



OLLE RIMSTEN

ARBETSDOMSTOLEN OCH LAGSTIFTAREN

OM VÄRDERINGAR I RÄTTSLIGT
BESLUTSFATTANDE

67

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA
FAKULTETEN
I UPPSALA

 **IUSTUS FÖRLAG**
Juridiska Föreningen i Uppsala

JURIDISKA BIBLIOTEKET
vid Uppsala Universitet

344.01 SWE

Juridikbok se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

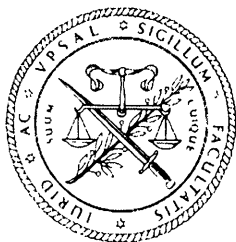
- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Arbetsdomstolen och lagstiftaren

Om värderingar i rättsligt beslutsfattande



AKADEMISK AVHANDLING

som för avläggande av juris doktorsexamen
vid Uppsala universitet framställles till
offentlig granskning å universitetets
lärosal IX
onsdagen den 9 december 1998 kl. 13.00

av

Olle Rimsten

jur.lic., fil.mag. av Östgöta nation

Uppsala 1998

Till Anders, Erik och MF

ARBETSDOMSTOLEN OCH LAGSTIFTAREN

OM VÄRDERINGAR I RÄTTSLIGT
BESLUTSFATTANDE

Olle Rimsten

A stylized, handwritten signature consisting of two parallel, slightly curved lines.

IUSTUS FÖRLAG AB

Abstract

Rimsten, O. 1998. Arbetsdomstolen och lagstiftaren. Om värderingar i rättsligt beslutsfattande. The Labour Court and the Legislator. On Values in Judicial Decision-making. Iustus Förlag, 362 pp. Uppsala 1998. ISSN 0282-2040 ISBN 91-7678-393-6.

In this thesis the author examines certain values (judicial values) supposed to have been in operation in situations where the relation to the legislator was foregrounded.

The study covers the period 1974–1988.

Judicial decision-making is discussed in terms of four different situations: statutory interpretation, clarifying of balancing norms, statutory analogy and the creation of new rules. Statutory interpretation and clarifying of balancing norms (interpretation in a wide sense) are assigned to a sphere of metanorms with respect to the Labour Court's view of three legal sources: statute, legislative preparatory material, and precedent. For this part of the study a theoretical framework is used where two main orientations are distinguished: orientation towards the legislator and orientation towards the consequences. The orientation towards the legislator may go in two different directions, either towards the wording of the statute (Swed. *lagens ordalydelse*) or towards the intention of the legislator. The intention, in turn, can refer to either the linguistic meaning or to the purpose.

Statutory analogy and the creation of new rules are instead assigned to a sphere of metanorms with respect to the Court's view of a proper division of roles between the legislator and the Court as far as the development of the law is concerned. They are seen as examples of "gap-filling".

The aim of this study is to contribute to the knowledge of judicial decision-making with the emphasis placed on the judicial values underlying this decision-making and their influence on it.

Conclusions concerning the existence of different approaches in questions of interpretation and gap-filling are drawn from an extensive legal material consisting of the Labour Court's published judgments.

It is maintained that there was considerable room for different outcomes in the decision-making and that there were considerable variations in opinions within the Court concerning the issue how decision-making was to be carried out.

It is also maintained that the importance of courts will increase in the future and that this makes them a worthwhile object of study.

The author also touches upon some aspects of explaining judicial decision-making and of designing reasons in such a context.

*Olle Rimsten, Högskolan i Örebro, Samhällsvetenskapliga institutionen,
701 82 Örebro, Sweden.*

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 1998

ISSN 0282-2040

ISBN 91-7678-393-6

Sättning: Typ & Grafik, Köping

Omslag: IdéoLuck AB

Tryck: Elanders Graphic Systems AB, Göteborg 1998

Förord

Arbetet med den avhandling som nu framläggs har pågått länge. Under vissa perioder har arbetet kunnat bedrivas i bästa fall på deltid, huvudsakligen på grund av undervisning. Det är främst under några terminer med reducerad undervisningsskyldighet som möjligheten till större koncentration varit förhållandevis. Under hela tiden har professor Tore Sigeman stått kvar i den många gånger säkert föga inspirerande uppgiften att hjälpa mig framåt på den knaggliga vägen. Det har inneburit möjligheten att få synpunkter präglade av eminent sakkunskap under arbetets gång. Stort tack för det.

I slutskedet har manuskriptet lästs och kommenterats av professor Per Henrik Lindblom. Synpunkterna från honom – och den uppmuntran han gav – kom i ett känsligt skede och var betydelsefulla på mer än ett sätt. Stort tack.

Åtskilliga kolleger vid högskolan i Örebro har under årens lopp läst och kommenterat delar av arbetet. Störst tack är jag i det avseendet skyldig Marieanne Alsne, Roland Haglund och Maria Steinberg som läst och kommenterat särskilt inledande och avslutande kapitel. Mitt tack går också till Torsten Bjerkén, Lars Dalenius, Göran Hussler, Märta Johansson och Mikael Schnürer som alla gjort sig besväret att läsa och kommentera delar av manuskriptet.

Tack också till Gustav Svensson (Göteborgs universitet) för värdefulla synpunkter.

De inledande kapitlen diskuterades vid ett seminarium våren 1996 på handelsrättsliga institutionen vid Lunds universitet och våren 1997 vid ett seminarium på högskolan Dalarna. Vid båda tillfällena framkom konstruktiv kritik. Tack.

Familj och vänner har givit uppmuntran som varit ovärderlig. Tack ska ni ha. Och ett särskilt tack till Anders och Marie för ert arbete med korrektur.

Ekonomiskt stöd för att möjliggöra en nedsättning i undervisningsskyldigheten har i olika omgångar utgått från det av dåvarande Arbetsmiljöfonden understödda Arbetsvetenskapligt forum vid högskolan i Örebro och från samma högskolas Forskningsnämnd. Juridiska fakulteten i Uppsala och Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning har bekostat tryckningen av avhandlingen.

Örebro den 10 augusti 1998
Olle Rimsten

Innehåll

Förkortningar	10
I. Bakgrund och uppläggning	11
1 Inledning	12
1.1 Allmänt	12
1.2 Om arbetsdomstolen	18
1.3 Undersökningens syfte och avgränsning	20
1.4 Undersökningens metod	24
1.5 Exkurs rörande ”rättskälla”	27
1.6 Disposition	33
2 Rättsligt beslutsfattande. En terminologi	35
2.1 Allmänt	35
2.1.1 Inledning	35
2.1.2 Fyra typer av rättsligt beslutsfattande	40
2.2 Lagtolkning	43
2.3 Precisering av avvägningssnormer	48
2.4 Laganalogi	51
2.5 Beslutsfattande utan direkt eller indirekt stöd av lagstiftning (nyskapande)	56
2.6 Avslutande kommentarer rörande de fyra typerna av rättsligt beslutsfattande	57
II. Rättstillämpningsvärderingar vid lagtolkning och precisering	59
3 Teoretisk ram	60
4 Arbetsdomstolen som lagtolkare	69
4.1 Inledning	69
4.2 Lagstiftarorientering	78
4.2.1 Orientering mot lagtexten	78
4.2.2 Orientering mot en lagstiftaravsikt	86
4.2.2.1 Inledning	86

4.2.2.2	Lagstiftaravsikt m a p den språkliga betydelsen	88
4.2.2.3	Lagstiftaravsikt m a p ändamålet	97
4.3	Konsekvensorientering	115
4.4	Kommentarer i anslutning till arbetsdomstolens lagtolkning	128
4.4.1	Resultat av undersökningen	128
4.4.2	Skäl för och emot olika orienteringar vid lagtolkning	135
5	Precisering av avvägningsnormer	139
5.1	Inledning	139
5.2	Exemplet ”tillräckliga kvalifikationer” i 22 och 25 §§ LAS.	141
5.2.1	Tillräckliga kvalifikationer i 22 § LAS.	141
5.2.2	Tillräckliga kvalifikationer i 25 § LAS	147
5.3	Kommentarer i anslutning till precisering i arbetsdomstolen	153
6	Viktning av rättskällor i litteraturen och i arbetsdomstolen	156
6.1	Lagtext, förarbeten och rättspraxis	156
6.1.1	Inledning	156
6.1.2	Lagtext – förarbeten	157
6.1.3	Lagtext – rättspraxis	177
6.1.4	Förarbeten – rättspraxis	181
6.2	Kommentarer i anslutning till arbetsdomstolens viktning av rättskällor	185
III.	Lagstiftaren eller arbetsdomstolen? Värderingar rörande rollfördelningen	187
7	Allmänt om samspelet mellan lagstiftning och rättsligt beslutsfattande	188
8	Laganalogi i arbetsdomstolen	209
8.1	Inledning	209
8.2	Situationer i vilka arbetsdomstolen funnit anledning att göra laganalogi	213
8.3	Situationer i vilka arbetsdomstolen avvisat tanken på laganalogi	223

8.4	Kommentarer i anslutning till arbetsdomstolens användning av laganalogi	233
9	Nyskapande	235
9.1	Inledning	235
9.2	Exempel på nyskapande i arbetsdomstolen	237
9.2.1	Vissa omplaceringar av arbetstagare	237
9.2.2	Lön vid skyddsombudsstopp	243
9.2.3	Bevisbörderegler	245
9.2.4	Kringgående av tvingande skyddslagstiftning	250
9.2.5	Konkurrerande kollektivavtal	251
9.3	Situationer där arbetsdomstolen ansett att det legat på lagstiftaren att agera	256
9.4	Kommentarer i anslutning till nyskapande i arbetsdomstolen	264
10	Judiciellt rättsskapande och processens funktioner	265
IV	Avslutning	273
11	Sammanfattning och diskussion	274
11.1	Inledning	274
11.2	Om domskäl	276
11.2.1	Domskäls tillförlitlighet	276
11.2.2	Arbetsdomstolens domskäl	289
11.2.2.1	Inledning	289
11.2.2.2	Att hänvisa till en lagstiftaravsikt	292
11.2.2.3	Beaktandet av konsekvenser	303
11.2.2.4	Om utformning av domskäl	306
11.3	Förklaring av rättsligt beslutsfattande	310
11.3.1	Inledning	310
11.3.2	Rättstillämpningsvärderingar som förklaringsfaktor	315
11.3.3	Önskan om ett visst domslut som förklaringsfaktor	317
11.4	Slutord	320
	Summary	325
	Källor	325
	Rättsfall	350
	Sakregister	361

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen eller Arbetsdomstolens domar
ARK	Arbetsrättskommittén, SOU 1975:1
ASL	Arbeterskyddslagen (1949:1)
DUS	Departementens utredningsserie
FML	Lagen (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
JT	Juridisk tidskrift
JämL	Lagen (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet
KAL	Lag 1928 om kollektivavtal
LAS	Lagen (1974:12 eller 1982:80) om anställningsskydd
LOA	Lagen (1976:600) om offentlig anställning
LRA	Lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister
MBL	Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv avdelning I
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap

I. Bakgrund och uppläggning

”It matters how judges
decide cases.”¹

(R Dworkin)

¹ Jfr preamblen till FNs ”Basic Principles on the Independence of the Judiciary”: ”...judges are charged with the ultimate decision over life, freedoms, rights, duties and property of citizens.”

1 Inledning

1.1 Allmänt

Företrädare för svensk rättsvetenskap har sedan länge betonat vikten av att studera metoderna för rättstillämpningen vid våra domstolar. Wilhelm Sjögren framhöll 1916 i "Domaremakts och rättsutveckling", att det vore en uppgift för doktrinen att noggrant analysera domarverksamheten och därigenom "skapa en riktigare uppfattning av officium judicis än den hittills inom doktrinen vanliga".² Drygt trettio år senare framställdes utforskandet av den juridiska argumentationstekniken som en hittills försummad uppgift.³ Ytterligare trettio år framåt i tiden kunde studiet och beskrivningen av de principer som kan iakttas i rättstillämpningen fortfarande uppfattas som en av doktrinen långtifrån löst uppgift. Området beskrevs som föga bearbetat och det efterlystes "[i]ngående, vetenskapliga, i möjligaste mån empiriskt grundade analyser av det rättsliga beslutsfattandets struktur"- en forskning som sades kräva omfattande detaljstudier med undersökning från olika synpunkter av praxis från rättsområde till rättsområde.⁴ Ett likartat intresse för rättstillämpningsfrågor kan utläsas ur en framställning rörande juridikens metodproblem där författaren i samband med lagtolkning talar om sedvanerättsligt gällande tolkningsregler. Det framhålls att det är praxis som avgör vad som är sedvanerättsligt gällande.⁵ Ross formulerar uppgiften att

"gennem et studium af retsudøvelsen at finde frem til visse principper, en vis ideologi, der faktisk leder domstolene i deres anvendelse af almindelige regler på konkrete sagforhold".⁶

En klyfta mellan "the law in-the-books" och "the law-in-action" medför

² Sjögren, s. 335. I a. a. s. 339 tas upp problemet med att ge ett exakt uttryck för "det verkliga förloppet vid lagens användning i rättsskipningen."

³ Ahlander 1950, s. 24; i Schmidt 1955, s. 263, talas om "en analys av motivationsprocessen vid avkunnandet av en dom".

⁴ Strömholm 1996, s. 332f. Se också T Strömberg, s. 132.

⁵ Peczenik 1980, s. 192f. Peczenik säger sig inte ha haft råd att glömma doktrinen och lita enbart på en direkt undersökning av rättspraxis: "En sådan undersökning skulle ju betyda en mångårig rättssociologisk forskning av flera vetenskapsmän." Se också Hellner, 1994, s. 62. I Sigeman 1977a, s. 214, konstateras att den viktigaste rättskällan för arbetsrättsens prejudikatlära är arbetsdomstolens praxis.

⁶ Ross, s. 129.

behov av empiriska undersökningar rörande rättens sätt att fungera, där försöket att nå en djupare förståelse måste innefatta undersökningar av alla aspekter av rättstillämpningen.⁷

Från rättsvetenskapligt håll med inriktning mot arbetsrätt efterlystes i slutet av 1960-talet ett studium av "de judiciella beslutsprocesserna som empiriskt blottlägger mer av dessas verkliga karaktär".⁸ Sigeman har i samband med synpunkter på arbetsdomstolens rättstillämpningsmetoder framhållit, att ämnet borde bli föremål för en närmare rättsvetenskaplig undersökning.⁹ Flodgren har varit inne på frågor om hur arbetsdomstolen tar ställning, t.ex. vad man stöder sig på, hur man gör när man bestämmer sig och varför det går på det ena eller andra sättet.¹⁰ Kunde arbetsdomstolens ställningstaganden sägas vara normbundna?¹¹ Eller fanns det fog för påståendet att arbetsdomstolens beslut – åtminstone i "svåra" fall – styrdes snarare av beslutens förväntade samhälleliga konsekvenser än av rättskällorna?¹²

Här kan också nämnas den debatt som förts, och förs, rörande arbetsdomstolens rättstillämpning, främst mellan företrädare för rättsvetenskap, arbetsmarknadsparter, lagstiftare och domstol. Där finns mycket att anknyta till för den empiriskt inriktade forskaren.¹³ Arbetsrättskommittén fann det t.ex. på sin tid naturligt att lägga särskild vikt vid ett studium av den metod som tillämpades av domstolen i dess rättskipning.¹⁴

Möjligen är intresset för hithörande frågor i tilltagande. I en framställning beskrivs lagtolkningens ställning inom rättsvetenskapen som en

⁷ Adams & Brownsword 1992, s. 34f och s. 107. Wiklund diskuterar, s. 61f, en metodologisk och teoretisk intresseförskjutning mot rättstillämpningen och antar att den beror på att "myten om rättstillämpningen som en mekanisk deklaratorisk process" avslöjats. Domarens rättsskapande funktion har erkänts och en fråga blir "vad domstolarna verkligen gjorde med lagen". Kellgren talar, s. 144f, om "programmatiska uttalanden i tolkningsfrågor" som inte nödvändigtvis visar hur domstolarna förfar i praktiken.

⁸ Edlund 1967, s. 344, som också talar om "en mer kritisk prövning av den rättsliga metodikens premisser". I Källström 1993, s. 190, framhålls rättstillämpningsmetodens betydelse för "rättslig integration"; se också a. a. s. 191, uttrycket "principerna för rättstillämpningen".

⁹ Sigeman 1989-90, s. 204f. Jfr Thornstedt, s. 319f. där avsaknaden av närmare kunskap om domstolarnas lagtolkning och rättstillämpning sägs försvåra den vetenskapliga diskussionen därav. Även Bernt, s. 265 f. Frändberg framhåller, 1973, s. 159, att rättskipningens ideologi "kräver sin egen monografi".

¹⁰ Flodgren 1983, s. 87.

¹¹ Flodgren 1982, s. 132.

¹² A. a. s. 134.

¹³ Beträffande en del av debatten se Rimsten 1993a, kap 2.

¹⁴ ARK s. 566.

askungesaga. "Once scorned and neglected, confined to the kitchen, it now dances in the ballroom..."¹⁵

I sammanhanget ska också uppmärksammas att det ibland görs uttalanden, som skulle kunna uppfattas som uttryck för ståndpunkten att en avsevärd enighet skulle föreligga beträffande lämpligt tillvägagångssätt i samband med rättsligt beslutsfattande. Det finns emellertid uttalanden som pekar i annan riktning. När det gäller en typ av rättsligt beslutsfattande som ingår i undersökningen, lagtolkning, har situationen beskrivits på följande sätt.

"Det torde råda total enighet om att det råder nästan total oenighet om vilken lagtolkningsmetod som är gällande rätt i landet Sverige... Anledningen till detta intresseväckande kaos är naturligtvis, ytligt sett, att de traditionella rättskällorna inte ger något klart besked i metodfrågor. Går man den gamla grusvägen från lagtext via förarbeten och praxis till doktrin möts man först av tryckande tystnad. Men snart hörs ett sorl som stiger till en kakafoni av röster där enskilda meningsyttringar knappast längre går att urskilja. Det är en körsång av sällsamt slag; några stämmor går visserligen in i varandra intill förväxling och beblandning, men det fattas inte heller skärande dissonanser. Nu närmar sig sällskapet; doktrinens män – och några enstaka kvinnor – uppfyller vägen i hela dess bredd..."¹⁶

Beskrivningen avser tillståndet inom litteraturen. Hur ser det ut inom den del av den juridiska verksamheten som här undersökts – det rättsliga beslutsfattandet? Föreligger även där ett liknande "intresseväckande kaos"? Att döma av följande uttalande skulle så kunna vara fallet: "[O]lika domare och domstolar är lika litet eniga som rättsvetenskapens företrädare om den ena eller andra tolkningsmetodens för- och nackdelar".¹⁷ Iakttagelsen vinner stöd genom ett uttalande från en domare som under många år varit verksam i Högsta domstolen. Han konstaterar att reglerna för hur aktörerna ska uppträda, t.ex. om rättskällornas användning och principerna för lagtolkning inte är oomtvistade.¹⁸

Det som sagts om lagtolkning skulle kunna gälla även för andra typer av rättsligt beslutsfattande. Ett tillstånd av bristande samsyn skulle med andra ord kunna antas råda i fråga om synen på hur rättsligt beslutsfattande överhuvudtaget bör gå till.

¹⁵ Eskridge, s. 1. Inom amerikansk rättsvetenskap sägs lagtolkning ha väckt stort intresse som forskningsobjekt sedan början av 1980-talet.

¹⁶ Lindblom 1993c, s. 243f. Jfr Strömholm 1996, s. 492, som i en sammanfattning av den moderna metoddebatten på rättstillämpningens område, konstaterar en enighet om att ändamålssynpunkter bör beaktas, men att den inte sträcker sig mycket längre.

¹⁷ Strömholm a. a. s. 493.

¹⁸ Conradi, s. 86f.

Det saknas alltså inte impulser från rättsvetenskapligt och annat håll till undersökningar av domstolsverksamhet. Det är en del av bakgrunden till *ämnetsvalet*.

En annan omständighet som haft betydelse för valet av ämne är min bakgrund som lärare i arbetsrätt. Undervisningen har givit många påminnelser om svårigheter för den som studerar rättsregler att förstå förutsättningarna för dels deras framväxt och utformning dels också deras tillämpning. Så har t.ex. den argumentering som äger rum inom ramen för rättsligt beslutsfattande framstått som väl värd ett närmare studium.

"Of course the conventions within the legal profession as to what authorities exist and how they are to be used only matter because the decisions based upon them are broadly acceptable in society at large. But the public generally is only dimly aware of what these conventions are. Many people, and this includes law students at the start of their legal study, imagine that they are so organized as to make the task of courts an entirely mechanical one; all they have to do is to discover the law, and apply it. Beliefs of this kind may contribute towards public acceptance of legal decisions, but no lawyer believes life is quite as simple as that."¹⁹

Till det sagda kan läggas den omständigheten att domstolarna och därmed rättsligt beslutsfattande kan förväntas komma att få en allt större betydelse i framtiden inte bara i fråga om tvistelösning utan också när det gäller handlingsdirigering.²⁰

Den undersökning som presenteras här rör rättsligt beslutsfattande i arbetsdomstolen och särskilt vissa i samband med sådant beslutsfattande verk samma värderingar, vad som i fortsättningen kommer att kallas för "rättstillämpningsvärderingar", ett begrepp som kommer att behandlas ingående i kap 3.

