning har en rimlig koppling den lagstiftande församlingens politiska överväganden och beslut. Kvalitativ legalitet säkerställer därmed en koppling mellan statens agerande och det konkreta uttrycket av den representativa folkviljan i lagstiftningen och den reflekterande lagstiftningsprocess som föregått den. Ett tydligare och mer förutsebart lagstöd skänker såväl rättslig som demokratisk legitimitet.

Betydelsen i demokratihänseende av att upprätthålla kvalitativ legalitet illustreras i än större utsträckning av den debatt som uppstod i ljuset av Edward Snowdens avslöjanden om NSA:s övervakning och europeiska säkerhetstjänsters samarbete med amerikanska myndigheter inom ramen för denna. Den långtgående och dolda administrativa praxis som uppstått inom, åtminstone, den brittiska och tyska säkerhetstjänsten hade inte varit föremål för demokratisk debatt och en sådan hade i praktiken varit svår att hålla givet att varken lagstiftare eller allmänheten i stort hade insikt om hur rättsreglerna kommit att tillämpas. Enligt egen utsago hade inte ens den amerikanska lagstiftare som skrev lagtexten insett vilka befogenheter som exekutivens underrättelsemyndigheter skulle kunna tolka in i vissa skrivningar.⁸⁰ Oaktat de rättssäkerhetsproblem som övervakningen aktualiserar väcks onekligen frågor om den demokratiska legitimiteten av den övervakning som ägt rum. Synliggörandet av dessa administrativa sedvanor har förvisso inte inneburit att

⁸⁰ Se Sensenbrenner, Jim, 'This Abuse of the Patriot Act Must End' *The Guardian*, 31 December 2015 <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/jun/09/abuse-patriot-act-must-end>>.

övervakningen nödvändigtvis upphört,⁸¹ men det har bidragit till att den demokratiska debatten rörande säkerhetstjänsternas metoder baseras på en större grad av förutsebarhet rörande lagstiftningens effekter och myndigheternas agerande.⁸² Givet det känsliga område av statens verksamhet frågan rör är förutsebarheten och insynen fortfarande begränsad och det är exempelvis värt att notera att den tyska förbundsdagens egen utredning om tyska myndigheters medverkan i denna övervakning inte givits rätt till insyn i de sökbegrepp eller selektorer som används vid övervakning av sina medborgare.⁸³ Trots detta har avslöjandena ändå givit medborgare mer konkret information som i sin tur kan ligga till grund för en prövning av konventionsenligheten av myndigheternas agerande i domstol vilket ger dem bättre möjligheter att tillvarata sin medborgerliga autonomi.⁸⁴ Det står klart att en högre grad av förutsebarhet i fråga om myndigheternas befogenheter hade kunnat förbättra den demokratiska förankringen av säkerhetstjänsternas arbete i denna kontext, även i den mån mer specifika detaljfrågor inte kunnat vädras offentligt.

Av naturliga skäl blir den demokratiska legitimiteten än mindre i frågor där något explicit lagstöd inte finns överhuvudtaget och där en metod växer fram genom en form av institutionell sedvana. Här kan ett exempel hämtas i hur svensk polis sedan åtminstone 2010 spanat på mobiltelefoni med hjälp av en utrustning som föreställer sig vara en legitim basstation för mobiltelefoni, s.k. *IMSI-catchers*.⁸⁵ Explicit lagstöd för denna metod saknas, och myndigheterna har istället lutat sig mot en princip om att ”etern är fri” och att något lagstöd därmed inte behövs. Denna princip, vars grunder måste sökas i vissa förarbetsuttalanden vid införandet av radiolagen 1966 och

⁸¹ Brittiska lagstiftare har istället försökt lagfästa samarbetet tydligare genom ”The Investigatory Powers Act 2016”.

⁸² Steg i den riktningen är de utredningar som skett i den tyska förbundsdagen rörande NSA:s övervakning, den s.k. Untersuchungsausschuss ("NSA") och Europaparlamentets strävanden att orientera sig i frågan, se ’The US surveillance programmes and their impact on EU citizens’ fundamental rights’ (PE 474.405), samt ’Human rights and technology: the impact of intrusion and surveillance systems on human rights in third countries’ (2014/2232(INI)).