Uttrycket "rättsligt beslutsfattande" är relativt vanligt förekommande i rättsvetenskaplig litteratur.²¹ Att det material – domar – som undersökts är resul-

¹⁹ Simpson, s. 121f.

²⁰ Se vidare nedan i kap 10.

²¹ Se t.ex. Strömholm a. a. s. 190, och dens 1979d s. 176ff, där två typer av "rättsligt beslutsfattande" diskuteras; se även Bruun & Wilhelmsson, s. 708, med hänvisning till Aubert, och Källström 1992, s. 159; Wiklund talar om EGF-domstolens rättsliga beslutsfattande, t.ex. s. 40, 87 (not 1), 299 och 420; Bergholtz, s. 359f, beskriver hur "rättsliga avgöranden" tillkommer. I Kellgren, s. 197, förekommer uttrycket "det juridiska beslutsfattandet". Andenaes & Kvamme, s. 19, talar om "den juridiske avgjørelsesprocess". I Eckhoff & Jacobsen behandlas "juridiskt beslutsfattande" på s. 82ff. Jfr Ross s. 159f, som diskuterar "hvilket art virksomhed det er dommeren udfolder, når han står foran den opgave at skulle fortolke og anvende loven på en konkret sag der er forelagt ham til afgjørelse." Wasserstrom behandlar "The judicial decision". Se även Simpson, s. 51, om "the nature of judicial decisions" och Bengoetxea, s. 112ff.

tatet av ett beslutsfattande är ovedersägligt.²² Ofta används emellertid uttryck som inte på samma sätt framhäver just inslaget av beslutsfattande i domstolsverksamheten. Det talas t.ex. om rättstillämpning, dömande eller rättsbildning.²³ Gemensamt för de aktiviteter som avses med dem torde ändå vara att det är fråga om en viss typ av beslutsfattande. Jag har valt att ta fasta på denna gemensamma nämnare. Kanske ger också termen "rättsligt beslutsfattande" större möjligheter att associera till en *skapande* aktivitet på ett annat sätt än t.ex. "rättstillämpning"²⁴ – till det dynamiska, rättsutvecklande inslaget i beslutsfattandet.

Denna dynamiska aspekt av samspelet mellan lagstiftare och rättstillämpare berörs i Simpson, s. 118.

"[J]udicial decisions upon the interpretation of particular statutory provisions are treated as precedents to guide what is to be done in similar cases in the future...so the law that comes from statutes comes partly from the legislature and partly from the courts...".

Tolkningen går hand i hand med lagstiftandet när det gäller att utforma reglerna.

Wiklund, s. 45, citerar Adonis: "There never was a golden age when legislators made the law, executives executed it, judges interpreted it, and the three powers kept off each other's turf."

Med uttrycket "rättsligt beslutsfattande" markeras också släktskapen med – men också en skillnad i förhållande till – andra typer av beslutsfattande än det rättsliga.²⁵

Det sagda innebär inte att andra beteckningar på olika former av det som här sammanfattande betecknats som rättsligt beslutsfattande bannlysts ur texten. Det kommer sålunda att talas om bl.a. såväl "dömande" som "rätts-tillämpning".

Rättstillämpningsvärderingars betydelse i samband med rättsligt beslutsfattande ska illustreras med vissa inslag i ett av arbetsdomstolen avgjort mål rörande bl.a. beräkning av betald semesterledighet.²⁶ Tvisten rörde i

²² Pannick s. 1: "Judges do not have an easy job. They repeatedly do what the rest of us seek to avoid: make decisions." Griffith, s. 15.: "Judges are employed to decide disputes."

²³ I Frändberg 1973 används, s. 83, "rättskipning" för "myndigheternas avgörande av förelagda fall". "Rättskipning" kan ges en innebörd som är lika vidsträckt som den som här getts "rättsligt beslutsfattande", se SOU 1994:99, s. 37ff. I Lindblom 1997, s. 619, ges begreppet "rättstillämpning" en sådan innebörd att det omfattar det som här avses med rättsligt beslutsfattande.

²⁴ Jfr Bolding, s. 24 och Schmidt 1972, s. 570 ("rättsordningen är rörlig").

²⁵ Jfr t.ex. Gustavsen & Hunnius, s. 117, som skiljer mellan å ena sidan "means – end decisions" och å andra sidan "subsumption decisions". De senare skulle vara "the type of decisions made by courts". Se också Strömholm 1979b, s. 157ff. Se även Källström 1992, s. 159ff, om bl.a. norm – och målrationalitet och Schlytter s. 31ff.

²⁶ AD 137/83.

vad mån tre arbetstagare, som varit tjänstlediga under vissa delar av ett intjänandeår, skulle anses ha förvärvat anspråk på betalda semesterdagar. Det finns ingen anledning att här gå in på rättsfrågan. Domslutet saknar betydelse för den fortsatta framställningen. Det som intresserar är i stället följande. En majoritet i domstolen, inkluderande ordföranden Johan Lind, fann att motivuttalandena till det tillämpliga lagrummet (7 § i 1977 års semesterlag) var motsägelsefulla och att det gällde även lagtexten. En ”samlad s. a. s. formell tolkning av lagtexten” gav inte företräde åt någondera partens ståndpunkt. Man konstaterade att något lagtekniskt fel måste ha begåtts vid utformningen av lagtexten. Eftersom domstolen ändå måste slita tvisten gällde det att finna en väg fram till domslut. Därvid valdes en argumentering (av majoriteten själv karaktäriserad som ”mera allmänna överväganden”) enligt följande. Tre exempel anfördes, vilka ansågs leda till effekter betecknade som respektive anmärkningsvärda, orimliga eller omöjliga att finna någon rimlig förklaring till. Domstolen sammanfattade:

”Lagtexten är motsägelsefull och ger ingen ledning. Motiven är också motsägelsefulla men stöder ändå på det hela taget förbundets ståndpunkt. Allmänna ändamålsöverväganden talar mot arbetsgivarparterna.”

En minoritet (inkl v ordf Eklundh) konstaterade att en för målet grundläggande fråga var om det av lagstiftaren åsyftade resultatet kunde sägas fullt ut korrespondera med lagtextens ordalydelse.

”Enligt arbetsdomstolens mening måste man – oavsett hur man bedömer konsekvenserna av den ena eller den andra avräkningsmetoden – lägga lagtextens ordalydelse till grund för avgörandet i målet... Lagens förarbeten ger inte stöd för antagandet att begreppet arbetsdag i detta sammanhang skall ges något annat innehåll än det har enligt normalt språkbruk... Domstolen kan således inte ge försteg åt en tolkning av lagtexten som visserligen kan sägas stämma överens med ett visst av lagstiftaren uttalat syfte men samtidigt står i strid med dennas klara ordalydelse. Problem av detta slag skall lösas av lagstiftaren, inte av rättstillämpningen.”

Majoriteten var inte lika tydlig som minoriteten när det gäller rättskälifrågan.²⁷ Det kan dock konstateras att man inte ansåg minoritetens val att helt enkelt placera lagtexten i högsätet vara att föredra. Minoriteten tvekade inte att utgå från lagtextens ordalydelse. Att majoriteten var mera benägen än minoriteten att beakta konsekvenserna av beslutsfattandet framgår klart. Majoritet och minoritet hade också olika uppfattningar om

²⁷ ”Rättskälla” diskuteras korfattat i 1.5.

vems uppgift det var att lösa det av tvisten aktualiserade problemet med regelns utformning.²⁸

1.2 Om arbetsdomstolen

Arbetsdomstolen inrättades genom 1928 års lag om arbetsdomstol och inledde sin verksamhet den 1 januari 1929.²⁹ Den har sitt säte i Stockholm och är i dag Sveriges äldsta specialdomstol. Ursprungligen skulle domstolen döma i tvister om tolkning och tillämpning av kollektivavtal och hade att i förekommande fall utdöma skadestånd för brott mot kollektivavtal eller KAL. Efter flera ändringar i reglerna om domstolens behörighet gäller idag enligt 2 kap 1 § LRA, att arbetsdomstolen ska som första instans ta upp och avgöra arbetstvister ("tvister om kollektivavtal och andra tvister rörande förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagar", 1 kap 1 § LRA) om talan väcks av arbetsgivar – eller arbetstagarorganisation eller av arbetsgivare som själv slutit kollektivavtal.

En omständighet som ofta uppmärksammas beträffande arbetsdomstolen är att bland ledamöterna ingår representanter för arbetsmarknadens organisationer. Tanken med en sådan ordning var att målen skulle bli allsidigt belysta och att den skulle ge domstolen en ökad auktoritet. Reglerna om domstolens sammansättning (3 kap LRA) innebär att man har att räkna med två olika grupper av ledamöter, ämbetsmän och partsledamöter. I de mål som omfattas av undersökningsperioden satt normalt sju ledamöter, dels tre ämbetsmän utan anknytning till arbetsgivar – eller arbetstagarintressen (ordförande, vice ordförande och ytterligare en ledamot, ibland kallad "tredje mannen") dels fyra partsledamöter (två från arbetsgivarsidan och två från arbetstagsidan). Ordföranden och vice ordföranden skulle vara "lagkunniga och erfarna i domarvärv" (3 kap 2 § LRA). Tredje mannen skulle ha "särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden" (3 kap 2 § LRA).

En annan omständighet av intresse är förordnandetidens längd för ledamöter och ersättare i domstolen. I regeringsformen föreskrivs, att det ska finnas ordinarie domare i en domstol. Det finns dock möjlighet att göra undantag därifrån när det gäller "domstol som har inrättats för handläggning av en viss bestämd grupp eller vissa bestämda grupper av mål" (11 kap 1 § tredje stycket RF). För arbetsdomstolen har med stöd av

²⁸ Inom arbetsdomstolen förekommande synsätt i frågor av det slag som framhålls här undersöks vidare i avd II och III.

²⁹ För det närmast följande se Eklund, R, 1989-90, Fahlbeck 1987a, s. 188ff, Sigeman 1997a, s. 74ff, och 1989-90 samt Stark 1979.

denna undantagsregel föreskrivits att ledamöter och ersättare förordnas för en tid av tre år (3 kap 1 § fjärde stycket LRA). Tidsbegränsningen motiveras med att domstolen inte kan fylla sin uppgift om inte parterna på arbetsmarknaden känner förtroende för den och dess befattningshavare.³⁰ Sigeman har uttalat att tanken ”tillspetsat uttryckt” tycks vara den att ”en ordförande eller annan ämbetsmannaledamot som dömer så att det inte passar en av topporganisationerna skall kunna avlägsnas från domarsysslan i AD genom att hans eller hennes förordnande inte förnyas.”³¹ Han tillägger: ”För övrigt kan regleringen äventyra domstolens oberoende i förhållande till inte bara parter utan också regering.”³²

Ytterligare en aspekt av frågan om opartiskhet aktualiseras av Sigemans påpekande att i fall av olika meningar arbetsgivarledamöterna nästan undantagslöst röstat för en utgång som gynnat den arbetsgivare som varit part och arbetstagarledamöterna för en utgång som gynnat arbetstagsidan.³³

Edlund anser att arbetsdomstolen rätt mycket blir vad parterna gör den till.

”Dels genom hur det processas i AD: vilka tvister som förs dit och i vilken mån parterna förmår ta ut de principiella svängarna. Dels genom hur domstolsledamöterna agerar, sett i ett partsperspektiv i första hand hur de ’egna’ ledamöterna förhåller sig – de har ofta en avsevärd frihet att ta ställning till normer som är tillämpliga och hur de skall hanteras.”³⁴

Arbetsdomstolen är ett exempel på sådana organ som enligt 1 kap 8 § RF ska svara för ”rättskipningen”. Om arbetsdomstolen är representativ för landets domstolar i fråga om det som är avhandlingens huvudämne, rätts-tillämpningsvärderingar, är omöjligt att svara på. I litteraturen har uttryckts olika uppfattningar om huruvida arbetsdomstolen bör uppfattas som en vanlig domstol eller inte.³⁵

³⁰ Prop 1974:77 s. 113.

³¹ Sigeman 1989-90, s. 201. Rune konstaterar, 1989-90, s. 715, en möjlighet att ledamöter ”flyttas undan ifall de inte skulle döma engagerade (och organiserade) intressen till lags...”; se även a. a. s. 717.

³² A st.

³³ Sigeman 1997a, s. 84. Se även Eklund, R, a. a. och Lunning 1995-96. Stark anser, 1993, s. 372f, att även intresseledamöterna agerar som domare i enlighet med den domare de avlagt. Frågan om jäv för intresseledamöter i arbetsdomstolen har prövats i NJA 1997 s. 235.

³⁴ Edlund 1989b, s. 29.

³⁵ Påpekanden om skiljenämndsliknande drag förekommer, t.ex. i Sigeman 1997a, s. 15, och särskilt i Fahlbeck 1993, s. 108. Lempert, 1978, s. 9, hävdar dock att lagtolkningsmetodiken är densamma som vid allmänna domstolar. Thornstedt finner, s. 320, så stora olikheter föreligga mellan olika rättsområden att samma tolkningsmetod inte kan rekommenderas.

1.3 Undersökningens syfte och avgränsning

Syftet med undersökningen är att bidra till ökad kunskap om rättsligt beslutsfattande. Mera specifikt är det frågan om att undersöka rättstillämpningsvärderingars betydelse i visst rättsligt beslutsfattande. Sådana värderingar ses som en faktor med visst förklaringsvärde när det gäller beslutsfattandet.

Upprinnelsen till idén om en undersökning av rättstillämpningsvärderingars betydelse var en genomgång av ett större rättsfallsmaterial från arbetsdomstolen i ett sammanhang som inte hade någon anknytning till frågan om rättstillämpningsvärderingar. Vid genomgången framkom att i domskälen fanns åtskillig information om inom domstolen förekommande värderingar i rättstillämpningsfrågor – och att det fanns olika uppfattningar om hur beslutsfattandet borde ske. Informationen framstod som intressant ur perspektivet av utveckling av kunskap om rättsligt beslutsfattande. En fråga var vilken kunskap som stod att utvinna ur materialet. Huvuddelen av den fortsatta framställningen utgörs av ett försök att besvara den frågan.

Det ska nämnas att jag inte hade några uppfattningar om vad som skulle bli resultatet av undersökningen när den inleddes. Den var i så måtto förutsättningslös. Samtidigt var naturligtvis åtskilliga uttalanden i litteraturen i vissa hithörande frågor kända. En del av det som diskuteras i fortsättningen behandlas i andra sammanhang under beteckningen rättskällelära el likn. I fortsättningen kommer att anknytas till uttalanden i sådana frågor. Det är emellertid ingen huvudsak att kontrastera gjorda fynd mot av andra författare gjorda uttalanden.³⁶ Huvuduppgiften är att presentera och diskutera resultaten av den empiriska undersökningen.

Undersökningen avgränsas tidsmässigt till perioden 1974–1988, alltså femton år av arbetsdomstolens verksamhet.³⁷ Ett skäl för en sådan avgränsning i tiden är resurserna. Med den uppläggning som undersökningen givits skulle det spränga ramen för ett avhandlingsarbete att behandla hela den tid som arbetsdomstolen funnits. Det finns emellertid ett annat skäl än det resursmässiga som talar för en begränsning i tiden. Förutsättningarna för det rättsliga beslutsfattandet förändras, ibland snabbt.³⁸ Arbetstvistområdet erbjuder en illustration till det. Värdet av en

³⁶ Jfr von Eyben 1953, s. 145.

³⁷ I några fall har rättsfall liggande utanför undersökningsperioden återopats.

³⁸ Göransson påpekar, 1988, s. 33, att frågan om principerna för arbetsdomstolens rättsbildning har förändrats genom tillkomsten av MBL. Se också a. a. s. 345: förutsättningarna för arbetsdomstolens rättsbildande funktion förändras med hänsyn till bl.a. lagstiftning. Dworkin 1986, s. 137. Wiklund uppger, s. 116, beträffande EG-domstolen att den ändrat sitt förhållningssätt till tolkningsmetoder genom åren.

granskning av äldre praxis, när det gäller en undersökning av det slag som här är aktuell, har reducerats i samband med att ett betydligt större område än vad som tidigare var fallet numera täcks av lagstiftning. Det är resultatet av en utveckling som inleddes i början av 1970-talet.³⁹ För arbetsdomstolens verksamhet innebar den en period av nyorientering. Regelsystemet förnyades till väsentliga delar genom ingripande av lagstiftaren. En förskjutning i riktning mot lagstiftaren som en allt viktigare normskapare för arbetsmarknaden ägde rum, samtidigt som lagstiftaren kan sägas ha givit arbetsdomstolen nya signaler avseende rättstillämpningen inom vissa rättsavsnitt.⁴⁰

1970-talets lagstiftning innefattade i sig själv på många punkter en ändring av rättsläget jämfört med vad som tidigare ansetts gälla enligt praxis. Förändringarna genom den nya lagstiftningen satte också mera allmänt spår i rättsbildningen hos arbetsdomstolen.⁴¹

I ARK, s. 571, beskrivs arbetsdomstolens rättstillämpning under en längre tidsperiod. Man refererar omdömet att AD under sin första tid lät sig ledas av sin allmänna strävan att i ett uppbyggnadsskede aktivt bidra till rättsbildningen på arbetsmarknaden, men att en omsvängning sedermera skett mot större försiktighet och en mera konsekvent begränsning till den konkreta tvist som parterna hänskjutit till domstolens prövning. Domstolen skulle ha blivit mindre benägen än förr – och också i mindre behov av – att i enskilda mål formulera rättsatser med vidsträckt tillämplighet.

Övervägandena när det gäller presentationen av domsmaterialet kan beskrivas i tre steg.⁴² För det första omfattar framställningen endast sådant material som bedömts kunna belysa domstolens relation till lagstiftaren. Att exakt ange omfattningen därav torde vara ogörligt, men något går ändå att säga. Domar rörande ”rena lagtolkningsfrågor”⁴³ skulle i det här sammanhanget innebära en alltför snäv avgränsning. Även ”lagtillämpningsmål”⁴⁴ kan medföra associationer till ett alltför snävt område. Åtskilligt beslutsfattande sker i en situation där lagstiftaren avsiktligt eller oavsiktligt överlämnat till domstolen att mer eller

³⁹ ARK s. 567.

⁴⁰ Se t.ex. prop 1975/76:105 bil. 1 s. 319 med uttalande om att praxis nu skulle återspegla ”den syn på arbetslivets förnyelse som bl.a. har kommit till uttryck i detta lagstiftnings-ärendet” och prop 1973:129 s. 122 om vad som ”måste påverka rättsutvecklingen”. Även Edlund 1983, s. 44.

⁴¹ SOU 1982:60 s. 297.

⁴² Se rättsfallsregister. Huvudreferat är kursiverade.

⁴³ Lindhagen, s. 325f.

⁴⁴ Jfr SOU 1988:30 s. 67.

mindre på egen hand besvara uppkommande rättsfrågor.⁴⁵ I ARKs betänkande talas om mål rörande "rättstillämpning utanför kollektivavtalstolkningens område" eller – något utförligare – "mål som gäller tolkning eller tillämpning av lag eller eljest rättstvister, som inte direkt rör kollektivavtal".⁴⁶

En svårighet med avgränsningen belyses i ARK, s. 584f. Om AD 179/34 (grunden för arbetsgivarens tolkningsföreträdare i visst avseende) sägs att den lika väl kunde ha behandlats i avsnittet om kollektivavtalstvister. I framställningen nedan kommer att behandlas några domar som rör intolkning av en ny klausul i kollektivavtal. Det kunde hävdas att de borde ses närmast som exempel på kollektivavtalstolkningsmål. Här kommer de dock att främst ses utifrån aspekten nyskapande. I fråga om AD 179/34 sägs också att "domstolen grundlade regeln". Kommittén beskriver vad som hände i samband med formulerandet av regeln. Arbetsdomstolen gjorde "ett på en jämförelsevis fri intresseavvägning grundat avsteg från eljest gällande rätt".

Inom ramen för denna avgränsning har, för det andra, fyra situationer – eller typer av rättsligt beslutsfattande – studerats:

1. Lagtolkning.
2. Tillämpning av avvägningsnormer ("precisering").
3. Lagtillämpning genom laganalogi.
4. Beslutsfattande utan direkt eller indirekt stöd av lagstiftning ("nyskapande").

De fyra situationerna kommer att diskuteras närmare i kap 2. Redan här ska dock – innan det tredje steget i urvalet av domar anges – sägas något om den gjorda indelningen. *Lagtolkning och precisering* avser situationer då en lagregel kunde tillämpas "direkt". Vid laganalogi och nyskapande ansågs ingen direkt tillämplig lagregel finnas att tillgå.

Lagtolkning och precisering har använts för att studera uppfattningar inom arbetsdomstolen rörande användning av lagtext, förarbeten och rättspraxis. Beslutsfattandet i samband med lagtolkning och precisering gav också viss information om inställningen inom arbetsdomstolen till att beakta konsekvenser av beslutsfattandet. Här kunde urskiljas olika orienteringar inom domstolen (se vidare kap 3).

Laganalogi och nyskapande aktualiserade frågan om rollfördelningen (eller arbetsfördelningen) mellan domstolen och lagstiftaren.

En uppdelning av materialet i å ena sidan situationer avseende tolkning (eller precisering) av lagregler samt å andra sidan situationer avseende laganalogi och nyskapande svarar väl mot en distinktion som nyli-

⁴⁵ Se Fahlbeck 1989, s. 24.

⁴⁶ ARK s. 580f.

gen gjorts i en stort upplagd komparativ undersökning mellan "interpretation" och "gap-filling".⁴⁷ I en av länderredogörelserna sägs distinktionen vara allmänt erkänd.⁴⁸ Som kriterium för att skilja tolkningssituationer från "gap-filling" användes "the possible meaning of the terms in which a norm is stated." Tanken var att ett beslutsfattande inom ramen för lagtextens ordalydelse kunde ses som ett fall av tolkning, medan det som går utanför eller emot ordalydelsen kunde ses som "gap-filling".⁴⁹ ("Decisions which remain within the lexical meaning of a norm's wording are regarded as interpretative, whereas those going beyond or against that meaning are classified as gap-filling...").⁵⁰ Tillvägagångssättet kan jämföras med den i föreliggande undersökning valda utgångspunkten "språkligt betydelseområde" (se vidare 2.2).

För det tredje har gjorts följande överväganden när det gäller presentation av domsmaterialia rörande de fyra olika situationerna.

Som framgår nedan (1.4) omfattar undersökningen ett stort antal domar. Att det är domar i vilka uttryckliga uttalanden gjorts i frågor rörande rättstillämpningsvärderingar som varit intressanta följer av vad som sagts ovan om syftet med undersökningen och av vad som sägs nedan om metoden. Vad som utvunnits av materialet framgår av slutsatser som redovisas i de olika avsnitten i avdelningarna II och III (se nedan 1.6). Rättsfallsreferaten har som en viktig uppgift att visa vilket stöd som finns för slutsatserna. Det sagda får inte missuppfattas. Genomgång av domsmaterialet kommer först, slutsatser därefter och urval av referat för framställningen sist. Naturligtvis har inga domar utelämnats därför att de skulle ha talat emot slutsatserna.

Framställningen rörande precisering av avvägningsnormer har avgränsats till domar rörande 22 och 25 §§ LAS. Det är främst betingat av utrymmes- och tidsskäl. Avvägningsnormer är bara ett exempel på en typ av normer som främst kännetecknas av att de är mycket allmänt hållna. I andra sammanhang talas om t.ex. ramregler eller ramlagstiftning eller om generalklausuler. De är naturligtvis intressanta – men kanske främst som exempel på ett sätt att utforma lagstiftning.⁵¹ Det skulle ha fört för långt

⁴⁷ McCormick & Summers, s. 545. I 11.1 talas om två "metanormsområden".

⁴⁸ Alexy & Dreier, s. 78, rörande dåv Västtyskland.

⁴⁹ I Peczenik 1988, s. 36f, talas om luckor i lagen. En sådan sägs föreligga antingen när ett fall inte alls är reglerat av rättsnormerna eller inte är reglerat på ett tillfredsställande sätt.

⁵⁰ För svenskt vidkommande sades skillnaden mellan de två situationerna vara oklar. Tre olika typer av lucka angavs: a) lagen reglerar inte ett visst fall; b) lagen reglerar ett fall, men vagt eller tvetydigt; c) lagen reglerar ett fall, men på ett moraliskt oacceptabelt sätt, Peczenik & Bergholtz, s. 313.

⁵¹ Om ramlagstiftning inom arbetsrätten se Hydén 1982.

att försöka vara utförlig i sådana frågor. Samtliga domar rörande de två nyss nämnda paragraferna behandlas (kap 5).

När det gäller nyskapande har en avgränsning gjorts till fem fall. De har valts för att visa olika situationer i vilka ett nyskapande kan aktualiseras och för att visa på olika tillvägagångssätt i samband med nyskapande av regler.

Att undersökningen avgränsats till arbetsdomstolen – och därmed till domar i mål rörande arbetstvister – har redan framgått. En ytterligare avgränsning består i att det är endast resonemang i rättsfrågor som undersökts.⁵²

1.4 Undersökningens metod

Undersökningens ansats är empirisk. Föremålet för studien är tillvägagångssätt och synsätt inom arbetsdomstolen.⁵³ Ett stort antal rättsområden och enskilda rättsfrågor berörs i framställningen. I undersökningen genomförs inte analyser av rättsfrågor i dogmatisk mening.⁵⁴ I stället riktas intresset mot vissa uttalanden som gjorts i samband med att arbetsdomstolen analyserat och besvarat rättsfrågor och som kunnat användas för att belysa undersökningens frågeställningar. Det är alltså inte en studie i gällande rätt i vanlig mening utan snarare en undersökning av vissa förutsättningar för dess tillkomst. Sandgren har skilt mellan olika typer av rättsvetenskapliga undersökningar bl.a. utifrån de syften som kan finnas med rättskällematerialets användning. Om det primära syftet med materialets användning inte är att analysera innehållet i gällande rätt ser han det som naturligt att betrakta materialet som empiriskt. Så har rättsfalls materialet använts här.⁵⁵

Den studie som genomförts berör ett föga bearbetat område. Den kan till en del sägas röra ”rättskälleprinciper i tillämpningen”.⁵⁶ Det har sagts att studiet och beskrivningen av principer för det rättsliga beslutsfattandet försvåras av att materialet är svåråtkomligt och oenhetligt men också

⁵² Om gränsdragningen mellan rättsfrågor och sakfrågor se Lindell 1987.

⁵³ Rörande betydelsen av syftet med rättskällematerials användning, se Sandgren s. 733ff. Om vikten av att intressera sig för tillämparens arbetsmetoder och synsätt se Wennström, s. 203. Det som ibland kallas ”tyst kunskap” kommer inte att behandlas här; se beträffande sådan a. a. s. 25 och 184 med litteraturhänvisningar. Se även Bergholtz 1991, s. 4f, med litteraturhänvisningar. Om olika ”källor” för att undersöka en domstols metanormer, se Bengtsson, s. 140.

⁵⁴ Se nedan i detta avsnitt.

⁵⁵ Sandgren s. 732f.

⁵⁶ Strömholm 1996, s. 332.

att det skulle vara svårt att bearbeta på ett rationellt och vetenskapligt givande sätt.⁵⁷ För den som ändå ger sig i kast med uppgiften finns olika vägar att pröva. En naturlig utgångspunkt är att *valet av tillvägagångssätt* påverkas av främst syftet eller syftena med undersökningen. Hur bör man alltså gå till väga för att utveckla kunskap om inom rättsligt beslutsfattande förekommande rättstillämpningsvärderingar? Nedan (11.2.1) nämns en riktning inom rättsforskningen som brukar kallas realism. En viktig utgångspunkt delas av realismen och den förevarande undersökningen: den empiriska ansatsen. Kunskap ska utvecklas genom insamlande och analys av data. I övrigt föreligger viktiga skillnader.

Undersökningen är genomförd inom en rättsvetenskaplig referensram. Det framgår bl.a. av den terminologi som används och den tidigare forskning till vilken genomgående refereras. Som redan framgått är det dock inte fråga om en rättsdogmatisk undersökning i traditionell bemärkelse. Huvudfrågan är inte "Vad är gällande rätt i den eller den frågan?".⁵⁸ Avsikten är inte att analysera enskilda rättsfrågor eller institut eller att bidra till en systematisering av ett rättsområde och inte heller att formulera rekommendationer i sådana angelägenheter. Det torde idag vara överflödigt att argumentera för det legitima i att inom rättsvetenskapen arbeta med andra frågor än sådana som låter sig besvaras med rättsdogmatisk metod i snäv mening.⁵⁹ Att en breddning av synsättet är accepterat

⁵⁷ A st. Kellgren konstaterar, s. 113, att det inte är möjligt att med absolut säkerhet slå fast rättskällors ställning och hur den juridiska argumentationen går till.

⁵⁸ Se dock Lindbloms fråga i 1993c, s. 243: "Vilken lagtolkningslära är gällande rätt?" Sedd så kunde undersökningen sägas vara ett försök att fastställa gällande rätt i fråga om en typ av domarskapad rätt, metanormerna. Jfr Strömholm a. a. s. 392: "Gällande svensk argumentationsteknik...". I Westberg 1988, s. 306, talas om de "gällande principerna för lagtolkning". I Peczenik 1995a, s. 225, ses rättskällennormer som "gällande rättsnormer". I Nielsen, s. 211, sägs rättskälle- och tolkningsläran – sedd ur rättsrealistiskt perspektiv – vara en del av gällande rätt. Det skulle också kunna hävdas att undersökningen är rättsdogmatisk om man därmed avser forskning som "tar sin utgångspunkt inne i rätten", Westerlund, s. 6.

⁵⁹ Om rättsdogmatik se Peczenik 1995a, s. 312ff. Om dogmatikerns fråga se t.ex. Strömholm 1979a, s. 143. Om dess uppgifter se Frändberg 1984, s. 67f. Om det rättsdogmatiska perspektivet se Malmberg, s. 21ff. Se även Bruun om rättsdogmatikens paradigm. Om rättsdogmatikerns uppgift och metod se Jareborg, s. 404; även i Bergholtz 1990, s. 155f, Bolding s. 63ff, Doublet & Bernt, s. 21, Lavin 1989 och 1990, Peczenik 1990b, Wiklund, s. 55ff, Töllborg 1995–96, s. 355ff och Westerhäll, s. 294f. I Agell ges synpunkter på rättsdogmatik som verksamhet och som beteckning på en verksamhet. Westberg, 1992, s. 421, finner att det tycks finnas lika många uppfattningar om innebörden av den rättsdogmatiska metoden som det finns anhängare och motståndare till den. Sandgren föredrar uttrycket "positivrättsliga studier", s. 728 (not 4).

och på åtskilliga håll till och med betraktas som önskvärt förefaller uppenbart.⁶⁰

Arbetet inleddes med en genomgång av samtliga i publikationen "Arbetsdomstolens domar" refererade domar för perioden 1974 – 1980.⁶¹ Preliminära avgränsningar och klassificeringar gjordes. Efter denna första kontakt med empirin gjordes en genomgång av viss litteratur, främst sådan med anknytning till frågor rörande rättsligt beslutsfattande. Doms materialet (främst domskälen) gick igenom ytterligare en gång, nu med inriktning mot de delar som belyste arbetsdomstolens förhållande till lagstiftaren. Ett kompletterande studium av litteratur för att närmare pröva relevansen av där framförda synpunkter för frågor rörande olika aspekter av rättsligt beslutsfattande i främst lagtolkningsfrågor genomfördes. En därpå följande, avslutande, genomgång av rättsfallsmaterialet inriktades på tre av de typer av domstolens rättsliga beslutsfattande som angivits ovan, lagtolkning, laganalogi och nyskapande. I en år 1993 framlagd licentiatavhandling presenterades resultaten av en undersökning rörande perioden 1974–1980. Framställningen hade inga förklarande ambitioner utan rörde sig på en beskrivande nivå. Tyngdpunkten låg på en beskrivning av arbetsdomstolens bidrag till den rättsliga regleringen av arbetsmarknaden.⁶² Den nu framlagda avhandlingen omfattar utöver perioden 1974–1980 även perioden 1981–1988. Undersökningen av domsmaterialet kunde för denna senare period inriktas mot de delar som belyste arbetsdomstolens förhållande till lagstiftaren. En ytterligare aspekt av det rättsliga beslutsfattandet behandlas, nämligen precisering. Här tillkommer också en förklarande ansats. Frågan om rättstillämpningsvärderingar har trätt i förgrunden. Den i kap 3 utvecklade teoretiska ramen har tillkommit.

I framställningen citeras, refereras och hänvisas i viss omfattning till *utländsk litteratur* som diskuterar frågor med anknytning till de här behandlade. Det kan vara svårt att avgöra i vilken utsträckning uttalanden rörande förhållanden inom ett annat rättssystem än det svenska har relevans för en undersökning rörande svenskt rättsligt beslutsfattande. Det förefaller emellertid vara relativt vanligt i rättsvetenskapliga sammanhang att sådana hänvisningar görs utan att man i varje enskilt fall reserverar sig för de skillnader som kan finnas mellan rättssystemen i

⁶⁰ För en översikt av ståndpunkter se Nyström, särsk s. 34ff. Se också Edlund 1967, s. 13ff och 1985, s. 33, Eckhoff 1985, Göransson 1988, s. 28ff, Eklund, R, 1992, s. 11ff, Sandgren, Töllborg 1986, s. 26ff och dens. 1995–96 samt Westberg a. a. s. 421ff. Strömholm talar, 1996, s. 116, om "rättsvetenskapens vetenskapsteoretiskt blandade karaktär".

⁶¹ Frågan om domskäls tillförlitlighet diskuteras i 11.2.1.

⁶² "Precisering" behandlades inte, se Rimsten 1993a.

fråga. Strömholm har t.ex. beskrivit traditionellt judiciellt beslutsfattande ”i ett samhälle av modern västerländsk typ”.⁶³ Hänvisas i den fortsatta framställningen till en författare som behandlat t.ex. engelsk rätt utan att reservationer görs rörande skillnader mellan svensk och engelsk rätt, innebär det inte att jag anser att inga skillnader finns. Det innebär att jag bedömt författarens uttalande i den särskilda frågan som belysande för min framställning. Det faktum att det är en utländsk författare som skriver om något annat än det svenska rättssystemet behöver inte betyda att det han säger helt saknar relevans. Att det finns risker med att använda uttalanden rörande utländsk rättstillämpning är uppenbart – till och med om det rör förhållanden som ibland antas vara likartade de inhemska.⁶⁴

1.5 Exkurs rörande ”rättskälla”

I 1.3 framgick att en avgränsning i samband med undersökningen av lagtolkning och precisering gjorts till fyra företeelser: lagtext, förarbeten, rättspraxis och förmodade konsekvenser av beslutsfattandet. De tillhör alla vad som i en del sammanhang betecknas som rättskällor. Frågan därom ska beröras kortfattat.

Spridningen är stor när det gäller uppfattningar om hur termen rättskälla bör användas. Ett stort antal förslag till definitioner finns att tillgå.⁶⁵ Ibland urskiljs olika kategorier bland rättskällorna, t.ex. rättskällor i vidare mening (inkluderande orsaksfaktorer) och rättskällor i snävare bemärkelse.⁶⁶

Ibland görs uppräknings av sådant som ansetts böra hänföras till rättskällorna. Ett exempel ska ges.⁶⁷

⁶³ Strömholm 1979b, s. 164.

⁶⁴ För ett exempel se Peczenik 1980, s. 172, med citat av Bernitz rörande inställningen i visst avseende i bl.a. Danmarks och Norges högsta domstolar. Se även Fahlbeck 1988, s. 223ff.

⁶⁵ Om dess mångtydighet se Peczenik a. a. s. 48. Magnell, som gjort en omfattande genomgång av andra författares användning av termen rättskälla, talar om ”den näst intill totala terminologiska förbistring som för närvarande bitvis tycks råda”; se även Blume s. 866f.

⁶⁶ Vinding Kruse.

⁶⁷ Exemplet har tillhandahållits av Tore Sigeman. Se även Sigeman 1997b, s. 262f. Om rättskällor inom arbetsrätten se Fahlbeck 1989, s. 22ff, samt Sigeman 1995, s. 34ff och dens. 1994, s. 15ff och 113ff. För ett annat exempel på tredelning av rättskällor se Peczenik 1995a, s. 213ff.

Rättskällor av *första* graden.

1. Lagbestämmelser (även EG-regler med direkt effekt) tillämpliga enligt ordalagen eller efter extensiv tolkning
 2. Prejudikat (vars auktoritet består)
 3. Motivuttalanden till bestämmelser enligt 1
- Rättskällor av *andra* graden (systemimmanenta lösningar).
4. Ratificerade men ej implementerade konventioner ("traktatvänlig tolkning")
 5. Lagstiftning på närliggande område ("laganalogi")
 6. Lagstiftning på mera avlägsna områden ("rättsanalogi")

Rättskällor av *tredje* graden.

7. Sedvänjor (utan direkt stöd av lag)
8. Uttalanden i doktrinen som är vedertagna (eller oemotsagda)
9. Lagstiftande organs uttalanden utom ramen för lagförarbeten enligt 3 ovan
10. Reella hänsyn (sociala nyttopunkter, ändamålsargument)
11. Allmän rättsuppfattning o.d.

I stället för om rättskällor talas ibland om rättskällefaktorer. Eckhoff anger sju typer av sådana.⁶⁸ Strömholm, som också räknar med sju (eller egentligen åtta) rättskällefaktorer, skiljer mellan å ena sidan rättskälleprinciper (hanteringsregler) och å andra sidan övriga rättskällefaktorer ("källor till sakregler").⁶⁹ Andra författare drar gränsen snävare.⁷⁰ I vissa framställningar är det kausaliserande inslaget påtagligt. Rättskällor ses t.ex. som påverkningsfaktorer.⁷¹ I andra framställningar är detta inslag mindre framträdande eller saknas helt. Många författare är preskriptiva. Det anges vilka faktorer som skall eller bör (ibland också får) beaktas i rättstillämpningen.⁷²

Det har ifrågasatts om termen rättskälla överhuvudtaget bör användas.⁷³ Den skulle kunna leda tanken i fel riktning genom att framkalla uppfattningen att rätten vore något att ösa upp – som vatten ur en källa. Rätten vore

⁶⁸ Eckhoff 1993, s. 18.

⁶⁹ Strömholm 1996, s. 320f.

⁷⁰ Göransson, 1988, s. 27, talar i samband med rättskälleläran om "främst lagstiftning, förarbeten och rättspraxis"; även Schmidt 1972, s. 570f, i samband med distinktionen bundna och öppna argument.

⁷¹ Strömholm 1996, s. 318.

⁷² Se t.ex. Peczenik a. st.

⁷³ Exempel på förslag till alternativa uttryck är "direktivkällor" och "kunskapskällor", Schmidt 1955, s. 272. Den viktigaste kunskapskällan sägs vara "själva lagtexten", a. a. s. 132. Två andra, särskilt viktiga, kunskapskällor utpekas: prejudikat och förarbetsuttalanden. Dessa tre sägs tillsammans bilda "vårt system av direktiv". Lehrberg använder, s. 25, "kunskapskälla" och "rättskälla" synonymt. Klami ser, 1989, s. 61, rättskällor som "*information* om en viss relevant persongrupps (en referensgrupps) beteende, som *tolkas* av en annan grupp, 'metagruppen'."

något man finner, förutsatt att man vet var man ska leta.⁷⁴ Farhågorna är måhända inte ogrundade. Det förekommer att rättskällor beskrivs som "de ulike 'kilder' som en jurist öser sine regler av"⁷⁵ eller som något "från vilka tillämpliga rättsregler i ett enskilt fall är att hämta".⁷⁶ När termen "rättskälla" ändå behålls i den fortsatta framställningen är skälet främst att den är inarbetad.⁷⁷ Den är enligt Modéer ett arv från det tidiga 1800-talets rättsvetenskap och sågs som en lära om källorna till den gällande rätten.⁷⁸

Utmärkande för rättskällor är bl.a. deras centrala roll i juridisk argumentering.⁷⁹ De tillerkänns en särskild auktoritet.⁸⁰ I vissa fall torde det främst ha att göra med sättet för deras tillkomst. När det gäller t.ex. lagtext, lagförarbeten och rättspraxis, har auktoriteten i två fall (lagtext och förarbeten) att göra med konstitutionen. Materialet härrör från det organ (lagstiftaren) som i grundlagen utpekats som den främste rättslige normgivaren. Ibland har särställningen för material som härrör från lagstiftaren betonats genom att argument med förankring däri betecknats som "bundna".⁸¹ När det gäller rättspraxis finns lagregler om plenissammanträde i visst fall och om prövningstillstånd, som utvisar att de högsta instansernas avgöranden ska ses som något mer än enbart avgöranden av enstaka tvister.⁸²

Innebörden av "rättskälla" är som framgått inte given på förhand. Ingen allmänt vedertagen definition finns att tillgå. När det gäller arbetsdomstolens språkbruk tyder detta på att man inom domstolen som rättskällor uppfattat främst lagtext, förarbeten och rättspraxis. Det går visserligen att finna exempel på att domstolen använt termen även på annat än sådant material, t.ex. "litteraturen"⁸³ eller "doktrinen"⁸⁴. I ett sammanhang omnämndes den på arbetsmarknaden gällande "sedvanan" på ett sätt som för tanken till rättskälleresonemang.⁸⁵ Det övervägande intrycket är emellertid att det var material som härrörde från antingen

⁷⁴ Eckhoff 1993, s. 17f. I Magnell, s. 88, ges flera exempel på författare som uttalat skepsis mot termen rättskälla. Se även Hellner 1997, s. 362 och Edlund 1989a.

⁷⁵ Bing & Harvold, s. 16.

⁷⁶ SOU 1986:1 s. 47.

⁷⁷ Att den används inom arbetsdomstolen framgår av t.ex. AD 104/90.

⁷⁸ Modéer, s. 17.

⁷⁹ Peczenik 1990a, s. 216, om rättskällor och rättskällennormer.

⁸⁰ Zahle, s. 752: "Intet er...bedre egnet til at karakterisere et retligt beslutningssystem end en karakteristik af dets retskildelære."

⁸¹ Schmidt 1972; se även Bergström 1987, s. 16.

⁸² Strömholm a. a. s. 385.

⁸³ AD 89/78, s. 702f.