⁸³ Se BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Oktober 2016 - 2 BvE 2/15 - Rn. (1-190) <http://www.bverfg.de/e/es20161013_2bve000215.html>

⁸⁴ Se de pågående prövningarna hos Europadomstolen i fallen *Big Brother Watch m.fl. mot Förenade Konungariket* (58170/13); *Bureau of Investigative Journalism och Alice Ross mot Förenade Konungariket* (62322/14); *10 människorättsorganisationer m.fl. mot Förenade Konungariket* (24960/15).

⁸⁵ Se SOU 2010:103 – Särskilda spaningsmetoder, betänkande av Polismetodutredningen, s. 79-81, 295.

avskaffandet av licensplikten för radioapparater, har således ett halvt sekel senare möjliggjort ett omfattande polisiärt bruk av s.k. falska mobilmaster och ett oreglerat intrång i den personliga integriteten.⁸⁶ Metoden används framför allt vid spaning som ett förstadium till traditionella tvångsmedel och utan medverkan av mobiloperatörer. Detta, i kombination med att resultaten av metoden inte nödvändigtvis behöver lyftas fram som självständig bevisning, har gjort att metoden inte heller kommit att prövas rättsligt även om behovet av tydligare reglering har uppmärksamats i offentliga utredningar.⁸⁷ Vid sidan av de brister detta fört med sig i fråga om respekten för individens rättighetsskydd innebär bruket av sådan teknik ett bruk av en maktbefogenhet som inte blivit föremål för demokratiska överväganden. Det är förhållandevis svårt att tänka sig att regeringen i samband med reformen av radiolagstiftningen 1966 funderade särskilt mycket kring övervakning av mobiltelefoni givet att principen om den fria eter diskuteras i kontexten av tillgången till allmänna radioprogram från Sveriges radio,⁸⁸ att den första fungerande prototypen av mobiltelefoni uppvisades 1973,⁸⁹ och att tekniken för denna typ av spaning utvecklades under mitten 1990-talet.⁹⁰

Värdet av den kvalitativa legaliteten har hittills berörts framför allt utifrån lagstiftningskontexter präglad av svag insyn i myndigheternas agerande. Det är också en kontext där den kvalitativa legalitetens demokratiska funktioner synliggörs på ett tydligt sätt. Dessa funktioner är dock relevanta även inom andra områden. Hultqvist har exempelvis i en skatterättslig kontext lyft fram det konstitutionella värdet av legalitetsprincipens bestämdhetskrav, med den maktförskjutning till rättstillämpare som brister i klarhet innebär. Han pekar också på hur prejudicerande domstolspraxis kan dröja och hur myndigheterna får ägna tid åt normbildning när de skulle kunnat

⁸⁶ Naarttijärvi, Markus, *Swedish Police Implementation of IMSI-catchers in a European Law Perspective*, *Computer Law & Security Review* 32, 2016, 852–867, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2016.07.006>.

⁸⁷ Se SOU 2010:103 – Särskilda spaningsmetoder, betänkande av Polismetodutredningen, s. 299–310.

⁸⁸ Prop. 1966:149, s. 28.

⁸⁹ Teixeira, Tania, *Meet Marty Cooper – The inventor of the mobile phone*, BBC News, 23 april 2010, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/click_online/8639590.stm>

⁹⁰ Pell, Stephanie K. & Christopher Soghoian, *Your secret stingray's no secret anymore: The vanishing government monopoly over cell phone surveillance and its impact on national security and consumer privacy*, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 28, Nr. 1, 2014, p. 13.

ägna sig åt tillämpning.⁹¹ Ett demokratiskt underskott blir dock sannolikt än mer problematiskt i kontexter där myndigheternas agerande sällan eller aldrig blir föremål för rättslig prövning, exempelvis i fråga om myndigheternas arbetsmetoder i förstadier till mer utåtriktad myndighetsutövning. I dessa kontexter där de åtgärder som vidtas eller de metoder som används ännu inte nödvändigtvis är hänförliga till ett specifikt ärende gör sig de principer som syftar till att upprätthålla insyn och rättssäkerhet i fråga om myndighetsutövning och ärendehandläggning mindre påminna. Den kvalitativa legalitetens demokratiska funktioner som berörts ovan utgör dock ett argument för att beakta behovet av ett tydligt och förutsebart stöd i lag även i sådana kontexter. Ytterligare ett exempel kan få illustrera detta.