⁸⁴ AD 29/82, s. 238, där frånvaron av stöd i doktrinen för intolkning av en tyst klausul i kollektivavtal eller anställningsavtal anfördes som ett skäl mot sådan intolkning.

⁸⁵ AD 50/84, s. 352.

lagstiftaren eller från domstolen själv (och i viss mån andra domstolar) som tillerkändes relevans vid argumenteringen för en viss ståndpunkt. I ett fall tillbakavisades ena sidans argumentering med hänvisning till att vad man anfört knappast kunde förenas med lagens avfattning och saknade stöd i vad som uttalats i förarbeten och tidigare rättspraxis.⁸⁶ Domstolens argumentering knöts till material av denna typ på ett sätt som ger det en särställning när det gäller fastställandet av gällande rätt. Det var främst när bearbetningen därav inte ledde fram till ett svar på den ställda rättsfrågan som argument utan sådan anknytning kom till användning. Det förekom också att en – som det vill synas – i och för sig tillräcklig argumentation grundad på lagtext, förarbeten eller rättspraxis kompletterades med argument utan denna anknytning.

Det kan också nämnas att man inom litteraturen framhållit samspelet mellan lagtext, förarbeten och rättspraxis som ett utmärkande drag för ”det svenska systemet”, som lagtolkningens kärna.⁸⁷

Det ska för säkerhets skull sägas, att avgränsningen inte får uppfattas som avsedd att uttömmande ange den argumentationsmässiga bakgrund mot vilken arbetsdomstolens ställningstaganden i rättsfrågor äger rum. Det finns många exempel på situationer där andra argument än sådana hänförliga till nyss angivna rättskällor tillagts relevans. Det förekom – av naturliga skäl – när rättskällorna teg, men även i andra situationer. Några exempel ska ges.⁸⁸

1. Allmänna (rätts)grundsatser⁸⁹ o dyl, t.ex. inom avtalsrätten,⁹⁰ grundläggande kollektivavtalsrättsliga principer,⁹¹ grundläggande skadeståndsrättsliga principer,⁹² eller rättsgrundsatser i anslutning till förutsättningsläran.⁹³

2. Doktrin.⁹⁴ Det är ofta svårt att veta vilken vikt som tillmätts de uttalanden i rättsvetenskaplig litteratur till vilka hänvisning gjorts. Det varierade nog. Ibland redovisades uttalanden på ett sätt som ger intrycket att

⁸⁶ AD 160/88. Jfr Strömholm a. a. s. 494, som talar om de arbetsredskap juristen förfogar över för att fastställa en lagtexts innebörd och därvid avser lagtext, förarbeten och praxis.

⁸⁷ Peczenik & Bergholtz, s. 312.

⁸⁸ I Summers & Taruffo, s. 464f, återges en lista med 11 typer av argument anförda i domskäl.

⁸⁹ AD 123/83, 23/87, 77/87, 94/88.

⁹⁰ AD 14/74, 112/83.

⁹¹ AD 90/85.

⁹² AD 96/85.

⁹³ AD 151/86.

⁹⁴ Vissa forskare undviker termen ”doktrin” och föredrar att tala om t.ex. ”litteraturen”, se Agell, s. 46f. I Strömholm 1996, s. 116, anges innebörden av ”doktrin”: ”rättsvetenskapens samlade produktion av utsagor om (i första hand) gällande rätt”.

de tagits under noggrant övervägande av domstolen.⁹⁵ Även frånvaron av stöd i litteraturen för en ståndpunkt kunde tillmätas betydelse.⁹⁶

Den tidigare ordföranden i arbetsdomstolen Johan Lind har, visserligen med avseende på Högsta domstolen, uttalat att Högsta domstolen i sin verksamhet är "mycket beroende" av doktrinen. Rättsvetenskapen betecknas som "ett oundgängligt hjälpmedel".⁹⁷

Under undersökningsperioden har påträffats följande domar där arbetsdomstolen uttryckligen hänvisat till uttalanden i doktrinen: 41/74 (Jägerskiöld), 128/76 (Grönfors), 14/77 (Schmidt), 38/77 (Schmidt), 65/78 (Schmidt), 72/78 (Fahlbeck), 89/78 (Schmidt), 110/78 (Bergqvist/Lunning och Lunning), 164/78 (Schmidt), 15/79 (Hassler), 124/79 (Christensen), 152/79 (Bengtsson, Schmidt), 15/80 (Schmidt), 85/80 (Ekelöf, Hassler, Karlgren, Fahlbeck, Rodhe), 91/80 (Hellner), 94/80 (Fahlbeck), 143/80 (Riksskatteverkets handbok?), 28/82 (Ekelöf), 34/82 (Nilsson), 83/82 (Kaijser), 56/83 (Källström), 101/83 (Nilsson), 129/83 (brottsbalkskommentaren och Bengtsson), 156/83 (Eklund), 43/84 (Fahlbeck), 61/84 (Bergström), 79/84 (Schmidt), 98/84 (Bergqvist/Lunning), 128/84 (Fahlbeck), 143/84 (Bergqvist/Lunning), 71/85 (Lunning), 85/85 ((Lidbeck m.fl. samt Cars), 88/85 (Bergqvist/Lunning), 11/86 (Bergqvist/Lunning), 25/86 (Bergqvist/Lunning), 78/86 (Sigeman och Lunning), 91/86 (Nilsson), 105/86 (Cars m fl) och 84/88 (Grönwall – Hessmark).

3. Sedvänjor o dyl på arbetsmarknaden, t.ex. den allmänna uppfattningen på arbetsmarknaden och liknande,⁹⁸ rättsuppfattningen på arbetsmarknaden,⁹⁹ praxis inom branschen eller på arbetsmarknaden eller vid företaget,¹⁰⁰ god sed på arbetsmarknaden,¹⁰¹ eller en "dominerande praxis inom branschen".¹⁰²

I AD 50/84 uppkom bl.a. frågan om en arbetsgivare kunnat med befriande verkan betala semestermedel till visst förbund eller om betalningen rent

⁹⁵ Se t.ex. Linds särskilda yttrande i AD 85/80 och ett uttalande av majoriteten i AD 25/86.

⁹⁶ AD 29/82 där en arbetstagare ville tolka in en regel om förbud för arbetsgivaren att ge föreskrifter för arbetstagarens fritid i kollektivavtal eller anställningsavtal. Det skulle finnas en s.k. tyst klausul som hindrade varje föreskrift från arbetsgivarens sida med sikte på arbetstagarens fritid. Arbetsdomstolen konstaterade att det saknades stöd såväl i praxis som i doktrin för en sådan regel. Se även AD 89/78 där det uttalades att en av de rättsfrågor som målet gällde inte var besvarad i vare sig rättspraxis eller "litteraturen".

⁹⁷ Lind 1995 s. 240. Se också Kleinemans diskussion av rättsvetenskapen som rättskälla.

⁹⁸ AD 14/74, 22/74, 17/75, 22/75, 23/75, 5/76, 139/79, 164/79, 94/80.

⁹⁹ AD 33/76.

¹⁰⁰ AD 23/74, 46/74, 30/76, 193/77, 68/78, 71/79, 129/79, 157/79, 164/79 och 8/80.

¹⁰¹ AD 33/76, 167/77 och 12/79.

¹⁰² AD 167/78 och 164/79.

rättsligt skulle ha skett till förbundets semesterkassa. Arbetsdomstolen fann att på arbetsmarknaden gällde en viss *sedvana*. Denna sedvana lades till grund för ställningstagandet i rättsfrågan.

I AD 6/85 uttalades att på det offentliga tjänstemannaområdet ”sedan gammalt” ansetts gälla en viss allmän princip.¹⁰³

4. Rättvisa, rimlighet o dyl, t.ex. allmänna rättvisesynpunkter,¹⁰⁴ vad som är rimligt,¹⁰⁵ att något är utmanande och stridande mot rättskänslan¹⁰⁶ eller att rättssäkerheten ställer krav.¹⁰⁷

5. Sakens natur.¹⁰⁸

6. Effekter av en viss tolkning.¹⁰⁹

7. Till detta kan fogas en typ av tämligen svårklassificerade argument, t.ex. vad som enligt domstolen i ett visst fall ”ligger närmast till hands”,¹¹⁰ vad som ”naturligen”, ”uppenbarligen”, ”självfallet”, ”otvivelaktigt”, ”med nödvändighet”, ”självklart”, ”enligt ett praktiskt bedömande”, ”enligt vedertagen uppfattning” eller ”ofrånkomligt” ska anses gälla,¹¹¹ sociala skäl,¹¹² vad som är ”allmänt erkänt”¹¹³ vad ”konsekvensen” kräver,¹¹⁴ att något ”ter sig främmande”,¹¹⁵ det ”allmänna arbetsmarknadspolitiska intresset”¹¹⁶ samt ”utvecklingen i det praktiska livet” på arbetsmarknaden eller i allmänhet.¹¹⁷

Arbetsdomstolens argumentering utesluter alltså inte att sådant som inte kan hänföras till lagtext, förarbeten eller rättspraxis tillerkänns relevans. Det material som ingår i undersökningen ger inte någon grund för uttalanden om vikten i enskilda fall eller i allmänhet av denna typ av argument. Kanske har deras användning i domskälen åtminstone ibland

¹⁰³ För tiden utanför undersökningsperioden se AD 104/90 där det talades om ”en fast och utbredd uppfattning”. Domstolen frågade sig vilken betydelse en sådan uppfattning hade ”i rent rättsligt hänseende”(s 665). Det förefaller som om domstolen inte ville räkna denna uppfattning till rättskällorna, se s. 665f. Det uttalades nämligen att det varken i lydelsen av viss bestämmelse ”eller i övriga rättskällor” fanns stöd för en viss påstådd rätt.

¹⁰⁴ AD 6/75.

¹⁰⁵ AD 94/76 och 88/77.

¹⁰⁶ AD 54/80.

¹⁰⁷ AD 107/80.

¹⁰⁸ AD 127/77, 68/78, 93/78, 149/79, 15/80 och 94/80.

¹⁰⁹ AD 3/76 (”skulle...kunna leda till”).

¹¹⁰ AD 26/75.

¹¹¹ AD 84/75, 5/76, 94/76, 11/78 och 164/79.

¹¹² AD 101/77 – minoriteten.

¹¹³ AD 134/78.

¹¹⁴ AD 54/80 och 109/80.

¹¹⁵ AD 56/80.

¹¹⁶ AD 100/79.

¹¹⁷ AD 118/79.

att göra med den rättslige beslutsfattarens föreställningar i frågor rörande bl.a. etik, rättvisa, vad som är praktiskt och världens beskaffenhet.¹¹⁸

1.6 Disposition

Avhandlingens 11 kapitel har delats in i fyra avdelningar. I avdelning I presenteras bakgrunden till och uppläggningsen av undersökningen som – förutom vad som framgår av ovanstående – innehåller en diskussion av några för undersökningen centrala termer. ”Lagtolkning”, ”precisering”, ”laganalogi” och ”nyskapande” ges innebörder som ska gälla för den fortsatta framställningen.

I avdelningarna II och III (kap 3–9) presenteras undersökningens empiri rörande arbetsdomstolens förhållningssätt till lagstiftaren i vissa avseenden. Gränsdragningen mellan de två avdelningarna ska kommenteras. Ett syfte angavs i 1.3 vara att undersöka rättstillämpningsvärderingars betydelse i visst rättsligt beslutsfattande. I avdelning II behandlas arbetsdomstolens syn på vissa rättskällor vid lagtolkning och precisering. Till grund för behandlingen ligger en i kap 3 utformad teoretisk ram avseende olika orienteringar i samband med rättsligt beslutsfattande. I kap 4 och 5 behandlas lagtolkning samt precisering av avvägningsnormer utifrån ett sådant orienteringsperspektiv. De olika orienteringar i fråga om rättsligt beslutsfattande som konstateras sätts i samband med bl.a. de rättstillämpningsvärderingar som antas vara verksamma i beslutsfattandet. I kap 6 kompletteras orienteringsperspektivet med en diskussion av arbetsdomstolens rättstillämpningsvärderingar i termer av viktning av rättskällor.

I avdelning III diskuteras arbetsdomstolens värderingar rörande laganalogi och nyskapande. De två beslutstyperna har här använts för att belysa frågan om rollfördelningen mellan lagstiftare och domstol när det gäller att utveckla regelsystemet. Efter några inledande anmärkningar i kap 7 om samspelet mellan lagstiftare och domstol tas frågan om domstolens syn på användningen av laganalogi upp i kap 8. I kap 9 diskuteras det som här kortfattat kallas nyskapande, alltså situationer där domstolen inte funnit någon lagregel som varit direkt tillämplig på fallet och där heller inte laganalogi använts.

I kap 4, 5, 6, 8 och 9 anges i slutet av varje avsnitt (4.2.1, 4.2.2.2, 4.2.2.3, 4.3, 5.2.1, 5.2.2, 6.1.2, 6.1.3, 6.1.4, 8.2, 8.3, 9.2.5 och 9.3) i form av ”slutsatser” vad som utvunnits av materialet i fråga om rättstillämp-

¹¹⁸ Simpson, s. 131.

ningsvärderingar. Vart och ett av de nyss nämnda kapitlen avslutas med ett kommenterande avsnitt.

I kap 10 belyses det judiciella rättsskapandet med hjälp av inslag i diskussionen om processens funktion.

I avdelning IV förs en avslutande diskussion rörande vissa av undersökningen aktualiserade frågor, främst rörande domskäls tillförlitlighet och utformning samt rörande förklaring av rättsligt beslutsfattande.

2 Rättsligt beslutsfattande. En terminologi

2.1 Allmänt

2.1.1 Inledning

Undersökningen inriktas som framgått mot vissa typer av rättsligt beslutsfattande. En väsentlig del av argumentationen i samband med rättsligt beslutsfattande cirklar runt två problem: att fastställa ett händelseförlopp och att avgöra om en viss norm eller vissa normer är tillämpliga på detta händelseförlopp. En beskrivning därav som i sina huvuddrag överensstämmer med många andra är följande:

”In a mechanistic model of decision-making the relationship between rule, facts and results can be expressed in the form of a syllogism. The adjudicator discovers and states the rule as the major premise, he discovers and states the material facts as the minor premise, and the result follows as a necessary conclusion. A question of interpretation arises when the interpreter has a *choice* either as to the scope of the major premise or as to how it is to be applied to the facts (which are given).”¹¹⁹

En sådan beskrivning är dock långt ifrån tillräcklig för att täcka alla de olika situationer som kan aktualiseras. Det finns t.ex. anledning att beakta att rättssystem aldrig blir fullständiga utan innehåller inte bara oklarheter utan också luckor. Det kan också uppkomma situationer där rättstillämparen finner sig stå inför motstridande regler. Till detta kommer en ständigt pågående samhällsförändring och ett krav på en ty åtföljande anpassning av regelsystemet. Den rättslige beslutsfattaren ställs inför speciella krav. Det gäller att hitta ”ett jämviktsläge mellan den av lagstiftningen skapade stabiliteten och den vid tillämpningen nödvändiga elasticiteten.”¹²⁰ Stabiliteten garanterar kontinuitet i samhällets utveckling samt befrämjar likhet inför lagen och förutsebarhet.¹²¹ Elasticiteten, å andra sida, anpassar lagen till livets krav. Den rättslige beslutsfattarens

¹¹⁹ Twining & Miers, s. 198.

¹²⁰ Peczenik 1990a, s. 12.

¹²¹ A st.

grundläggande uppgift blir att finna en väl argumenterad och avvägd kompromiss mellan stabilitet och elasticitet, en lösning som försöker tillfredsställa både den formella likheten inför lagen och den materiella rättvisan.¹²² Rättsordningen framstår som ett pågående projekt som den rättslige beslutsfattaren bidrar till att upprätthålla och även i viss utsträckning bygga ut.

Strömholm har urskilt fem särdrag hos det beslutsfattande som sker inom ramen för mer eller mindre generella normer och därvid använt "det judiciella beslutsförfarandet" (den rättstillämpande domarens beslut) som idealtyp.¹²³

1. Syftet med verksamheten är dels beteendestyrning, dels konfliktlösning (se vidare i kap. 10). Generella regler med principiellt obegränsad giltighetstid tillämpas av särskilda organ i möjligaste mån likformigt på de enskilda fall som kommer under de tillämpande organens handläggning. Normerna är, idealtypiskt, färdiga, i förväg givna, någorlunda avgränsade och försedda med något slags förnuftigt syfte och det ankommer på de rättstillämpande organen att använda dem likformigt. Det finns en principiell skillnad mellan ett agerande de lege lata och de lege ferenda. Beslutsfattarnas arbetsunderlag är praktiskt taget inskränkt till det naturliga språkets uttrycksmedel. Den klassiska formen för normen är om – så.

2. Den eller de enskilda normer som ligger till grund för ett normstyrt beslut är regelmässigt inte isolerade utan ingår i en normhierarki och ett normsystem. Beslutsfattaren har att iaktta vissa principer som sammanhänger med denna uppbyggnad.

3. Beslutstvång. Rättstillämparen är skyldig att fatta beslut i de frågor som förelagts honom.¹²⁴

4. Beslutsfattandet är i princip kompromisslöst. Det syftar till ett renodlat A- eller B – avgörande.

5. Rättvisekrav. t.ex.: Lika fall ska behandlas lika.

Peczenik anger följande "grundantaganden" för juridisk argumentation.¹²⁵

1. Den juridiska argumentationen baserar sig på *gällande rätt*.¹²⁶ 2. Det

¹²² Peczenik a. a. s. 13. Om skillnader mellan formell och materiell rätt – och vanskligheter därmed, se Lindblom 1993a, s. 17ff.

¹²³ Strömholm 1979b, s. 164ff. Se också dens 1996, s. 467ff, om särskilda egenheter hos den rättsliga argumentationen samt Peczenik 1990a; se även Bergholtz 1991, s. 1ff, om "några typiska drag i den juridiska beslutsprocessen".

¹²⁴ Se även Frändberg 1973, s. 161f.

¹²⁵ a. a. s. 134f.

¹²⁶ Om "problemet 'gällande rätt'" se Strömholm 1996, s. 23ff. Lindblom talar i 1997, s. 595, om "gällande rätt" som "ett laddat – men kanske tomt – begrepp".

finns vissa *rättskällor* som etablerats i samhället och antingen är bindande eller äger stor auktoritet. "Varje rättslig tolkning måste basera sig på någon rättskälla."¹²⁷ 3. Den juridiska argumentationen styrs och bör styras av vissa *argumentationsnormer*. "Dessa bestämmer juridikens arbetsmetod." "Om en jurist inte följer sådana normer är hans tolkning inte rättslig..." 4. Juristerna strävar efter en *materiell rättssäkerhet*. P tycks här avse dels förutsebarhet dels etisk godtagbarhet.¹²⁸

Utmärkande för det rättsliga beslutsfattandet synes alltså vara bl.a. arten av de argument som används för att underbygga de domslut som utgör slutpunkten för den i domskälen förda argumentationen.¹²⁹ Här finns en blandning av respekt för bl.a. en viss sorts auktoriteter ("rättskällor"), tradition,¹³⁰ konsistens, objektivitet,¹³¹ sunt förnuft¹³² och konsekvenser av beslutsfattandet.¹³³

En illustration till sättet att resonera i samband med rättsligt beslutsfattande ges i AD 113/79. Först konstaterades där att det inte fanns några uttryckliga lagregler rörande tvistefrågan och inte heller några uttalanden i förarbetena. En tredje utväg – analog "tolkning" av andra bestämmelser i den aktuella lagen övervägdes uppenbarligen men befanns inte möjlig. Inte heller hade stått att finna några uttalanden i förarbetena till lagen rörande andra problem än det i målet aktuella som kunnat belysa tvistefrågan "indirekt". Då återstod inget annat än att "resonera sig fram till en lösning på problemet". På ett mycket allmänt plan förefaller det gå att ange en formel för lagtolkning "på sedvanligt sätt": man undersökte först rättskällorna lagtext och förarbeten med sikte på att finna "direkt" ledning. I andra hand övervägdes analogimöjligheterna. Först därefter tog annat resonerande vid.

¹²⁷ Även Peczenik 1991, s. 163.

¹²⁸ Om Kelsen och den juridiska argumentationens särart se Peczenik 1995a, s. 121. Andersson, H, anger, s. 126, med hänvisning till Aarnio den juridiska argumentationens paradigm som att den baserar sig på gällande rätt, att det finns en uppfattning om rättskällor, att argumentationen styrs och bör styras av argumentationsnormer samt strävan efter rättssäkerhet i betydelsen förutsebarhet och etisk godtagbarhet.

¹²⁹ I Klami 1992, s. 174, konstateras: "Legal decisions are expected to be based upon accepted sources of law."

¹³⁰ Jfr Simpson, s. 136: "Respect for legal tradition does undoubtedly produce a certain degree of consistency and predictability in legal decision."

¹³¹ Om objektivitet (och "neutralitetsmyten") se t.ex. Griffith, s. 193ff.

¹³² Strömholm 1996, s. 499.

¹³³ Simpson behandlar, s. 135f, en del besläktade frågor. I a. a. s. 118 sägs rättsliga beslutsfattare pendla mellan respekt för språkliga argument, en stark respekt för lagens uppenbara syfte och en stark respekt för vad andra domare har gjort tidigare.

Tillvägagångssättet påminner om ARKs sätt att diskutera ”den allmänna frågan om vilka metoder som står till buds när en domstol skall fastställa vad som är gällande rätt på en viss punkt”. Där beskrivs hur arbetsdomstolen (”liksom andra domstolar”) angriper sådana frågor. Man undersöker

”lagtext och lagförarbeten, tidigare domstolsavgöranden, sedvänjor och bruk, rättsregler på närliggande områden. Undersökningen sker med anlitande av vissa metoder för tolkning av lagar och prejudikat...”.¹³⁴

Även fortsättningen är av intresse.

”Resultatet av prövningen kan vara mer eller mindre entydigt och större eller mindre utrymme kan då ges även åt friare värderingssynpunkter. Ej heller dessa är dock alldeles obundna...utan följer vissa mönster och tillåter i princip endast vissa argument av typen överväganden om sociala och andra allmänna konsekvenser av skilda alternativ och förenligheten av sådana alternativ med målsättningar som uttryckts t.ex. i annan lagstiftning, när sådana överväganden inte kan sägas följa redan av den tillämpade lagtolkningsmetoden.”¹³⁵

Här kan också påminnas om Thornstedts rekommendation om i första hand en energisk analys av lagtexten. Om det inte räcker för att få svar i tillämpningsfrågan används förarbetena som källor till upplysning om de rättspolitiska värderingar som legat till grund för det aktuella stadgandet. Om ingen sådan ledning står att få kommer det fria värderandet in som en sista utväg.¹³⁶

Att det rättsliga beslutsfattandet innefattar hänvisningar till auktoriteter är av betydelse inte bara för beslutsfattaren, som därigenom kan undgå personligt ansvar för sitt ställningstagande, utan också för medborgaren i gemen, som känner att ställningstagandet inte är ett uttryck för beslutsfattarens nyck eller godtycke.¹³⁷

En påminnelse om *auktoritetens* betydelse ges i följande uttalande:

”En doms värde som prejudikat beror delvis av om motiveringen är fullgod eller har brister, men även en illa motiverad dom beaktas. Lagstadganden följs även av den som anser dem mindre lämpliga. Betydelsen av vad rättsvetenskapsmannen anför står och faller däremot med den grund han har för

¹³⁴ ARK s. 584.

¹³⁵ A st.

¹³⁶ Thornstedt, s. 358ff.

¹³⁷ Enligt Peczenik & Bergholtz, s. 321, skulle svenska domare vara ovilliga att ta ett eget ansvar för sina tolkningar och i stället föredra att hänvisa till auktoriteter.

sina uttalanden, även om det ofta måste tolereras att han inte utförligt redovisar den.”¹³⁸

Heuman anser att underdomstolar bör följa såväl dåliga som goda prejudikat när rättsatserna kommit till klart uttryck. Enligt honom bygger den svenska prejudikatläran inte längre på det ofta åberopade uttalandet från 1947 av första lagutskottet, enligt vilket prejudikatvärdet skulle vara beroende av tyngden av de skäl som åberopats.¹³⁹

Samtidigt måste hållas i minnet att rättstillämparens relation till auktoriteten i många avseenden är oklar. Det finns ett spelrum för tillämparen som inte alltid observeras. Ross fångar något därav i sitt karaktäriserande av rättstillämpning som något annat och mer än ”en blot intellektuel virksomhed”.¹⁴⁰

”Den har sin rod i hele dommerens personlighed, hans formelle och materielle retsbevidsthed såvel som hans forstandsmæssige opfattelser. Den er konstruktiv, stillingtagende fortolkning såvel som konstaterende fortolkning rettet mod tydning af givne fortolkningsdata. Den er på en gang erkendelse og vurdering, passivitet og aktivitet.”

En aspekt av det rättsliga beslutsfattandet som bör hållas i minnet är att dess karaktär kan skifta beroende på till vilken nivå i en instansordning det är förlagt. Uttrycket ”constitutional decision-making” är klaggörande.

”[C]onstitutional decision-making demands that kind of careful consideration which it is unrealistic to expect from courts which are submerged under thousands of cases they are obliged to decide; it requires a high degree of creativity and of policy-oriented balancing of interests and values which bureaucratic and routine-oriented judges can hardly provide.”¹⁴¹

Det rättsliga beslutsfattande som kommer att behandlas i det följande är till stor del konstitutionellt i nyss angiven bemärkelse.

I en undersökning som fokuserar lagstiftaren och en domstol kan det finnas anledning att något beröra frågan om eventuella skillnader mellan rättsligt beslutsfattande och det beslutsfattande som sker i lagstiftningssammanhang. Det har hävdats att skillnaden mellan domaren och rätts-

¹³⁸ Hellner 1997, s. 368.

¹³⁹ Heuman 1992, s. 226.

¹⁴⁰ Ross, s. 163.

¹⁴¹ Se Brown, s. 326, med citat från en artikel av Cappelletti i *Festschrift für Konrad Zweigert*, 1981. I Bengtsson 1997, s. 119, skiljs mellan å ena sidan ”prejudikatbildning” och å andra sidan ”sådan rättsskipning med sikte på omständigheterna i enskilda fall som i underinstanserna”.

politikern är en gradskillnad och inte en artskillnad”.¹⁴² Av båda krävs t.ex. ett angivande av skäl, som rättfärdigar beslutsfattandet. Det är inte utan vidare givet att de två beslutstyperna kan särskiljas. I följande uttalande ses t.ex. lagtolkning som en kreativ aktivitet, nära besläktad med lagstiftning. Tanken är att

”...interpretation necessarily involves a delegation by the legislature to the interpreter of the task of determining the particular application of a general rule, and that this delegated power and duty in no significant respect differs from an express delegation of legislative power.”...[I]nterpretation of general words is a legislative process... Interpretation is interstitial legislation, patently so when the courts have to interpret such words as ‘reasonable’ and ‘fair’, which are often found in modern statutes; no less so, though less obviously, when they have to interpret general words with uncertain fringe meanings.”¹⁴³

Intresseavvägning torde vanligtvis uppfattas som ett väsentligt inslag i – och typisk för – regelskapandet och som sådant främst en uppgift för lagstiftaren¹⁴⁴. Men även rättstillämparen kan, som kommer att framgå, uppträda som intresseavvägare.¹⁴⁵

Den frihet som lätt förknippas med lagstiftning är heller inte större än att rättspolitikern måste utformas med utgångspunkt i gällande rätt.¹⁴⁶

Samtidigt finns det skillnader. En sådan är rättskällevärdet. De skäl som anförs till stöd för en lagstiftningsåtgärd och de som anförs till stöd för en dom är olika.¹⁴⁷

Ser man till svenska förhållanden finns under alla förhållanden ett starkt skäl att göra skillnad mellan lagstiftning och rättsligt beslutsfattande. Den görs i regeringsformen.

2.1.2 Fyra typer av rättsligt beslutsfattande

Som framgick i 1.3 görs i undersökningen skillnad mellan fyra olika typer av rättsligt beslutsfattande, vilket främst har att göra med att förut-

¹⁴² Bergholtz 1987, s. 368. I Strömholm 1993, s. 471, uppmärksammas ”lagstiftningen som specifik *beslutsprocess* med bestämda förutsättningar, bindningar, möjligheter och funktioner.” Om den ”viktigaste skillnaden mellan lagstiftaren och domaren” se Peczenik 1995a, s. 60. Jfr Lindblom 1997, s. 619ff.

¹⁴³ Payne, s. 105ff.

¹⁴⁴ Se t.ex. AD 123/84, s. 813.

¹⁴⁵ För ytterligare exempel från arbetsdomstolen se t.ex. AD 121/82, 9/84 och 91/84.

¹⁴⁶ Bergholtz a st.

¹⁴⁷ Bergholtz a st. För ett exempel på hur osäker gränsen kan vara mellan lagstiftning och rättstillämpning se Sjögren, s. 336.

sättningarna för rättsligt beslutsfattande kan variera avsevärt, inte minst med avseende på rättskälletaget.

I 2.2–2.6 ska de fyra typerna av beslutsfattande, lagtolkning, precisering, laganalogi och nyskapande behandlas.¹⁴⁸ Förbistringen när det gäller termernas användning är avsevärd. För flera av dem har framförts en anseelig mängd sinsemellan olika definitionsförslag.

De fyra typerna av rättsligt beslutsfattande företer vissa likheter med varandra, men också några avgörande skillnader. Det skulle i och för sig kunna hävdas att allt rättsligt beslutsfattande innefattar ett nyskapande,¹⁴⁹ att det vore närmast en fråga om gradskillnader – från det obetydliga nyskapandet i ett rutinavgörande (femtionde domen om uppsägning p.g.a. stöld på arbetsplatsen) till avgörandet som innebär tillskapandet av en ny, tidigare okänd, rättsregel (t ex därför att lagstiftaren inte uttalat sig om den typ av situationer som förelegat till bedömning). Det skulle emellertid avvika från gängse språkbruk inom såväl rättstillämpning som rättsvetenskap att använda en enda kategori för de, trots allt, relativt olika situationer som kan uppkomma i samband med rättsligt beslutsfattande.

Någon *klar* skiljelinje finns dock inte att tillgå. ”Lagtolkning” och ”laganalogi” är sedan länge etablerade kategorier, innefattande två olika argumentationsfigurer. ”Precisering” är inte lika etablerat i terminologiskt avseende, men finns ändå nämnd eller förutsatt i ett flertal sammanhang. Beslutsfattande utan direkt eller indirekt stöd i rättskällorna eller, som det här kommer att mera kortfattat benämnas, ”nyskapande” är väl den minst etablerade termen. I många uttalanden framstår dock ett nyskapande genom rättsligt beslutsfattande i en eller annan form som förutsatt.

Några överväganden bakom begreppsbildningen ska anges.

Det har, för det första, setts som viktigt att beakta det inom disciplinen existerande språkbruket. När det gäller de fyra nyss nämnda termerna kan konstateras att språkbruket varierar. En möjlighet hade varit att efter genomgång av den ymniga floran av förslag till terminologiska bestämmingar, försöka urskilja vad som förefallit vara värt att ta med från var och en och sedan sammansmälta dessa komponenter till en ny definition. En annan möjlighet hade varit att bestämma sig för ett av dessa redan existerande språkbruk och sedan hålla sig till det.

Frestelsen att göra egna, mera fristående, stipulationer för var och en av termerna minskade i styrka när följande uttalande begrundats: termi-

¹⁴⁸ Beträffande terminologidefinitioner se Lindahl, s. 37f.

¹⁴⁹ Se t.ex. Eberstein, s. 12: ”[R]ättsreglernas tillämpning, rättskipningen, medför en ständigt pågående bearbetning av rättsmaterialet.”

nologiska revolutioner må vara oblodiga men är ändå ”bland de svåraste och minst lönsamma”.¹⁵⁰

Undersökningens empiriska ansats innebar, för det andra, att det framstod som viktigt att inte försämma möjligheterna att ta till vara insamlade data. Det gällde att inte genom ställningstaganden i terminologiska frågor avskära onödigt stora delar av det empiriska materialet. Det kunde ha funnits risker med på förhand uppställda ”definitiva begrepp”.¹⁵¹ Risken med sådana redan på ett tidigt stadium av en undersökning har beskrivits på följande sätt:

”Det kan t.ex. leda till att en undersökning avslutas i förtid därför att problemet formulerats för tidigt och alltför snävt, vilket gör att en del väsentlig problematik aldrig kommer att rymmas inom den ram som man formulerat. Försöken att isolera ett stabilt och definitivt empiriskt innehåll för varje begrepp är med andra ord i många fall problematiska – man tenderar att missa relevant kunskap.”

”Spårhundsbegrepp” framstod som mera fruktbara än sådana definitiva begrepp. De definitiva begreppen ger föreskrifter om vad som ska observeras, medan spårhundsbegreppen ger ”förslag på riktningen av det fortsatta arbetet”. De ”vägleder oss i sökandeprocessen – hjälper oss att spåra upp väsentlig problematik”. Som särskilt viktig framstod synpunkten att spårhundsbegreppen är mera känsliga för empiriska data än vad definitiva begrepp är.¹⁵²

Det har, för det tredje, setts som viktigt att uppmärksamma arbetsdomstolens eget språkbruk. Det var inte alltid enhetligt, vilket innebar ett problem. I uttryck som ”analogisk tolkning”¹⁵³ och ”lagtolkning... grundad på analogiresonemang”¹⁵⁴ sammanförs t.ex. två typer av rättsligt beslutsfattande, tolkning och analogi, som i en del andra sammanhang – t.ex. på andra ställen i domstolens domskäl, inom viss litteratur och i den fortsatta framställningen nedan – hålls åtskilda. Detsamma kan sägas om uttalanden i domskälen i vilka en restriktiv tolkning av en bestämmelse framställs som liktydig med att ”inte dra några långtgående analogier” från uttalanden i förarbetena.¹⁵⁵ I ett minoritetsvotum betecknades majoritetens lagtolkning som ”extensiv”. Mot en sådan tolkning ställdes en

¹⁵⁰ Strömholm 1979c, s. 268.

¹⁵¹ Se betr dessa och för det närmast följande Dahlgren m.fl., s. 15ff.

¹⁵² Jfr Weiss som talar om ”a realistic conceptual vocabulary to capture the multifaceted reality”.

¹⁵³ AD 55/85; jfr AD 97/85 där det talas om att ”tillämpa...analogiskt”. Se även AD 94/77.

¹⁵⁴ AD 71/79.

¹⁵⁵ AD 73/76.

tolkning ”enligt ordalydelsen”.¹⁵⁶ Enligt den här använda terminologin ligger, som strax kommer att framgå, även en extensiv tolkning inom ordalydelsen. Det förekom också att domstolen först konstaterade avsaknaden av ledning i lagstiftningsmaterial när det gällde besvarandet av en rättsfråga för att strax därpå ändå beskriva vad som skulle besvaras som ”lagtolkningsfrågor”.¹⁵⁷ Som kommer att framgå finns emellertid också uttryck för att man i arbetsdomstolen gjort skillnad mellan olika typer av beslutsfattande på ett sätt som rätt väl svarar mot de här avgränsade kategorierna.

En fjärde omständighet som är värd att notera är att gjorda ställningstaganden i terminologiska frågor ofta kan – på goda grunder – ifrågasättas. Varje terminologi eller kategorisering avsedd att tillämpas på den sociala verkligheten ger upphov till gränsdragningsproblem.¹⁵⁸ Vissa fall kommer att visa sig svårplacerade. Godtagbara alternativ kunde ha använts.

2.2 Lagtolkning

Arbetsdomstolens förste ordförande Arthur Lindhagen betecknade lagtolkningsfrågorna som domarens kanske förnämligaste uppgift.¹⁵⁹ När det gäller att ange innebörden av denna uppgift föreligger många olika förslag. Efter några allmänna synpunkter ska anges hur lagtolkning avgränsats i förhållande till övriga i avhandlingen behandlade typer av rättsligt beslutsfattande.

Lagtolkning kan ses som ett medel att anpassa rättssystemet till verkligheten, en aspekt som riskerar att undanskymmas av uttalanden om lagtolkning som huvudsakligen en fråga om att subsumera eller inte subsumera ett fall under en föreliggande lagregel. ”Lovens abstrakte regler må tilpasses det levende liv gjennom rettspraxis. Det er gjennom rettspraxis rettsreglerne viser sin karakter, ved de mange enkeltavgjørelser som gir

¹⁵⁶ AD 8/82.

¹⁵⁷ AD 113/79.

¹⁵⁸ Hellner, 1997, s. 367, säger sig sträva efter att anknyta så nära som möjligt till den begreppsbildning som förekommer i lagar och rettspraxis. Han menar också att en begreppsbildning måste bedömas efter sin allmänna lämplighet och att den inte kan förkastas endast därför att den medför ett antal gränsdragningsproblem.

¹⁵⁹ Lindhagen s. 325. Bergholtz 1987, s. 389, finner domarens tolkande verksamhet vara det som håller samman den positiva rättsordningen. Källström har pekat på domstolarnas betydelse för integrationen av olika interna normsystem, se Källström 1993, s. 189ff.

dem deras praktiske – konkretiserade – innehåll.”¹⁶⁰ Denna domstolarnas tolkande verksamhet är inte bara preciserande utan kan också medföra förskjutningar och ändringar i rättsreglernas innehåll. Enligt ett likartat synsätt har domstolarna en sedvanerättslig befogenhet att tolkningsvis korrigera lagens innebörd. Det gäller att åstadkomma en kompromiss mellan två postulat, rättssäkerhet och anpassning till härskande föreställningar om livets krav.¹⁶¹

Den ofullkomlighet som vidlåder lagregler ger tillämparen ett visst utrymme i samband med tolkningen för egna ställningstaganden. Det är inte bara fråga om att utlägga ett uttrycks språkliga innebörd eller om att försöka klarlägga en lagstiftaravsikt.¹⁶² Hur utrymmet används beror bl.a. på vilket material som ska tolkas, tolkarens situation och – inte minst – hur han uppfattar sin roll. Olika rolluppfattningar kan leda till olika tolkningsstilar. Olika tolkningsstilar kan leda till olika resultat av beslutsfattandet.

Varför behövs lagtolkning? Frågan aktualiserar den spänning som finns mellan rättsregel och verklighet. För det första kan lagstiftaren inte förutse alla uppdykande fall. För det andra är lagregler ofta allmänt formulerade, de brister i precision. Det i lagen använda språket är inte mer än ”det ofrånkomligt glesa och grova påverk, på vilket den levande rättsordningens byggnad, aldrig färdig, timras upp”.¹⁶³ För det tredje kan ändringar inte genomföras tillräckligt snabbt av lagstiftaren för att tillgodose livets krav.¹⁶⁴ Det förhållandet att lagstiftning genomförs i syfte att uppnå något kan också ge upphov till problem.¹⁶⁵ Det kan t.ex. uppstå en spänning mellan syftet och den i lagtexten förekommande ordalydelsen. Lagstiftaren kan av en eller annan anledning ha misslyckats med att ge sitt syfte en adekvat formulering i lagtexten. Hur ska i sådana fall lagtexten vägas mot ett med hjälp av förarbetena framanalyserat syfte? Och hur går lagtillämparen tillväga för att utröna ändamålet eller syftet med en lag eller lagregel?¹⁶⁶

Oavsett vilken inställning lagtolkaren i det enskilda fallet må ha till sin

¹⁶⁰ Gaarder, s. 226. Strömholm 1969, s. 30, talar om domstolarnas möjligheter att precisera det närmare innehållet i gällande regler och därigenom utveckla dessa.

¹⁶¹ Peczenik 1980, s. 63. Om ”operativ” tolkning se Bankowski m.fl., s. 12f.

¹⁶² Simpson, s. 117, och Twining & Miers, s. 173f.

¹⁶³ Strömholm 1989, s. 25. Även Hart, s. 125: ”Natural languages...are...irreducibly open textured.”

¹⁶⁴ Peczenik a. a. s. 62ff och Simpson s. 114ff.

¹⁶⁵ En annan sak är att lagstiftningens ändamål inte nödvändigtvis måste vara det av lagstiftaren uppgivna.

¹⁶⁶ Se nedan kap 4.

uppgift, är inslaget av samarbete med lagstiftaren karaktäristiskt för all lagtolkning. Det ställer krav på både lagstiftaren och lagtolkaren.

”If the interpreting agent is to preserve a sense of useful mission, the legislature must not impose on him senseless tasks. If the legislative draftsman is to discharge his responsibilities he, in turn, must be able to anticipate rational and relatively stable modes of interpretation. This reciprocal dependence permeates in less immediately obvious ways the whole legal order.”¹⁶⁷

Lagtext måste normalt antas ha tillkommit i syfte att förmedla en viss innebörd och för att främja uppkomsten av ett visst tillstånd.¹⁶⁸ Det kan uppstå tveksamheter med avseende på dessa syften. Det finns de som menar att lagstiftning ofta eller åtminstone ibland har andra syften än de som uppgivits i det till lagstiftningsärendet hörande materialet. Ur tillämparsynpunkt ter det sig främmande att leta efter sådana syften och det är inte tveksamhet föranledd av sådana förmodanden som är intressant här. Det är däremot den tveksamhet som kan uppstå på grund av oklarheter i lagstiftarens sätt att uttrycka sig.

Det har sagts att lagtolkning skiljer sig radikalt från den tolkning som förekommer i andra sammanhang.¹⁶⁹ Den har beskrivits som en blandad verksamhet, där moment av fastställande av betydelse varvas med moment av lämplighetsdikerade val.¹⁷⁰ Den text som ska tolkas företer vissa betydelsefulla särdrag i förhållande till andra texter. Det gäller bl.a. tillkomstsätt och uppgift. Två aspekter av tolkning som ofta återkommer i definitionsförslag är, att det är fråga om ett visst tillvägagångssätt (metodaspekten) med ett visst syfte (t.ex. att finna meningen i en språk-uttryck).¹⁷¹

När det gäller att ange hur termen lagtolkning kommer att användas i den fortsatta framställningen ska utgångspunkten tas i en av Ekelöf för diskussion av lagtolkningsfrågor uppställd modell.¹⁷²

¹⁶⁷ Fuller 1969, s. 91.