Den svenska Försäkringskassan arbetar sedan några år med algoritmisk riskanalys av ersättningsanspråk, något de beskriver som *prediktiv analys*. Utifrån utfallet av tidigare kontroller beräknas potentiella riskindikatorer eller prediktorer, exempelvis innehållet i ansökningen, medborgarens historiska ersättningsmönster och utfallet av tidigare kontroller. Därefter används statistisk modellering och data mining-algoritmer för att göra förutsägelser om framtiden eller andra okända händelser, exempelvis för att uppskatta sannolikheten för fel i nya ansökningar.⁹² Fenomenet har av integritetskommitténs kartläggning av risker för den personliga integriteten beskrivits som ”medborgarprofilering”, vilket definieras som myndigheters arbete med att skapa profiler om de personer som har ärenden hos dem i syfte att kunna arbeta med smarta kontroller.⁹³ Metoden innebär i praktiken en mikrosegmentering av medborgare som ska bli föremål för fördjupade kontroller av en (mänsklig) handläggare utifrån en algoritmiskt uträknad risk, en utveckling som för med sig vissa implicita risker i fråga om diskriminerande effekter.⁹⁴ Försäkringskassans arbete med denna metod har varit myndighetens svar på ett

⁹¹ Hultqvist, Anders, *Om bestämdhetskravet i legalitetsprincipen*, Skattenytt, Nr. 10, 2016, s. 742-743.

⁹² Försäkringskassan, *Särskild redovisning av arbetet med att säkerställa att felaktiga utbetalningar inte görs och att motverka bidragsbrott – svar på regeringsuppdrag*, Dnr 003421-2014, 21 februari 2014, s. 14.

⁹³ SOU 2016:41, Hur står det till med den personliga integriteten? – en kartläggning av integritetskommittén, delbetänkande av Integritetskommittén, s. 307.

⁹⁴ För en översikt, se Naartijärvi, Markus, ”Rättsstatlighet och algoritmiska svarta lådor”, i Edström, Örjan, Johan Lindholm & Ruth Mannelqvist (red.), *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år*, Umeå universitet, 2017, s. 245–259.

regeringsuppdrag att minska felaktiga utbetalningar.⁹⁵ Någon särskild befogenhet för att genomföra just denna typ av kontroller finns dock inte utan det rör sig framför allt om ett bruk av de ordinarie befogenheter som Försäkringskassan tilldelats i fråga om att handlägga och kontrollera ansökningar om utbetalningar.⁹⁶ Ur rättssäkerhetssynpunkt kan detta väcka vissa frågor givet att datormodellerna inte nödvändigtvis är tillgängliga och förutsebara för individen och medför en risk i integritetshänseende,⁹⁷ men det väcker även frågan om myndighetens tillämpning av dessa tekniker har en rimlig koppling till någon form av demokratiska överväganden. Existensen av sådana överväganden måste rimligen ha en betydelse i fråga om den demokratiska förankringen av införandet av en ny teknisk metod i myndighetsutövningen som påverkar förhållandet mellan medborgarna och förvaltningen. En sådan förankring kommer förvisso i flera avseenden att samspela med lagstiftningens förenlighet med individens rättighetsskydd men borde rimligen vara av betydelse även utan att risker i rättssäkerhetshänseende går att konstatera.

6 SLUTSATSER

Som framgått ovan kan ett strikt upprätthållande av de kvalitativa legalitetskraven bidra till att upprätthålla och öka transparens i maktutövningen och möjliggör att den demokratiska debatten om nuvarande eller föreslagna lagstiftningsåtgärder baseras på rimliga nivåer av förutsägbarhet rörande lagstiftningens effekter i förhållande till exempelvis grundläggande rättigheter eller andra beaktansvärda hänsyn. Vid en strikt legalitetsanalys blir det svårare, om än inte omöjligt, för lagstiftaren att upprätthålla långtgående rättighetsinskränkningar utifrån generella eller otydliga skrivningar. Därmed stärks inte bara den rättsliga legitimiteten, kvalitativ legalitet bidrar också till den demokratiska debatten som sådan i en form av växelverkan. Brister i legalitetshänseende i denna vidare mening innebär motsatsvis att varken medborgare eller de som sitter vid parlamentets voteringsknappar nödvändigtvis förstår innebörden av en föreslagen lagstiftning, eller den makt som genom lagstiftningen kommer att överlätas till exekutiven.