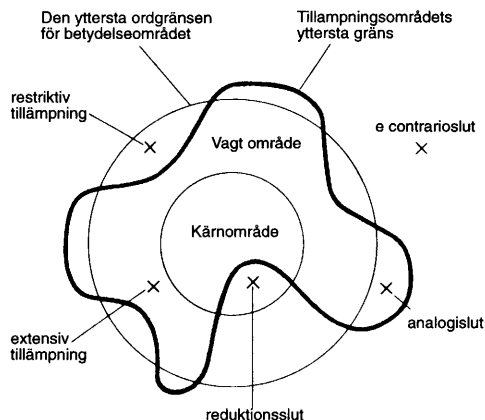
¹⁶⁸ Frändberg 1973, s. 75: ”Varje gällande rättsregel är avsedd att vara *ett medel* att åstadkomma ett samhällstillstånd.”

¹⁶⁹ Se t.ex. Peczenik 1980, s. 62. Jfr Ekelöf 1976.

¹⁷⁰ Strömholm 1996, s. 428ff (den åberopade formuleringen återfinns på s. 435); Kellgren påpekar, s. 199, att beslutsfattarnas omdöme och värderingar ofta har ett inte ringa utrymme i lagtolkningen.

¹⁷¹ Se t.ex. Ahlander 1952, s. 125; Strömholm a. a. s. 429.

¹⁷² Ekelöf 1994, s. 76. Se också Strömholm a. a. s. 457 och 461 där frågor rörande ords betydelseområde behandlas.



Det för tolkningen avgörande är inte tillämpningsområdet utan betydelseområdet.¹⁷³ Med denna vikt lagd på betydelsen framstår det som en förutsättning för tolkningen att den regel vars tillämpning aktualiserats redan på lagstiftningsstadiet nått den grad av precision som krävs för att det ska te sig meningsfullt att tala i termer av (avsedd eller annan) språklig innebörd. Tolkning avser fastställandet av om föreliggande fakta kan betecknas av ett i en regel förekommande uttryck,¹⁷⁴ det finns en "ordgräns".¹⁷⁵

Antagandet att ord har något som kan kallas en ordgräns är inte okontroversiellt. "Words do not carry with them a meaning. A meaning or a sense etc. is only to be found in the use...The idea of a word-limit belongs to a mechanical view of linguistic signs and a grammatical outlook on grammar...the meaning is seen as having an external relation to linguistic expressions..."¹⁷⁶ Utgångspunkten för dessa påståenden är Wittgensteins tes "Meaning is use."¹⁷⁷ I förevarande sammanhang är det emellertid inte av vikt att delta i en diskussion rörande Wittgensteins meningsbegrepp. Vad som är avgörande är arbetsdomstolens synsätt. För dess ledamöter förefaller inte tanken på förekomsten av en ordgräns vara främmande.

¹⁷³ Bjarup 1987, s. 161: "The rules of the language in which a work is written set limits to its possible interpretations".

¹⁷⁴ Jfr Ahlander 1952, s. 136.

¹⁷⁵ Ekelöf understryker, 1994, s. 84, vikten av att skilja mellan ett stadgandes betydelseområde och dess tillämpningsområde. Det förra sägs ske "på grundval av allmänt och juridiskt språkbruk".

¹⁷⁶ Wennström, s. 76; dens s. 81.

¹⁷⁷ A. a. s. 20. Wennström anger som sin huvuduppgift att angripa den bild av språket som förekommer inom t.ex. rättsvetenskap och rättstillämpning, a. a. s. 16.

Ekelöfs modell kan tjäna som utgångspunkt för ett försök att beskriva arbetsdomstolens syn på terminologiska frågor rörande tolkning. Ordval i domskälen tyder på att man där tänker i termer av t.ex. ordgräns och betydelseområde. En markering av ett uttrycks språkliga gräns kunde ske genom att ordalydelsen i en paragraf sades "medge" en viss tolkning,¹⁷⁸ genom att lagtexten befanns inte "lämna utrymme" för en viss ståndpunkt – eller tvärtom,¹⁷⁹ genom att en lagtolkning sades "ske i enlighet med" lagtextens ordalydelse¹⁸⁰ eller genom att något ansågs falla "utanför" det område som täcktes av en bestämmelses ordalag.¹⁸¹ Tanken på att ett visst "område" täcktes, omfattades eller framgick av en text återkom.¹⁸² I samma riktning pekar besked om att regler getts tillämplighet "utanför det i lagtexten angivna området"¹⁸³, att regler tillämpats "utanför det område som uttryckligen anges i lagtexten"¹⁸⁴ eller om att en bestämmelse givits "en vidare tillämplighet än som framgår av ordalagen".¹⁸⁵ Samma synsätt torde ligga bakom uttalandet att lagregler hade ett "naturligt giltighetsområde" och att det kunde vara förenat med risker att ge lagregler tillämpning utanför detta naturliga tillämpningsområde.¹⁸⁶ Lagtexten uppfattades som en språklig yttring med ett betydelseområde – som det var naturligt att respektera. Ord uppfattades som betecknande någonting. Tolkaren hade att handskas med något redan givet (texten) med därav följande osjälvständighet när det gällde innebördsangivelser.¹⁸⁷

Med *lagtolkning* avses i fortsättningen – om inte annat framgår – den verksamhet som syftar till att i ett enskilt fall ta ställning till en lagbestämmelses betydelseområde.¹⁸⁸ Utifrån detta ställningstagande kommer sedan lagregeln att antingen tillämpas eller inte tillämpas. Betydelseområdets omfattning kan fastställas med utgångspunkt i lagtextens

¹⁷⁸ AD 1/78.

¹⁷⁹ AD 4/78, 92/78.

¹⁸⁰ AD 71/79.

¹⁸¹ AD 62/77.

¹⁸² AD 96/85.

¹⁸³ AD 54/80.

¹⁸⁴ AD 144/86.

¹⁸⁵ AD 55/85.

¹⁸⁶ AD 89/78. Exempel på ett något annorlunda språkbruk förekommer. I AD 137/79 besvarades en rättsfråga efter "mera allmänna överväganden". Domstolen valde ändå att tala om "lagtolkning". I AD 8/82 ställs (arbetsgivarreservationen) "extensiv lagtolkning" mot "en tolkning enligt ordalydelsen".

¹⁸⁷ Jfr t.ex. Brown, s. 271, där det skiljs mellan "mere interpretation" och "creative law-making". I Peczenik 1990a, s. 181, skiljs mellan beskrivande och kreativ tolkning.

¹⁸⁸ I Wiklund används termen lagtolkning för EG-domstolens tolkning av såväl fördrags-text som av sekundärrätt (förfordningar, direktiv och beslut).

utformning, men också under hänsynstagande till besked från lagstiftaren om avsedd språklig innebörd eller om ändamålet med regeln.¹⁸⁹

2.3 Precisering av avvägningssnormer

En lagtolkning som äger rum i samband med lösandet av en tvist och som ligger till grund för tillämpningen (eller för ett beslut att inte tillämpa regeln) innebär en precisering av regeln. Regeln har befunnits tillämplig (eller inte tillämplig) på just detta fall, ett fall som inte är exakt lika något annat tidigare eller framtida fall. När, som i förevarande fall, precisering urskiljs som en särskild typ av rättsligt beslutsfattande bör det alltså vara fråga om något annat än sådan precisering i allmänhet genom lagtolkning. Vid avgränsningen av tolkning uppmärksammades särskilt bestämmelsers betydelseområde. En förutsättning för att en tolkning ska kunna genomföras antogs vara, att den regel vars tillämpning aktualiserats, redan på lagstiftningsstadiet nått den grad av precision som krävs för att det ska te sig meningsfullt att tala i termer av (avsedd eller annan) språklig innebörd. Det finns tillämpningssituationer där denna förutsättning inte är för handen. Den aktualiserade regeln kan ha så låg grad av precision, att det inte blir fråga om att ta ställning till dess på förhand givna innebörd, utan snarare om att i tillämpning ge den en sådan. Utformningen av lagstiftningen, t.ex. ramlagar eller generalklausuler, aktualiserar speciella tillämpningsproblem. Sigeman har diskuterat fenomenet i termer av "standardregler", varmed avsetts

"normer som överlåter åt domstol att utforma rättstillämpningen i viss mån skönmässigt ehuru under beaktande av något extrajudiciellt handlingsmönster såsom god sed på området eller liknande rättesnöre".¹⁹⁰

Som exempel nämns saklig grund-regeln i 7 § LAS, med förarbetsuttalanden som gör bedömningen av vad som ska anses vara saklig grund "beroende av utvecklingen och ändringar i rådande värderingar". Den har preciserats i många olika avseenden. Ett framgår av AD 27/85 där det talas om "den inställning som måste gälla i fråga om hot om våld och uppsåtligt utövande av våld mot annan person på en arbetsplats". Den av domstolen utarbetade inställningen i just detta avseende är en precisering av en aspekt av "saklig grund". Andra exempel är den i 18 § LAS givna

¹⁸⁹ I Fahlbeck 1989, s. 38ff, diskuteras hur domstol går tillväga när den tolkar lag.

¹⁹⁰ Sigeman 1977a, s. 227. Om betydelsen av en måttstock för bedömningen se Sigeman 1984b, s. 593.

regeln att en arbetstagare som ”grovt har åsidosatt sina åligganden” mot arbetsgivaren får avskedas och bestämmelsen i 11 § MBL om ”viktigare” förändring av verksamheten. I 35 § MBL används uttrycket ”oskälig”. I 5 § LAS anges som en förutsättning för avtal om tidsbegränsad anställning att det föranleds av ”arbetets särskilda beskaffenhet”. I en kommentar till lagen konstateras, att det har ankommit på arbetsdomstolen att i sin praxis mer i detalj uttolka innebörden av bestämmelserna.¹⁹¹ Ett antal omständigheter anges som vägledande för domstolen, vilka får vägas samman till en helhetsbedömning. I jämställdhetslagen talas om ”bättre sakliga förutsättningar”.¹⁹²

I litteraturen har denna typ av lagstiftning också diskuterats i termer av avvägningsnormer. Det är normer som utmärks av att

”avgöranden skall träffas under beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet efter avvägning av motstående intressen i enlighet med riktlinjer vilka styr bedömningen i viss riktning utan att innefatta distinkta direktiv.”¹⁹³

I AD 51/81 tillämpades 7 § andra stycket LAS, enligt vilket lagrum saklig grund inte föreligger om det är ”skäligt” att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig. Av förarbetena framgår att arbetsgivaren har en vidsträckt skyldighet att undersöka alla tänkbara omplaceringsåtgärder. Det arbete som erbjuds bör så långt det är möjligt vara likvärdigt det som arbetstagaren dittills haft (prop 1973:129 s. 121, 123, och 243).

Enligt 35 § MBL kan en arbetsgivare under vissa omständigheter bli skyldig att utge en av en arbetstagarorganisation krävd ersättning trots att rättslig grund för kravet annars inte skulle ha förelegat. En förutsättning är dock att kravet inte är ”oskäligt”. Genom ett antal ställningstaganden i arbetsdomstolen har regeln successivt preciserats. I AD 187/77 fastställdes att det är i första hand det fordrade beloppets storlek i förhållande till vad som ska betalas om rättsverkan enligt 35 § MBL inte inträder som ska ligga till grund för prövningen av oskälighetsfrågan. Av ett antal senare domar (AD 80/79, 67/80, 46/82, 61/86 och 58/87) framgår också att ett krav är att anse som oskäligt om det stått klart eller borde ha stått klart för arbetstagarorganisationen att kravet var grundlöst.¹⁹⁴

Avvägningsnormen känns igen på att den innehåller en ”avvägningsmarkör”. Exempel på avvägningsmarkörer är ”skälig”, ”saklig” och ”väsent-

¹⁹¹ Lunning 1989, s. 149.

¹⁹² Exempel på preciserande rättsfall är AD 102/82, 50/83 och 78/83.

¹⁹³ Sigeman 1994, s. 18 och 1987, s. 611. Sigeman hänvisar beträffande termen avvägningsnorm till Eckhoff & Sundby, Rettsystemer. För vidare diskussion se Jareborg i TfR 1979 och Eckhoff 1980. Se även Eklund, H, s. 231ff och Källström 1988, s. 623ff.

¹⁹⁴ För en sammanfattning av rättsläget se AD 42/90.

lig”.¹⁹⁵ Andra exempel från samma rättsområde finns i 11 § MBL (”viktigare” förändring).¹⁹⁶

Med *precisering* avses i den fortsatta framställningen, om inte något annat framgår, det rättsliga beslutsfattande som innebär en tillämpning av en avvägningsnorm. Avgränsningen av termen ”precisering” görs alltså avhängig innebörden av en annan term, avvägningsnorm.

Här ska påminnas om den avgränsning till domar rörande 22 och 25 §§ LAS, som angavs i 1.3 i fråga om precisering.

Det kan ibland uppstå tveksamhet om huruvida det i ett visst fall är en regel av nyss angivet slag som ska tillämpas. Det kan vara så att en regel, så länge endast lagtexten beaktats, framträder som högradigt oprecis, men att lagstiftaren på annat sätt än genom lagtext givit regeln en preciserad innebörd. Ett exempel är lagstiftningen från 1947 rörande jordbruksfastigheter i vilken ingick bl.a. uttrycken ”bärkraftiga” brukningsdelar och ”ofullständigt” jordbruk. När dessa i sig föga upplysande uttryck lästes tillsammans med förarbetena framstod det område på vilket de skulle tillämpas som närmast detaljreglerat.¹⁹⁷ Här krävdes inte den precisering i rättstillämpningen som avses i förevarande sammanhang. Den sker i en situation när lagstiftaren avstått från att precisera regeln.

I en annan situation kan den lagregel som ska tillämpas förefalla motsvara högt ställda krav på precision. Ändå aktualiseras i samband med tillämpningen i visst fall en avvägning av motstående intressen. Enligt den tidigare gällande s.k. månadsregeln i 7 § tredje stycket LAS fick uppsägning, som berodde av förhållande som hänförde sig till arbetstagaren personligen, inte grundas enbart på omständighet som arbetsgivaren känt till mer än en månad innan underrättelse lämnades enligt 30 § LAS.¹⁹⁸ Det var en regel som i lagtexten framstod som precis. När arbetsgivaren fått reda på att en anställd handlat på ett sätt som gav anledning att ifrågasätta fortsatt anställning, hade arbetsgivaren en månad på sig att ta ställning i saken. Ibland kunde emellertid uppstå tveksamhet om hur regeln skulle tillämpas. Den situation som uppkommit kunde t.ex. inte genast överblickas, utan krävde någon form av utredning. När arbetsdomstolen i ett sådant fall¹⁹⁹ konstaterade att bedömningen i det enskilda fallet ytterst fick bli beroende av om det sätt varpå utredningen bedrivits i den föreliggande situationen framstod som ”försvarbart” var det något som förefaller ligga nära den intresseavvägning

¹⁹⁵ Sigeman a st.

¹⁹⁶ Sigeman 1987, s. 611. Exempel på tillämpning av avvägningsnormer finns i AD 49/76, 124/76, 64/77, 150/77, 121/82, 9/83, 110/83, 2/84, 9/84, 82/84, 141/84 och 91/87.

¹⁹⁷ Hessler, s. 41ff.

¹⁹⁸ Regeln ändrad till en tvåmånadersregel genom lag 1993:1496.

¹⁹⁹ AD 109/84.

som sagts vara karaktäristisk för precisering. Ändå saknades en viktig förutsättning: en i lagregeln angiven avvägningsmarkör.

Ett annat exempel på regler som – utan att innehålla någon avvägningsmarkör – i tillämpningen krävt en avvägning är 40 och 41 §§ LAS. Hur preciserad ska en underrättelse eller en förhandlingsframställning vara för att verka preskriptionsavbrytande? Ett ställningstagande till frågan kräver en avvägning mellan å ena sidan arbetsgivarens intresse av att få krav preciserade i största möjliga utsträckning och å andra sidan arbetstagarens intresse av att inte gå miste om rättigheter enligt LAS.²⁰⁰

Hydén & Anderberg avgränsar en kategori ”avvägningsregler”.²⁰¹ De kännetecknas av att ”regeln anger vilka intressen som skall vägas in vid beslutsfattandet och eventuellt hur dessa intressen skall vägas mot varandra.” Som exempel anges 5 § miljöskyddslagen: ”Vid avvägningen mellan olika intressen skall särskild hänsyn tas till å ena sidan beskaffenheten av det område som kan bli utsatt för störningar och betydelsen av störningens verkningar, å andra sidan nyttan av verksamheten samt kostnaden för skyddsåtgärd och den ekonomiska verkan i övrigt av försiktighetsåtgärden som kommer i fråga.”

2.4 Laganalogi

Laganalogin aktualiserar, i likhet med lagtolkningen, frågan om bestämmelsers betydelseområde.

Situationen vid laganalogi har beskrivits på följande sätt. a) En viss regels språkliga innebörd är klar. b) Det är klart att de omständigheter som föreligger i det konkreta fallet inte utan våldförande på språket kan passas in under regeln. c) Det är också klart att ingen annan regel är tillämplig. d) Tillämparen behandlar detta oreglerade fall på samma sätt som de fall som täcks av den i a) och b) avsedda lagregeln. Tillämparen ”lånar” den lösning som regeln tillhandahåller och använder den på det aktuella fallet. Redan befintliga lösningar används i situationer som är oreglerade. Regelns tillämpning kan sägas ha ”utsträckts utöver det språkliga betydelseområdets gränser”.²⁰² Ett likartat sätt att beskriva analogisituationen är följande. Det ifrågavarande fallet ligger utanför det språkligt naturliga tillämpningsområdet för den ifrågavarande lagbestäm-

²⁰⁰ Se t.ex. AD 19/76, 1/78, 3/83, 3/86 och 74/88.

²⁰¹ Hydén & Anderberg 1995, s. 219f. Jfr Hydén 1984, s. 23, och dens 1988, s. 209. För en precisering av innebörden av ordet ”avvägning” se Peczenik 1997.

²⁰² Strömholm 1996, s. 437f och 456ff (den citerade formuleringen återfinns på s. 460).

melsen, men det bedöms ändå med stöd av lagbestämmelsen, eftersom den reglerar några andra fall, vilka väsentligen liknar det aktuella.²⁰³

För en utförlig framställning av spörsmål rörande analogi se Frändberg 1973. Med en analogi avser han "en relation av visst slag mellan rättsnormer." En norm, n', är analog med en annan norm, n, om en viss relation mellan dem föreligger. Med analog användning av en rättsnorm, n, avses uppställandet av någon med n analog norm. Med analogiargumentation avses en motivering för en analog användning av en rättsnorm, s. 8f. En analogimetod (eller "en teknik för analog normanvändning") presenteras i a. a. s. 153ff.

Det har sagts att analogin fordrar ett mer självständigt omdöme än tillämpningen av ett stadgande inom det område som dess lydelse anvisar.²⁰⁴ Det kan i så fall hänga samman med att ställningstagandet i samband med analogi kan vara komplicerat och kräva en sammanvägning av flera moment samt innefatta värderingar.²⁰⁵

Att en lagregel kan komma i fråga för tillämpning på ett fall som egentligen inte omfattas därav sägs ibland ha att göra med bl.a. att det oreglerade fallet väsentligt liknar de reglerade fallen.²⁰⁶ En annan aspekt av analogin aktualiseras av Frändberg. Analog användning av rättsnormer har, enligt honom,

"sin främsta funktion däri att den erbjuder en lösning på det 'rättskipningsdilemma' som lojalitetsprincipen respektive *nonliquet*-förbudet tillsammans åstadkommer. Detta 'dilemma' kan beskrivas så: *Non liquet*-förbudet kräver beslut även där lagen är dunkel eller helt tiger. Ändå skall domaren i sitt beslutsfattande vara lojal mot lagstiftaren. En väg ut ur detta 'dilemma' erbjuder den medelbara normanvändning som analogislutet utgör."²⁰⁷

En användning av redan befintliga lösningar i situationer som är oreglerade men likartade de reglerade kan motiveras med att det innebär arbetsekonomi samt säkrar konformitet och överskådlighet i systemet.²⁰⁸ Det kan också för beslutsfattaren uppfattas som en styrka och en garanti mot

²⁰³ Peczenik 1990a, s. 190f. Jfr beträffande det språkligt naturliga Ross, s. 139f, som förnekar att en sådan betydelse överhuvudtaget står att finna. Om jag förstått Wennström rätt, skulle han instämma i det uttalandet.

²⁰⁴ Hellner 1988, s. 94.

²⁰⁵ Strömholm 1996, s. 77.

²⁰⁶ T.ex. Peczenik 1980, s. 86, och dens 1986 s. 248 och 250 samt Lehrberg, s. 150f. Om likhetsbedömningar inom juridiken se Frändberg 1973, s. 124ff.

²⁰⁷ Frändberg a. a. s. 161.

²⁰⁸ Simpson, s. 133: "The force of the argument for treating cats like dogs turns in part on respect for the value of consistency in the law..."

godtycke med lösningar som redan har en förankring i rättssystemet.²⁰⁹ Analogier har sagts vara "det riktiga sättet" att finna lösningar där det saknas klart stöd i lagregler och stadgad rättspraxis.²¹⁰ Det väsentliga skälet för analogin skulle vara att "den söker att eliminera den personliga rättspolitiska värderingen från framställningen av rättsreglerna".²¹¹ Samtidigt ligger det något utmanande i tanken att en regel ska tillämpas i situationer som den – enligt vad som framgår av den utformning den givits – inte omfattar. Arbetsdomstolen har också talat om "den risk som ligger i att berörda lagregler...ges en utsträckt tillämpning utanför deras naturliga giltighetsområde",²¹² ett uttalande som skulle kunna tolkas som att man har en i princip restriktiv inställning till användandet av analogier.²¹³

Som svagheter med analogin som metod har nämnts att den är tillbakablickande, t.o.m. konservativ, att den inte leder till den stabilitet i rätts-tillståndet som andra metoder kan antas medföra, att den utgår från ett alltför begränsat material och att den tar alltför ringa hänsyn till rättsreglernas verkningar på längre sikt.²¹⁴

Det går ingen skarp gräns mellan tolkning och analogi. Ett ords meningsområde uppfattas normalt inte som något skarpt avgränsat och inte heller som något oföränderligt.

"Om en domstol låter ett rättsligt ord eller uttryck beteckna en företeelse, som synes falla utanför dess meningsområde, kan det stundom med lika starka skäl sägas, att detta vidgas till att omfatta även denna nya typ av företeelser, som att domstolen genom en analogi låtit ordet eller uttrycket beteckna en företeelse utanför dess meningsområde."²¹⁵

Att gränsen mellan tolkning och analogi ibland kunde framstå som oklar framgick i 2.1.2. Ytterligare några exempel ska anföras.²¹⁶ Det kunde förekomma att domstolen fann en bestämmelse böra tolkas restriktivt och uttryckte det som liktydigt med att "inte dra några långtgående analo-

²⁰⁹ Strömholm a. a. s. 458.

²¹⁰ Hellner 1997, s. 369.

²¹¹ A. a. s. 371.

²¹² AD 89/78, s. 704.

²¹³ Sigeman tolkar, 1997b, s. 264, uttalandet som ett uttryck för att AD prioriterat rättsbildning medelst rättsanalogi på grundval av ett fylldigt material framför extensiv tolkning av enskilda lagbestämmelser.

²¹⁴ Hellner a. a. s. 371f.

²¹⁵ Ahlander 1952, s. 137. Ibland förutsätts att betydelser inte bara kan utan bör skifta, som i prop 1973:129 s. 122: "[V]ad som skall anses utgöra saklig grund är beroende av utvecklingen och ändringar i rådande värderingar."

²¹⁶ Om skillnaden mellan extensiv tolkning och analogi se Peczenik 1990a, s. 197; även Ekelöf 1951, 48f.

gier” från vissa exempel i förarbetena.²¹⁷ Det kan också konstateras att till stöd för en viss ståndpunkt kunde åberopas grunden för en bestäm- melse (34 § andra stycket LAS) samtidigt som det förklarades vara ”väl förenligt med lagtexten” att inta samma ståndpunkt.²¹⁸

Det mesta tyder emellertid på att man i domstolen ser en skillnad mellan tolkning och analogi. Formuleringar som att ”ge [regler] tillämplighet utanför det i lagtexten angivna området”²¹⁹, att ”tillämpa reglerna...utanför det område som uttryckligen anges i lagtexten”²²⁰ eller att ”ge bestämmelsen en vidare tillämplighet än som framgår av ordalagen”²²¹ talar ett tydligt språk.²²²

Se även t.ex. AD 124/78: ”I detta mål är av särskilt intresse i vad mån 6 § andra stycket avtalslagen kan anses direkt – eller eventuellt analogiskt – tillämpligt...”. I AD 129/77 diskuterades frågan om huruvida visst lagrum var ”direkt tillämpligt” eller om det kunde ges ”analogisk tillämpning” för visst fall (jfr AD 158/78). I AD 24/77 sades ett visst rättsligt resonemang gälla ”omedelbart” om ett visst sakläge antogs men ha ”motsvarande tillämpning” om ett visst annat sakläge antogs. I det senare fallet refererades också till ”lagens grunder”.

I domskälen förekommer ibland uttryck som signalerar att domstolen beslutat sig för att göra en laganalogi. Exempel på sådana uttryck, analogimarkörer, är att ställningstagandet görs ”med tillämpning av grunderna för” ett visst stadgande el dyl. Görs i ett visst sammanhang uttryckligen skillnad mellan ”lagen” och ”grunderna för lagen”²²³ är det senare uttrycket att uppfatta som att tanken på en analogi förelegat. I AD 35/75 uttalades att omständigheterna vid en uppsägning från arbetstagarens sida varit sådana att det skulle strida mot ”de principer på vilka anställningsskyddslagen vilar” att betrakta uppsägningen som bindande. Att det var fråga om en analogi i här avsedd bemärkelse kan knappast betvivlas.

²¹⁷ AD 73/76.

²¹⁸ AD 120/88.

²¹⁹ AD 54/80.

²²⁰ AD 144/86.

²²¹ AD 55/85. Tanken på en betydelsegräns i fråga om språkliga uttryck förekommer även på annat håll bland rättsliga beslutsfattare. I Bengtsson 1997, s. 126, sägs ett ställningstagande ha inneburit ”att tänja lagtexten till dess yttersta gräns och kanske litet därutöver”.

²²² Jfr AD 62/77: ”det område som täcks av påföljdsbestämmelsens ordalag”, och AD 1/78 där lagtextens ordalydelse sägs medge viss tolkning. I AD 73/87 talas om att ”göra en analogi” (s. 487) och beträffande AD 177/88 om ”analog tillämpning” (sammanfattningsregistret).

Jfr i Blom, s. 20, tanken att HD i ett fall analogivis utvidgat en bestämmelses tillämpningsområde till fall som inte omfattades av bestämmelsen.

²²³ AD 8/80.

Lagtexten (7 § LAS) behandlar endast uppsägning från arbetsgivarens sida. Det går alltså inte att subsumera fallet under lagtexten. Det kan dock förekomma likartade formuleringar i domskälen som inte torde ha med analogi att göra.²²⁴

I den nyss nämnda domen AD 124/78 (Lind) ifrågasattes om avtalslagen 6 § andra stycket skulle kunna anses "direkt – eller eventuellt analogiskt – tillämpligt" i fråga om kollektivavtal. Svaret blev jakande under viss angiven förutsättning. Bestämmelserna fick anses tillämpliga, om mottagaren av förslaget lämnar ett svar på förslaget under sådana omständigheter och på sådant sätt som anges i förslaget. Det gjordes här inte klart om tillämpningen var direkt eller analogisk. Kanske tyckte domstolen att det inte spelade någon större roll. Domstolens sätt att formulera sig skulle eventuellt kunna tas till intäkt för ett antagande att den ibland fäster större avseende vid om en bestämmelse är *tillämplig* eller inte än vid om den är direkt eller analogiskt tillämplig.

I Hultqvist, s. 2, talas i samband med skattelagstiftning om två olika sorter "grunder": a) sådana som bör beaktas redan vid den ordinära lagtolkningen b) sådana som visserligen har tillmätts betydelse vid utformningen av lagstiftningen, men som ändå bör betraktas som irrelevanta vid tillämpningen av lagstiftningen. Uttalandet rör lagen om skatteflykt där ett rekvisit är att en taxering på grundval av visst förfarande skulle strida mot *lagstiftningens grunder*. Det behövs en distinktion mellan "grunder som endast haft skattepolitisk betydelse och sådana som är direkt relevanta vid rättsstillämpningen".

Även i litteraturen förekommer uttryck som "analogisk tolkning"²²⁵ eller "analogisk lagtolkning"²²⁶ och "extensiv, analogiserande tolkning"²²⁷. "Analogisk lagtolkning" har t.ex. sagts "[i] sina enklare former" stå nära den extensiva lagtolkningen.²²⁸ Där återfinns emellertid också konstaterandet att man "i mer precist juridiskt språkbruk" gör en skillnad mellan tolkning och analogi.²²⁹ Detta mera precisa språkbruk innebär att den extensiva tolkningen inte anses överskrida "den riktiga juridiska betydel-

²²⁴ AD 67/84 (minoriteten) där ett visst tillvägagångssätt förklarades oförenligt med "grunderna för" en viss lag. I AD 143/84 gjordes med hjälp av förarbetena vad som betecknas som en allmän upplinjerig av grunderna för en viss bestämmelse i MBL.

²²⁵ Peczenik 1990a, s. 188.

²²⁶ Hellner 1988, s. 94. I Hellner 1990, s. 157, skiljs mellan "lagtolkning i trängre mening" och "analog tillämpning". Hellner skiljer klarare mellan tolkning och analogi i 2 upplagan av "Rättsteori", se Hellner 1994, s. 75.

²²⁷ Hultqvist, s. 4.

²²⁸ Hellner, 1988, s. 94. Ross, s. 176f, finner ingen principiell skillnad mellan "simpler utvidgande fortolkning" och analogi.

²²⁹ Strömholm 1996, s. 437f.

sen” av ett uttryck. Den innebär inte en tillämpning av regeln som är ”språkligt utesluten”.²³⁰ Det gör däremot *laganalogi*. Den går, enligt den här använda terminologin, längre än vad tolkning kan gå.

Mot den angivna bakgrunden ska termen *laganalogi* i fortsättningen reserveras för de fall där en bestämmelse – för att använda domstolens egen formulering – ges en vidare tillämpning än som framgår av ordalagen.

En annan gränsdragning som föranlett svårigheter är den mellan å ena sidan analogi och å andra sidan nyskapande. Det skulle kunna hävdas att analogin, som ju innebär att en regel ges tillämplighet utanför det område som täcks av dess betydelseområde, medför ett nyskapande.²³¹ En sådan tanke kan spåras i arbetsdomstolens domskäl. Man kan t.ex. diskutera det lämpliga i att ”i praxis tillskapa en regel...i analogi med vad som...gäller” på annat håll.²³²

2.5 Beslutsfattande utan direkt eller indirekt stöd av lagstiftning (nyskapande)

De tre hittills avgränsade typerna av rättsligt beslutsfattande, lagtolkning, precisering och *laganalogi* har det gemensamt att lagtext med tillhörande förarbeten spelar en väsentlig roll i den till grund för domslutet liggande argumentationen. Beslutsfattandet kan sägas ske med direkt eller indirekt stöd av lagstiftning. Det finns emellertid ett antal fall som inte passar in i någon av de tre nämnda kategorierna. De kommer i den fortsatta framställningen att omväxlande betecknas som *beslutsfattande utan direkt eller indirekt stöd av lagstiftning* och *nyskapande*. Det senare uttrycket används, om inget annat framgår av sammanhanget, som en förkortning av det förra. Dit ska hänföras bl.a. situationer som utmärks av att domstolen efter en noggrann genomgång av rättskällorna i vidsträckt mening tvingas konstatera att dessa inte ger någon ledning för besvarande av den ställda rättsfrågan. Om domstolen bedömer att det är den som ska bota regelbristen sker ett nyskapande av en regel.

Det ska tilläggas att det nyss sagda inte utesluter att domstolen i samband med det som här avgränsats som nyskapande beaktar lagstiftning t.ex. på det sättet att man försöker finna en lösning på tvisten som framstår som väl förenlig med regelsystemet i övrigt.

²³⁰ Peczenik 1980, s. 80.

²³¹ I Frändberg 1973, s. 115, talar om ”[n]yskapande av rättsnormer genom analogi”. När Conradi, s. 73f, talar om nyskapande, exemplifierar han med ”en osedvanligt djärv analogi” och ”ett uppseendeväckande reduktionsslut”.

²³² AD 85/80, s. 536.

2.6 Avslutande kommentarer rörande de fyra typerna av rättsligt beslutsfattande.

Som framgått hävdas här inte att det skulle finnas några klara gränser mellan undersökningens fyra typer av rättsligt beslutsfattande och inte heller att den i undersökningen använda kategoriseringen av beslutsfattandet är den enda tänkbara. Det är närmast frågan om "idealtyper": de är avsedda att klassificera och beskriva rättsliga fenomen, varvid relationen mellan fenomen och idealtyp inte kan bli annat än approximativt.²³³

Det främsta skälet till valet av kategorier är materialets beskaffenhet. Arbetsdomstolens eget språkbruk har pekat i den valda riktningen.

Gemensamt för lagtolkning, precisering och analogi är att tvistens lösning sker med tillämpning av en lagregel.²³⁴ Denna kan sedan vara mer eller mindre vag och mer eller mindre "avlägsen" från rättsfrågan.

Lagtolkningen avser situationer där en tvist kan lösas med direkt tillämpning av en lagregel. Det kan vara fråga om en restriktion eller en extension, men den valda lösningen ligger inom lagtextens betydelseområde.

Vid precisering är det fråga om tillämpning av en lagregel som är extremt vagt utformad. Avgörandet träffas under beaktande av omständigheterna i det särskilda fallet efter avvägning av motstående intressen.

Det som skiljer tolkning och precisering åt är främst rättskällesituationen med avseende på lagtext och förarbeten.

Analogin innebär att en lagregel tillämpas på ett fall, trots att detta inte kan hänföras till regelns språkliga betydelseområde. Situationen beskrivs ibland som att lagregeln inte är "direkt" eller "omedelbart" tillämplig på fallet, men att den tillämpas enligt sina grunder.

Den för nyskapandet typiska situationen är den att domstolen finner att rättskällorna inte ger någon ledning för besvarande av den till bedömning föreliggande rättsfrågan. Här aktualiseras en annan argumentation än den som tar sin utgångspunkt i rättskällematerial.

Analogin och nyskapandet har det gemensamt att båda typerna av beslutsfattande syftar till att komplettera regelsystemet. Den rättslige beslutsfattaren fullgör en uppgift som ibland anses ankomma på lagstiftaren.²³⁵

²³³ Synpunkter på idealtyper finns i bl.a. Adams & Brownsword 1992, s. 44ff, och i Simpson, s. 205f.

²³⁴ Det långt ifrån självklara i en sådan innebörd framgår av t.ex. Wiklund, s. 106, som i "kreativ lagtolkning" inkluderar även beslutsfattande rörande oskrivna rättsprinciper: "Formulerandet av rättsprinciper är ofta ett resultat av dynamisk lagtolkning."

²³⁵ Det finns situationer där beslutsfattandet kan sägas vara väl så "aktivistiskt" som vid laganalogi eller nyskapande, t.ex. vid reduktion av en regel. Reduktionens främsta funktion anges i Frändberg 1973, s. 161, vara, att "den mildrar olägenheterna hos en rättskipning som innebär *generella* reglers tillämpning på enskilda fall." För ett exempel på reduktion i arbetsdomstolen se AD 9/87.

II.

Rättstillämpningsvärderingar vid lagtolkning och precisering

3. Teoretisk ram

Som karaktäristiskt för rättsligt beslutsfattande framhölls i kap 2 bl.a. arten av de argument som används för att underbygga domsluten, t.ex. beaktandet av det som ofta betecknats som rättskällor. I kap 4 och 5 ska – med användande av en i det närmast följande presenterad teoretisk ram – undersökas hur arbetsdomstolen förhållit sig till tre sådana rättskällor, lagtext, förarbeten och rättspraxis. Största utrymmet kommer att ägnas åt domstolens sätt att använda lagtext och förarbeten. I sammanhanget ska också uppmärksammas domstolens sätt att förhålla sig till frågan om konsekvenser av det egna beslutsfattandet.

Vid utarbetandet av den teoretiska ramen togs utgångspunkten i en ansats som utarbetats av de två engelska rättsvetenskapsmännen John N. Adams och Roger Brownsword.²³⁶ De hävdar, att vi för att förstå det rättsliga beslutsfattandet måste förstå de värderingar som påverkar det. Att värderingar spelar en roll är naturligt, inte minst med tanke på att det ofta finns utrymme för olika sätt att lösa en rättslig tvist.

”If we are to understand how judges approach the interpretation of statutes, two points must be underlined: first, that judges are presented with considerable interpretive leeway (arising, as the traditional account explains, from the open texture of language and the relative indeterminacy of legislative intent); and, secondly, that underlying judicial values impinge on the process of interpretation. Such values impinge at a number of levels: they predispose judges to a particular (formalist or realist) interpretive approach; in difficult cases, they may be called upon to break the deadlock between rival interpretations; and, they determine whether a judge sees a case as a hard case, and how he responds in such a situation.”²³⁷

Ett liknande exempel på accentueringen av värderingars betydelse för det rättsliga beslutsfattandet ges i följande uttalande:

”Selv om det er stor grad av likhet mellom alle utviklede rettssystemer med

²³⁶ Se beträffande det närmast följande Adams & Brownsword 1992 främst kap 4; även samma författare 1991.

²³⁷ Adams & Brownsword 1992, s. 106. I Eckhoff 1993, s. 299ff, ges åtskilliga exempel på frågor vilkas besvarande innefattar värderande ställningstaganden. Jfr Bergholt & Theelin, s. 169, och Bjarup 1986 (särsk. s. 157). I Fuller 1948–49 ges ett tankeväckande (fiktivt) exempel.

hensyn til grunntrekkene i læren om hva man skal legge vekt på når man skal fastslå rettens innhold, er det også tydelig at det er ulikheter *som må skyldes ulik oppfatning av hva som bør være relevant ved denne vurderingen, eller ulikheter i avveiningen av de relevante hensyn*”(min kurs).²³⁸

Rettslige beslutsfattere har – som andre mennesker – sine oppfatninger om vad som är rätt och fel, bra och dåligt, rättvist och orättvist – oppfatninger som återspeglar värderingar.²³⁹ Värderingar kan avse de mest skilda företeelser. Här ska göras skillnad mellan två typer av värderingar, en kategori av mera allmän karaktär (”allmänna bakgrundsvärderingar”) och en annan som hänför sig specifikt till rättstillämpningsfrågor (”rättstillämpningsvärderingar”). De allmänna bakgrundsvärderingarna rör sådant som privat ägande, fackföreningar, ordningens och moralens upprätthållande, minoriteter och demonstrationer, alltså vad som skulle kunna kallas allmänpolitiska värderingar. Dessa berörs inte i den fortsatta framställningen. Viktiga för fortsättningen är däremot den rättslige beslutsfattarens värderingar i rättstillämpningsfrågor.²⁴⁰ Ett exempel på dessas betydelse kan tas från den situation som uppkommer när frågan om en eventuell analogi aktualiseras. Analogin kräver ett värderande ställningstagande av tillämparen, ”nämligen att det i det fall han har framför sig finns *behov av en speciallösning*”.²⁴¹ Ett annat exempel ges när ARK diskuterar ett avgörande i arbetsdomstolen (AD 6/70) och visar på juridiska skäl av större eller mindre styrka som kunnat åberopas för olika lösningar. Man konstaterar att valet av ståndpunkt påverkas av vilken oppfatning man har om arten av de argument som får åberopas och om den inbördes vikten av dessa argument. Frågan om ”vilken frihet man vill tillerkänna den rättsskipande instansen att låta värderingsmässiga synpunkter och ändamålssynpunkter spela en roll vid avgörandet” aktualiseras.²⁴² Det bör kanske tilläggas att det sagda inte är liktydigt med att rättsligt beslutsfattande skulle styras av subjektivitet eller godtycke.²⁴³ Att erkänna värderingarnas betydelse i samband med rättsligt beslutsfattande behöver inte heller innebära något ställningstagande i frågan rörande partiskhet.

Värderingar i rättstillämpningsfrågor tänkes vara allmänna eller partikulära. Allmänna rättstillämpningsvärderingar gör sig gällande oavsett

²³⁸ Doublet & Bernt, s. 59.

²³⁹ För exempel se Bolding, s. 95f.

²⁴⁰ Källström 1993, s. 191, talar om ”de värderingar som ligger till grund för...rättstillämpning”.

²⁴¹ Strömholm 1996, s. 458.

²⁴² ARK s. 583.

²⁴³ Se t.ex. Payne, s. 110.

rättsområde. Adams & Brownsword skiljer där i första hand mellan formalister och realister.²⁴⁴ De partikulära rättstillämpningsvärderingarna varierar från rättsområde till rättsområde.

Schematiskt:

Allmänna bakgrunds-
värderingar

Rättstillämpnings-
värderingar

Partikulära (olika för
olika rättsområden)

Allmänna (samma oavsett
rättsområde)

Formalistiska

Realistiska

Formalism respektive realism rör rättstillämparrollen – synen på hur rättstillämpning bör utövas, och utövas.²⁴⁵ Formalistens grundläggande attityd är att troheten mot lagen (antingen i termer av språklig innebörd eller ändamål) överflyglar alla andra underliggande värderingar. Är lagen klar ska den tillämpas. Några karaktäristiska inslag i den formalistiska idealtypen, så som den framställs av Adams & Brownsword, ska anges.²⁴⁶ Det är de skrivna reglerna ("regelboken") som styr och de utgör ett slutet, logiskt system. Regelbokens begreppsliga renhet och integritet ska vidmakthållas. Formalismen pekar i riktning mot konservatism i rättstillämpningsfrågor. Rättspolitiska överväganden hör inte hemma inom rättstillämpningen – om de inte anbefalls av någon regel. Verkligt problematiska²⁴⁷ fall är tecken på dålig rättskipning; en regel kan framstå som orättvis eller oändamålsenlig, men det är ingen ursäkt för att avvika från regelboken. Formalismen innefattar ett okritiskt accepterande, och en mekanisk tillämpning, av regelboken. Den fungerar bäst med klara, allmänna regler, utan inslag av egna överväganden. Formalisten vill inte ta ansvar för en reformering av reglerna; (det ankommer på parlamentet; domare ska tillämpa, inte skapa regler, han ska inte heller ta ansvar för resultatet av dömandet).