⁹⁵ Försäkringskassan, 2014, s. 14.

⁹⁶ SOU 2016:41, s. 309.

⁹⁷ Integritetskommittén anför att arbetet med denna kontrollverksamhet ”präglas av frånvaro av transparens i förhållande till allmänheten”, SOU 2016:41, s. 82–83.

Här uppträder också de kvalitativa legalitetskravens maktodelningsfunktioner, de begränsar exekutivens skönsrättsliga makt och okontrollerade tolkningsutrymme genom att uppställa krav på medborgarnas förmåga att förutse och förstå vilka befogenheter myndigheterna givits och vad som förväntas av dem. Detta medborgarperspektiv har sin spegelbild i att tydligheten i fråga om maktodelning och rättssäkerhet också möjliggör för folkets valda representanter att förstå och förutse vilken makt som de överlåter till exekutiven. Dessa funktioner sträcker sig således bortom mer formella frågor om att de rättsliga normerna i vissa fall ska ha utfärdats av den lagstiftande församlingen och underbygger istället de demokratiska maktodelningsvärden som härstammar ur transparens.

Även om det får förutsättas att det i politiken kan finnas en skillnad mellan vad politikerna försöker uppnå och hur det presenteras, kan en tillämpning av kvalitativ legalitet av normprövande domstolar bidra till att – åtminstone när det kommer till översättningen av politiska mål till lagtext – framtvunga en miniminivå av klarhet och förutsebarhet. Om lagstiftaren vill uppnå en viss effekt förutsätts nämligen att de förmår omvandla sina intentioner med tillräcklig tydlighet till lagstiftning.⁹⁸ Därigenom kontrolleras att lagstiftaren åtminstone i viss mån: i) vet vad den gör; ii) gör så medvetet och uttryckligen; iii) föremål för en öppen och informerad demokratisk debatt; iv) att individer kan förutse effekterna lagstiftningen får på deras egna rättigheter och friheter, vilket v) ger dem möjlighet att forma en informerad åsikt i frågan inför nästa val eller använda tillgängliga rättsmedel för att kontrollera att maktutövningen håller sig inom givna ramar.

Kvalitativ legalitet fungerar därför inte bara i två riktningar, utan också på två olika nivåer. Funktionerna som beskrivits ovan säkerställer en koppling mellan rätten och den konstituerade makten, samtidigt som det säkerställer att denna konstituerade makt utövas inom gränserna konstitutionen ställer upp och därigenom inom de implicita gränserna för den delegation som skett från den konstituerande makten.

⁹⁸ Här kan en parallell göras till lagstiftarens proportionalitetsöverväganden, där domstolar rimligen inte behöver visa samma återhållsamhet i ifrågasättandet av lagstiftningens proportionalitet i situationer där den lagstiftaren inte gjort någon egen proportionalitetsanalys, jmf. Spano, Robert, *The European Court of Human Rights and National Courts: A Constructive Conversation or a Dialogue of Disrespect?* Nordic Journal of Human Rights, 33(1), 2015, 1–10, s. 7, DOI: <https://doi.org/10.1080/18918131.2015.1002063>.

Lagstiftning är förstås tänkt att fungera en längre tid, och alla eventualiteter kan inte förutses. Den ovan nämnda effekten av kvalitativ legalitet kan därför inte förstås som ett absolut krav på en koppling till uttryckliga överväganden från lagstiftarens sida, på samma sätt som exempelvis rättslig klarhet och förutsebarhet aldrig kan vara absolut och otvetydig. Det handlar istället om upprätthållandet av en rimlig koppling mellan rättens ordalydelse – som är ett resultat av demokratiska överväganden – och dess effekter. Frågan om när denna koppling blir för svag tillkommer i första hand lagstiftaren, som alltid har möjlighet att agera genom ny lagstiftning när lagstiftningens effekter inte längre är politiskt önskvärda. Givet att lagstiftaren medvetet eller omedvetet väljer att låta tillämpningen glida längre från de gränser som ställs upp av kvalitativ legalitet är det dock upp till normprövande domstolar (och myndigheter) att agera för att säkerställa att kopplingen upprätthålls och därigenom tvinga lagstiftaren att återigen genom demokratiska överväganden ta ställning i frågan.⁹⁹ På samma sätt är det också upp till domstolar att säkerställa att lagstiftningens ordalydelse är styrande och inte åsidosätts med hänvisning till förarbetsuttalanden,¹⁰⁰ eftersom en sådan granskning tvingar lagstiftaren att översätta sina intentioner till en promulgerad, klar och rättsligt genomdrivbar form som upprätthåller juridiska rationalitetsmått.

Som beskrivits ovan kan kvalitativ legalitet påverka sättet som makt överläts till exekutiven. Här bör nämnas vad som beskrivits som en pågående tendens att placera allt mer makt hos exekutiven, ett resultat av föreställningar om ständiga säkerhetshot som resulterar i mer eller mindre permanenta undantagstillstånd,¹⁰¹ men som också kan hämta näring från auktoritära eller totalitära ideologier och teorier.¹⁰² Utifrån denna tendens kan det vara värt att bemöta argumentet att de folkvalda kanske medvetet önskar överlåta en mindre begränsad makt till exekutiven. Alternativt, att

⁹⁹ Jfr. Bull, Thomas, Om domstolars roll i demokratin – fågel, fisk eller mittemellan? – del II, JT nr. 1, 2000, s. 46–47.

¹⁰⁰ Jfr. Sterzel, 2017, s. 96, som diskuterar ändamålstolkningar som sker “av lojalitet med lagstiftaren”.

¹⁰¹ Se allmänt Agamben, Giorgio, *Undantagstillståndet*, Propexeus, Lund 2005.

¹⁰² Jfr. Luban, David, *Carl Schmitt and the Critique of Lawfare*, Case Western Reserve Journal of International Law, 43(1-2), 2010, 457–471 som visat hur Carl Schmitt har gått från att citeras fem gånger i amerikanska law-journals mellan 1980–1990, till att citeras 420 gånger mellan 2000 och 2010, något Luban hänför till en tendens hos vissa akademiker att vilja legitimera exekutivens självständiga makt i säkerhetsfrågor.

det uppfattas som önskvärt från de folkvalda att ge myndigheterna långtgående skönsmässiga befogenheter förenat med svag insyn, i syfte att bekämpa exempelvis terrorism eller andra allvarliga säkerhetshot. Kvalitativ legalitet såsom jag beskrivit det ovan har vid upprepade tillfällen visat sig sätta gränser för en sådan lagstiftning, exempelvis i fallet Gillan och Quinton som nämnts ovan.¹⁰³ Kan kvalitativ legalitet trots att den ställer upp en sådan gräns för de folkvaldas valfrihet hävdas tjäna just demokratiska funktioner?

Givet den ovan redovisade utgångspunkten att legalitet och maktindelning är förutsättningar för ett bindande demokratiskt samtycke, blir det dock tydligt att just dessa begränsande funktioner hos den kvalitativa legaliteten är viktiga. Det kan ifrågasättas om parlamentet har en legitim befogenhet att överlåta makt till exekutiven eller dess myndigheter på ett sådant obegränsat sätt, eller öppna upp för långtgående godtycklighet i lagstiftningen, inte bara utifrån att det får negativa följder för individens rättssäkerhet, utan utifrån mer renodlat demokratiska utgångspunkter. Det skulle innebära att de folkvalda överlät makt som de själva inte förfogar över, vilket i praktiken kunna riskera att underminera de grundläggande förutsättningarna för att ett framtida genuint demokratiskt samtycke ska kunna uppstå.¹⁰⁴ Eller, med andra ord, det skulle kränka de principer som etablerats genom att den konstituerande makten en gång placerade lagstiftningsmakten hos parlamentet och inte hos exekutiven.¹⁰⁵ I den mån rättsstaten, inklusive principer om legalitet och maktindelning hindrar en sådan maktöverföring *carte blanche*, är detta således en helt rimlig effekt av den funktion som grundläggande rättsstatliga principer upprätthåller i legitimerandet av sådan makt.

De demokratiska funktioner som diskuterats ovan kan inte ligga till grund för slutsatsen att lagstiftaren i alla lägen ska styra allt genom lag på detaljnivå, en avvägning måste alltid äga rum mellan förutsebarhetens värde och de rättsliga reglernas flexibilitet och långsiktighet. Samtidigt kan de demokratiska värden som

¹⁰³ Se Europadomstolens avgöranden i *Liberty m.fl. mot förenade konungariket* (58243/00) 1 juli 2008; *Gillan och Quinton mot Förenade konungariket* (4158/05), 12 januari 2010; *Roman Zakharov mot Ryssland* (47143/06) [GC], 4 december 2012.

¹⁰⁴ Se Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford 2017, s. 231, DOI: <https://doi.org/10.1093/law/9780198768791.001.0001>.

¹⁰⁵ Se Loughlin, 2013, s. 220, som framför: "...[W]hile the law of the constitution may take effect as fundamental law with respect to the institutions of government, no type of delegated power can alter the conditions of its own delegation."

kvalitativ legalitet upprätthåller betraktas som en uppmaning till lagstiftaren inte helt släppa rodret över förvaltningen, eller ge upp om ambitionen att reglera principiellt viktiga frågor i lag – även när konstitutionella regler och principer tillåter en mer långtgående delegation. Måhända bygger denna slutsats på en något idealiserad bild av lagstiftningsprocessens förmåga att realisera en levande demokratisk debatt och diskussion, men ger vi upp om det kan vi lika gärna släcka lampan och gå hem.

Källförteckning

- 10 människorättsorganisationer m.fl. mot Förenade Konungariket* (24960/15).
Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Fagbokforlaget, 4 uppl., Bergen,
2015
- A m.fl. mot Förenade konungariket* (3455/05), 19 februari 2009.
- Agamben, Giorgio, *Undantagstillståndet*, Propexeus, Lund 2005.
- Allan, T.R.S., "The Rule of Law", i Dyzenhaus, David & Thorburn, Malcolm
(red.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University
Press, Oxford 2016. DOI:
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198754527.003.0011>
- Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, 2 uppl.,
Iustus förlag, Uppsala 2013.
- Autronic AG mot Schweiz* (12726/87), 22 maj 1990,
- Barak, Aharon, *Proportionality – Constitutional Rights and their Limitations*,
Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Beetham, David, *Max Weber and the Theory of Modern Politics*, Polity Press,
Cambridge 1985.
- Big Brother Watch m.fl. mot Förenade Konungariket* (58170/13).
- Bigo, Didier & Guild Elspeth, "The Worst-case Scenario and the Man on the
Clapham Omnibus", i Goold, Benjamin & Lazarus, Liona (red.) *Security
and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford 2007. DOI:
<https://doi.org/10.5040/9781472563941.ch-005>
- Bingham, Tom, *The Rule of Law*, Penguin Books, London 2010.
- Bohlin, Alf & Wiweka Warnling-Nerep, *Förvaltningsrättens grunder*, Norstedts
juridik, Stockholm, 2006.
- Bull, Thomas, Om domstolars roll i demokratin – fågel, fisk eller mittemellan? –
del II, JT nr. 1, 2000.
- Bull, Thomas & Fredrik Sterzel, *Regeringsformen – en kommentar*, 3:e uppl.,
Studentlitteratur, Lund, 2015.
- Bureau of Investigative Journalism och Alice Ross mot Förenade Konungariket*
(62322/14).

- BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Oktober 2016 - 2 BvE 2/15 - Rn. (1-190) <http://www.bverfg.de/e/es20161013_2bve000215.html>
- Colón-Rios, Joel I., *Weak Constitutionalism – Democratic legitimacy and the question of constituent power*, Routledge: New York 2012. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203120132>
- Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naartijärvi, Markus, *Konstitutionell rätt*, Wolters Kluwer, Stockholm 2016.
- Dobner, Petra, “More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism”, i Dobner Petra & Loughlin, Martin (red.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford 2010. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199585007.003.0007>
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury, London 2013.
- Dyzenhaus, David, *Herman Heller and the Legitimacy of Legality*, Oxford Journal of Legal Studies, 16(4), 1996, 641-666. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/16.4.641>
- Dyzenhaus, David, *Process and Substance as Aspects of the Public Law Form*, Cambridge Law Journal 74(2), 2015, 284-306. DOI: <https://doi.org/10.1017/s0008197315000380>
- Endicott, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford 2000. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198268406.001.0001>
- Europarådets Venedigkommission, CDL-AD(2011)003rev-e, *Report on the Rule of Law*, antagen vid dess 86:e plenissession, mars 2011.
- Frändberg, Åke, *From Rechtsstaat to Universal Law State*, Springer international publishing, London 2014. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-319-06784-1>
- Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven 1969.
- Förenade målen C-293/12 & C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources m.fl., och Kärntner Landesregierung m.fl., 8 april 2014, EU:C:2014:238.
- Försäkringskassan, *Särskild redovisning av arbetet med att säkerställa att felaktiga utbetalningar inte görs och att motverka bidragsbrott – svar på regeringsuppdrag*, Dnr 003421-2014, 21 februari 2014.
- Gillan och Quinton mot Förenade konungariket* (4158/05), 12 januari 2010.
- Green, Leslie, *The Authority of the State*, Oxford University Press, Oxford 1988.

- Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge 1996.
- Habermas, Jürgen, "Postscript to Faktizität und Geltung", *Philosophy & Social Criticism*, Vol. 20, Nr. 4, 1994, 135 – 150. DOI:
<https://doi.org/10.1177/019145379402000406>
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 3 uppl., Oxford University Press, Oxford 2012.
- Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press 2011.
 DOI: <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226320519.001.0001>
- Heller, Herman, *The Nature and Structure of the State*, översatt av David Dyzenhaus, *Cardozo Law Review* 18, december 1996, s. 1139-1216.
- Hultqvist, Anders, *Om bestämdhetskravet i legalitetsprincipen*, *Skattenytt*, Nr. 10, 730–748, 2016.
- Huscroft, Grant, Miller, Bradley W. & Webber, Grégoire (red.), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2014. DOI:
<https://doi.org/10.1017/cbo9781107565272>
- Huvig mot Frankrike* (11105/84), 24 april 1990.
- Høgberg, Alf Petter & Morten Kinander, "Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren", *TfR* vol. 124, nr 1, 2011, s. 15-55
- Kelsen, Hans, *Den rena rättsläran*, Thales, Stockholm 2008.
- Klass m.fl. mot Tyskland* (5029/71), 6 september 1978.
- Kruslin mot Frankrike* (11801/85), 24 april 1990.
- Lautenbach, Geranne, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013. DOI:
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199671199.001.0001>
- Leander mot Sverige* (9248/81), 26 mars 1987.
- Liberty m.fl. mot Förenade konungariket* (58243/00), 1 juli 2008.
- Loughlin, Martin, *The Concept of Constituent Power*, *European Journal of Political Theory*, 13(2), 2013, 218–237. DOI:
<https://doi.org/10.1177/1474885113488766>
- Luban, David, *Carl Schmitt and the Critique of Lawfare*, *Case Western Case Western Reserve Journal of International Law*, 43(1-2), 2010, 457–471.

- Lundström, Mats, *Value Relativism, Procedural Democracy and Opinion Representation - Reflections on Three Conceptual Underpinnings of Swedish Anti-constitutionalism*, Nordisk tidskrift för menneskerettigheter, Vol. 27, Nr. 2, s. 242-259.
- Malone mot Förenade konungariket (8691/79), 2 augusti 1984.
- Marmor, Andrei, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, New York 2007. DOI:
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195338478.001.0001>
- Medvedyev m.fl. mot Frankrike (3394/03) [GC], 29 mars 2009.
- Naarttjärvi, Markus, *För din och andras säkerhet – Konstitutionella proportionalitetskrav och Säkerhetspolisens preventiva underrättelseinhämtning*, Iustus förlag, Uppsala, 2013.
- Naarttjärvi, Markus, *Swedish Police Implementation of IMSI-catchers in a European Law Perspective*, Computer Law & Security Review 32, 2016, 852–867. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2016.07.006>
- Naarttjärvi, Markus, ”Rättsstatlighet och algoritmiska svarta lådor”, i Edström, Örjan, Johan Lindholm & Ruth Mannelqvist (red.), *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år*, Umeå universitet, 2017.
- Nergelius, Joakim, ”Maktodelning och politikens judikalisering”, i SOU 1999:58, Demokratiutredningens skrift Nr. 23, *Löser juridiken demokratins problem?*
- Nergelius, Joakim, *Judicial Review in Swedish Law – A Critical Analysis*, Nordisk tidskrift för menneskerettigheter, Vol. 27, Nr. 2, s. 142-159.
- Nergelius, Joakim, *Svensk statsrätt*, 3:e uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014.
- Ohm, Paul, *The Argument Against Technology Neutral Surveillance Laws*, Texas Law Review (88), 2010, 1685-1855.
- Patberg, Markus, *Constituent Power beyond the State: An Emerging Debate in International Political Theory*, Millennium: Journal of International Studies 42(1), 2013, 224–238. DOI: <https://doi.org/10.1177/0305829813492186>
- Pell, Stephanie K. & Christopher Soghoian, *Your secret stingray’s no secret anymore: The vanishing government monopoly over cell phone surveillance and its impact on national security and consumer privacy*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 28, Nr. 1, 2014, 1-75.
- Prop. 1966:149.

- Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Reed, Chris, *Making Laws for Cyberspace*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Roman Zakharov mot Ryssland* (47143/06) [GC], 4 december 2012.
- Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford 2017. DOI: <https://doi.org/10.1093/law/9780198768791.001.0001>
- Sensenbrenner, Jim, ‘This Abuse of the Patriot Act Must End’ *The Guardian*, 31 December 2015
<<https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/jun/09/abuse-patriot-act-must-end>>.
- Silver m.fl. mot Förenade konungariket* (5947/72), 25 mars 1983.
- Simons mot Belgien* (71407/10), 28 augusti 2012.
- Skjerdal, Nicolai Vogt, ”Hva betyr «klar lovhjæmmel»? *Jussens Venner*, 2001 s. 337–362.
- SOU 2010:103 – Särskilda spaningsmetoder, betänkande av Polismetodutredningen.
- SOU 2016:41, Hur står det till med den personliga integriteten? – en kartläggning av integritetskommittén, delbetänkande av Integritetskommittén.
- Spano, Robert *The European Court of Human Rights and National Courts: A Constructive Conversation or a Dialogue of Disrespect?*, *Nordic Journal of Human Rights*, 33(1), 2015, 1-10. DOI: <https://doi.org/10.1080/18918131.2015.1002063>
- Sterzel, Fredrik, Författning i utveckling – Tjugo studier kring Sveriges författning, Iustus förlag, Uppsala, 2009
- Sterzel, Fredrik, ”Legalitetsprincipen”, i Marcusson, Lena (red.) *Offentlighetsprinciper*, 3 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2017.
- Stjernquist, Nils, ”Land skall med lag byggas. Sveriges Författningshistoria”, i *Sveriges konstitutionella urkunder*, SNS förlag, Stockholm 1999.
- Sunday Times mot Förenade konungariket* (6538/74), 26 april 1979.
- Svensson, Palle, Conceptions of Democracy and Judicial Review, *Nordisk tidskrift för menneskerettigheter*, Vol. 27, Nr. 2, s. 208-220.

Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004. DOI:

<https://doi.org/10.1017/cbo9780511812378>

Taylor-Sabori mot Förenade konungariket (47114/94), 22 oktober 2002.

Teixeira, Tania, *Meet Marty Cooper – The inventor of the mobile phone*, BBC News, 23 april 2010,

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/click_online/8639590.stm>

Thornhill, Chris, *Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent power*, *Global Constitutionalism*, Vol. 1, Nr. 3, 2012 p. 369-404. DOI:

<https://doi.org/10.1017/s2045381712000159>

Uzun mot Tyskland (35623/05), 2 augusti 2010.

Wahlgren, Peter, *Lagstiftning: Problem, teknik, möjligheter*, Norstedts juridik, Stockholm 2008.