Realisten har i stället följande allmänna rättstillämpningsvärderingar. Regelboken är inte avgörande. Resultatet spelar roll. Begreppslig logik

²⁴⁴ Adams & Brownsword 1992, s. 126f.

²⁴⁵ Adams & Brownsword 1994, s. 48f.

²⁴⁶ A. a. s. 179ff.

²⁴⁷ Beträffande verkligt problematiska fall se Adams & Brownsword 1992, s. 95f.

spelar en undanskymd roll. Justeringar i regelboken ursäktas om de är föranledda av praktiska behov. Innovationer, t.ex. begreppslika, accepteras. Rättspolitiska överväganden ges visst utrymme. Domaren ska beakta vad rättvisan och ändamålsenligheten kräver. Regelboken får inte tillämpas på ett mekaniskt och okritiskt sätt. Regler har ett ändamål. Det går inte att bortse från att samhället förändras. Generalklausuler är inget problem för realisten. Resultatorienteringen gör realisten mindre regelorienterad. Han är också beredd att ta på sig ett visst ansvar för en reformering av regelsystemet.²⁴⁸

Formalister och realister indelas av Adams & Brownsword i vardera två underkategorier vilket ger fyra idealtypiska rättstillämparattityder: text – formalister, ändamålsformalister, svaga realister och starka realister.²⁴⁹

Schematiskt:

Allmänna rättstillämpningsvärderingar

Formalister		Realister	
Text -	Ändamåls -	Svaga	Starka

Textformalisten fokuserar vid tolkningen språket i de relevanta bestämmelserna. Hänvisningar till en lagstiftarvilja är inte uteslutna, men skälet till att sådana görs är i så fall intresse för lagstiftarens avsikt i fråga om ordens innebörd. Ändamålsformalisten vill med sin tolkning främja lagstiftarens ändamål (tolkningen sker "with a view to implementing the purposive scheme and decisions made by the legislature"). Lagtexten kan spela en roll för att bestämma ändamålet med bestämmelsen – men den är bara "one piece of evidence". I det ena fallet betonas alltså den språkliga innebörden, i det andra fallet betonas ändamålet.

Realisterna är resultatorienterade. De ser inte trohet gentemot lagstiftningen som den överordnade värderingen. Den svaga realisten medger att trohet gentemot lagstiftningen har visst värde (eller nytta), men den intar ingen privilegierad ställning bland de underliggande värderingarna. Den är en omständighet bland många andra som vägs in när det gäller att

²⁴⁸ En sammanfattning av rättstillämpningsattityder finns i Adams & Brownsword 1991, s. 286.

²⁴⁹ Adams & Brownsword 1992, s. 97f och s. 127.

främja rätt resultat. Den starka realisten anser inte att trohet gentemot lagstiftningen har något värde överhuvudtaget. Han agerar oberoende av vad lagstiftaren kan ha sagt eller avsett. De fyra positionerna kan sägas avspegla tillämparens känsla av större eller mindre bundenhet av klar lagstiftning. Ett par exempel ur arbetsdomstolens praxis ska refereras för att belysa det sagda.

I AD 8/82, som gällde tillämpning av förhandlingsbestämmelserna i 11 § MBL, fann majoriteten, inkl ordf Stark, att en viss tillämpning skulle leda till ett resultat som inte stod i samklang med ”de grundsatser som eljest gäller på medbestämmandeområdet”. Vice ordföranden Edvard Nilsson, som var skiljaktig, fann majoritetens uppfattning visserligen stå i samklang med de grundsatser som gällde på andra medbestämmandeområden, men att synsättet inte stod i överensstämmelse med lagtextens ordalag. Även om ”rena ändamålssynpunkter” talade för en viss lösning, så fanns, enligt hans mening, ”i detta läge” ingen möjlighet att komma till rätta med problemet i rättstillämpningen. Lagtexten gav inte utrymme för en sådan tolkning. En minoritet bestående av två arbetsgivarledamöter ville göra en tolkning ”enligt ordalydelsen” bl.a. för att undvika oönskade effekter i kommande förhandlingar.

Majoriteten tycks i första hand ha beaktat ändamålet med bestämmelserna, medan de två minoriteterna fäste störst avseende vid lagtextens ordalydelse. Inget tyder på att vice ordföranden intresserade sig för *avsedd* språklig innebörd. Han torde ha tolkat lagtexten utifrån ”normalt språkbruk”. Den större minoriteten talade bara om en ”tolkning enligt ordalydelsen”. Inte heller i dess argumentation finns något som tyder på att man intresserat sig för *avsedd* språklig innebörd. Man förefaller närmast ha varit inriktad mot att åstadkomma ett visst resultat – men under åberopande av lagtextens ordalydelse.

I AD 131/87 (Sköllerholm) gällde rättsfrågan arbetsgivares skyldighet att förhandla före beslut att anlita någon som entreprenör för att utföra visst arbete för arbetsgivarens räkning. Vid tolkningen av 38 § MBL åberopade en majoritet, inkl ordföranden, dels lagtexten dels lagens förarbeten till stöd för uppfattningen att förhandlingsskyldigheten inte var begränsad på sådant sätt som hävdades i målet från arbetsgivarsidan. En minoritet av arbetsgivarledamöter (en av dem också ingående i minoriteten av arbetsgivarledamöter i den nyss referade AD 8/82) fann majoritetens slutsatser vara grundade på ”en mycket formell tolkning av det ifrågavarande lagrummet”. De i minoriteten ingående ledamöterna förklarade att det för dem ”alldeles avgörande” för frågans bedömning var det i MBLs förarbeten klart redovisade syftet med de i lagen intagna bestämmelserna. De var avsedda att vara ett instrument för att med de fackliga organisationernas hjälp skärpa efterlevnaden

från svenska företags sida av det i Sverige gällande regelsystemet avseende anställningsförhållanden. De skulle ge ökade möjligheter att kontrollera att lagstiftning på skatte- och avgiftsområdet och även kollektivavtalsenliga förpliktelser iakttoes av företagen. "Det var till hela sitt syfte en åtgärd för att motverka företeelser som undandragande av skatter och avgifter och anlåtande av 'grå' arbetskraft". Minoriteten fann att "dessa motiv för en tillämpning av föreskrifterna i 38 och 39 §§ MBL" inte kunde föreligga när det var fråga om att anlita ett *utländskt* företag för att utföra arbete utanför Sverige. Minoriteten fann att det skulle leda till av lagstiftaren icke avsedda konsekvenser om man bortsåg från "de redovisade motiven" och lät "den formella ordalydelsen vara uteslutande avgörande" vid bedömningen av förhandlingsskyldighetens omfattning.

Majoriteten ville fastställa lagstiftarens avsikt i fråga om språklig innebörd. Minoriteten argumenterade utifrån avsedda effekter.

Ett exempel från ett annat rättsområde på hur rättstillämpningsvärderingar påverkar det rättsliga beslutsfattandet ges av Esping. Han diskuterar frågan om "de mekanismer som bestämmer konkretiseringen och preciseringen av innehållet i en ramlag". Bl.a. nämns "konflikten mellan socialstyrelsens målrelaterade och förmodligen på professionella värderingar grundade uppfattningar och RegR:s normrelaterade uppfattningar om rättsläget...".²⁵⁰ Han använder uttrycket "rättsideologi" och anger några komponenter i en sådan. En skulle vara "uppfattningen om vilka rättskällor som är legitima och relevanta för fastställandet av gällande rätt".²⁵¹

De data som insamlats och bearbetats ger vid handen att Adams & Brownswords teoretiska ram för studiet av rättsligt beslutsfattande bör modifieras när det gäller den här genomförda undersökningen av arbetsdomstolen. Följande teoretiska ram kommer att användas.

Rättstillämpningsvärderingar

A. Lagstiftarorientering

B. Konsekvensorientering

1. Lagtext

2. Avsikt i
fråga om

3. Svag

4. Stark

2a. språklig
innebörd

2b. ändamål²⁵²

²⁵⁰ Esping, s. 161f.

²⁵¹ A. a. s. 82.

²⁵² Jfr Adams & Brownsword 1992, s. 97, där det talas om "text-based and intention-based conceptions of the principle of legislative supremacy".

Lagstiftarorientering innebär en fokusering av antingen den från lagstiftaren härrörande lagtexten eller av lagstiftarens avsikt med den som tillämplig ansedda regeln – eller båda. I det första fallet fastställs textens innebörd utan hänsyn till vad avsikten med den kan ha varit.

I det andra fallet fastställs lagstiftarens avsikt. Två fall särskiljs när det gäller avsikten: avsikt i fråga om språklig innebörd och avsikt i fråga om regelns ändamål.

När det gäller att beakta konsekvenser i samband med rättsligt beslutsfattande finns anledning att skilja mellan olika situationer. En situation är den när domstolen vill tillgodose ett av lagstiftaren utpekat ändamål. En annan situation är den när konsekvenser beaktas på ett sådant sätt att utgången i målet kommer att stå i strid med lagen. En tredje situation avser beaktande av konsekvenser när lagstiftaren inte gett någon ledning för ett besvarande av rättsfrågan. Med konsekvensorientering avses här en fokusering av konsekvenser av beslutsfattandet på bekostnad av ett beaktande av besked från lagstiftaren. Ju starkare beaktandet av konsekvenserna av ett ställningstagande och ju mindre beaktandet av besked från lagstiftaren är desto starkare är konsekvensorienteringen.

Tre av positionerna ovan innefattar ett beaktande av konsekvenser. I 2b beaktas av lagstiftaren avsedda konsekvenser. I 3 och 4 beaktas mer eller mindre påtagligt andra konsekvenser.

Av vissa uttalanden i arbetsdomstolens domskäl att döma kunde det tyckas onödigt att överhuvudtaget ta med en kategori konsekvensorientering. I AD 56/80 angav t.ex. en majoritet, inkl ordföranden Lind, att det inte är arbetsdomstolens sak att i sin rättstillämpning ”ta ställning till om mindre tilltalande effekter måhända kan anses uppkomma på grund av lagens konstruktion”. Kanske är dock uttalandet inte alldeles rättvisande för en större del av domstolens praktik. Som kommer att framgå är likgiltigheten för konsekvenserna av beslutsfattandet alls inte total.

Ett från litteraturen hämtat exempel på positionen 4 ska refereras. Den amerikanske rättsvetenskapsmannen Richard A. Wasserstrom anser rättstillämpningens uppgift vara att maximera nyttan.²⁵³ Domaren bör arbeta på två nivåer.²⁵⁴ 1. Vilken regel främjar bäst nyttan? Vid besvarandet av den frågan kan bortses från förefintliga regler. Långsiktiga effekter ska beräknas. 2. När den bästa regeln utformats tillämpas den på det aktuella fallet.

Enligt en annan företrädare för konsekvensorientering bör översatsen i en juridisk slutledning aldrig fastställas utan hänsyn till slutledningens resultat.

²⁵³ Exemplet hämtat från Adams & Brownsword, a. a. s. 131f, som betecknar det som en ”out-and-out utilitarian theory of adjudication”. Det bör nämnas att Wasserstrom’s modell är tänkt för ett samhälle utan lagstiftare! För kritik se Dworkin 1964–65.

²⁵⁴ Wasserstrom, s. 138ff.

Domaren skulle ha att "inom rimliga gränser utlägga rättsreglerna så, att slutledningens resultat blir tillfredsställande (den teleologiska metoden)". Kanske finns här också en rekommendation till fiktion. Domslutet sägs "framträd[a] som" resultatet av en slutledning och därigenom få "karaktären av" en rättstillämpning.²⁵⁵

Avslutningsvis ska rättstillämpningsvärderingar relateras till det näraliggande begreppet "metanorm". Med metanorm avses här domstolens "normer för rättsbildningen",²⁵⁶ en sorts "rättskälleprinciper" som anger hur jurister ska gå till väga för att avgöra frågor om "rättsnormers existens, rang och närmare innehåll".²⁵⁷ Det är fråga om "normer, som icke omedelbart framgår av lagen".²⁵⁸ De tillhandahåller vissa tolkningsprinciper och vissa antaganden²⁵⁹ som rör beslutsfattandet. En annan term som använts för att diskutera hithörande frågor är "hanteringsregler": "oskrivna principer för användningen av materiella rättsregler som av rättstillämparna i ett givet rättssystem uppfattas som för dem giltiga och bindande".²⁶⁰

Hanteringsregler har i annat sammanhang beskrivits som principer för rationell argumentering, till exempel lagtolknings- och prejudikatsläror, och som en del av det nationella rättssystemet, även om det inte kommit till uttryck i lagstiftningen.²⁶¹

Ett från engelsk rätt känt exempel på en i rättstillämpningen utformad, upprätthållen – och slutligen ändrad – metanorm är den s.k. stare decisis-doktrinen innebärande att Överhuset var absolut bundet av sina egna tidi-

²⁵⁵ Strahl i Tfr 1946 s. 205.

²⁵⁶ Sigeman 1977a, s. 207f (dels regler om vilka rättskällor som bör eller får beaktas för att fastställa gällande rätt dels regler om vilken inbördes vikt rättskällor bör ges). Se Peczenik 1980, s. 66, om "metatolkningsregler". I Ross, s. 91, talas om en rättskälleideologi ("den ideologi som faktiskt besjälar domstolarna").

²⁵⁷ Eckhoff & Sundby, s. 146f.

²⁵⁸ Sjögren, s. 341.

²⁵⁹ Farrar & Dugdale, s. 134 ("certain canons of construction and presumptions"). Se även Peczenik 1990a, s. 168, om rättskällennormer rörande förarbeten och densamme 1995a, s. 120, om rättskälleprinciper ("genom myndighetspraxis utvecklade metanormer"); se även a. a. s. 213ff om rättskällennormer.

²⁶⁰ Strömholm 1996, s. 86, även a. a. s. 34, 77 m.fl. ställen. Ett ex på hanteringsregler ges på s. 220: "uttalanden i en lags s.k. förarbeten tillmätas stor betydelse vid tolkningen av lagtexten". På s. 320 framgår att hanteringsregler och rättskälleprinciper är samma sak. Se också Strömholm 1976, s. 462, där han talar om "de mer genomgripande principer och lösningar som uppdrar ramen kring den rättstillämpande juristens verksamhet".

²⁶¹ Hellner 1994, s. 29 och 62. Strömholm 1996, s. 312: "[O]m den vedertagna argumentationstekniken uppfattas som åtminstone principiellt förbindande, är den tydliga att uppfatta som en rättsregel eller rättare sagt ett komplex av rättsregler." Bengoetxea talar, s. 230, om "guide-lines" eller "criteria" för tolkning.

gare avgöranden. Genom ett av domstolen år 1966 fattat beslut ändrades den så att man i framtiden skulle vara beredd att avvika från tidigare etablerad uppfattning – om det fanns skäl därtill.²⁶² Metanormen blir här tydlig genom att den blir föremål för ett beslut. Några sådana beslut torde knappast förekomma i svenska domstolar. Åtminstone finns i det material som här undersökts inga spår av ett särskilt beslutsfattande rörande metanormer. Att de ändå är en realitet och att de utövar sin påverkan framgår dels av uttalanden i domskälen rörande metanormsfrågor dels av att olika ledamöter ibland kommer till olika resultat beroende på olika uppfattningar om t.ex. vilken vikt som ska tilläggas ett förarbetsuttalande i en viss situation. I ARK, s. 573, omtalas en metanorm som påminner om den nyss nämnda, nämligen ”en i domstolarna vedertagen uppfattning att en norm som fastslagits i stadig praxis inte bör frångås utan stöd av lag”.

För svensk rätts del synes metanormerna vara just ”oskrivna”. De är inte antagna genom lagstiftning och de är inte heller explicit formulerade av någon domstol. Är de då möjliga att identifiera? Problemet är inte exklusivt för arbetsdomstolen. I en studie av EG-domstolen konstateras t.ex. att domstolen i allmänhet inte diskuterar sina tolkningsmetoder i domarna. Dock – tillägger författaren – kan domstolens sätt att uttrycka sig ibland tjäna som ”a signpost of the road it has followed to reach its conclusions”.²⁶³ Samma sak gäller för arbetsdomstolen. Genom uttalanden i domskälen ges viss information om den bland beslutsfattarna förefintliga synen i frågor rörande metanormer.

Varje rättslig beslutsfattare tvingas ta ställning i metafrågor. Ibland är redovisningen av uppfattningar i sådana frågor mycket tydlig. I en dom från HovR över Skåne och Blekinge uttalades t.ex. följande: ”Domstols avgörande skall grundas på lag. Vid lagens tillämpning har domstol att fästa vikt vid motivuttalanden som riksdagen har godkänt. Kravet att rättskipningen såvitt möjligt skall vara enhetlig leder till att Högsta domstolens avgöranden, om än ej formellt bindande, bör vägleda övriga domstolar.”²⁶⁴

Metanormer har betydelse inte bara för sättet att genomföra lagtolkning och precisering. Den rollfördelning mellan lagstiftare och rättsliga beslutsfattare som diskuteras i avdelning III innefattar också värderande ställningstaganden som kan formuleras som metanormer.

²⁶² Adams & Brownsword 1992, s. 118.

²⁶³ Brown, s. 270.

²⁶⁴ Citerat från Peczenik 1995b, s. 35.

4 Arbetsdomstolen som lagtolkare

”So the correctness of particular interpretations is often very controversial”.
(Lord Wilberforce)

4.1 Inledning

Ross avgränsar i ”Om ret og retfærdighed” en analytisk-deskriptiv uppgift i fråga om tolkning – den att beskriva hur tolkning faktiskt går till i praktiken – med ambitionen bl.a. att klarlägga vilka allmänna faktorer som är verksamma i all rättstillämpning.²⁶⁵ Han vill bestämma ramarna för en allmän typologi för att karaktärisera förekommande variationer i metod- och tolkningsstil. Sammanfattningsvis anges de allmänna faktorerna vara å ena sidan ”en rent förståndsmässig fattande eller uppfattande verksamhet inriktad mot att tyda det givna” och å den andra sidan ”en värderande, ställningstagande verksamhet” som kan vara påverkad av ”rättssociologiska uppfattningar (reala hänsyn)”.²⁶⁶

Som framgått ovan, främst i kapitel i 1 och 3, är ambitionen i förevarande sammanhang att studera rättsligt beslutsfattande och särskilt de däri verksamma rättstillämpningsvärderingarna. Det kommer att ske med användande av de olika orienteringar som utformats i den teoretiska ramen. Som bakgrund ska här först sägas något om två, i samband med lagtolkning, ofta förekommande dimensioner, en avseende tillvägagångssätt (subjektiv – objektiv metod)²⁶⁷ och en avseende resultat (extensiv – restriktiv tolkning).

Kombinerade ger de två dimensionerna fyra möjliga situationer.

²⁶⁵ Ross, s. 159. Enligt Westberg 1988, s. 306, domineras annars framställningar om lagtolkning av ”ambitionen att formulera och beskriva principer, som skall ’styra’ domstolarna” i deras värderande ställningstaganden.

²⁶⁶ A. a. s. 164.

²⁶⁷ I Lindell 1987, s. 46, sägs de vanligaste lagtolkningsmetoderna vara den objektiva, den subjektiva och den teleologiska metoden. I Peczenik 1990a, s. 199ff, diskuteras två typer av teleologisk lagtolkning, subjektiv och objektiv. Strömholm, 1996, s. 454, gör följande påpekande: ”Termen ’objektiv’ är lika olycklig som ’subjektiv’.”

Extensiv tolkning

	1	2	
Subj metod	3	4	Obj metod

Restriktiv tolkning

I den första situationen leder en subjektiv metod till extension. I den andra leder en objektiv metod till extension. I den tredje leder en subjektiv metod till restriktion. I den fjärde situationen leder en objektiv metod till restriktion.

I *metoddimensionen* brukar som utmärkande för den subjektiva metoden framhållas, att tolkaren i första hand är, eller säger sig vara, inriktad på att utfinna upphovsmannens eller upphovsmännens (t.ex. "lagstiftarens") avsikt, eller liknande, med texten²⁶⁸. I såväl rättsvetenskaplig litteratur som rättspraxis finns otaliga vittnesbörd om att det bakom lagtexten liggande syftet tillmätts betydelse vid tolkning och tillämpning av lagregler. För svenskt vidkommande har synsättet gamla anor, vilket framgår av de under 1500-talet sammanställda domarreglerna. Domarregel nummer 12 lyder:

"Domaren akte i all lag vad hans uppsåt var som lagen gjorde, annars varder hon missbrukad och vändes till ett annat sinne, än hans mening var som lagen gjorde."

Att synsättet fortfarande har aktualitet kan beläggas med uttalanden i modern rättspraxis. I AD 92/78 uttalades t.ex. följande: "Ordalydelsen i...lagen förusätter att...Syftet med lagrummet är emellertid...". Syftet blev bestämmande för tillämpningen. I AD 73/87, uttalade domstolen: "Lagen förbjuder enligt sina ordalag...trots att tanken uppenbarligen är...". Domstolen lade tanken till grund för sitt avgörande i målet.²⁶⁹

Den subjektiva metoden har beskrivits på följande sätt.

²⁶⁸ Strömholm 1996, s. 453; Peczenik 1980, s. 194f; Evers 1987, s. 38; Evers 1984, s. 47.

²⁶⁹ Jfr från engelsk rätt Denning, L.J. citerad i Payne, s. 97: "If the literal interpretation of a statute leads to a result which Parliament can never have intended, the Courts must reject that interpretation and seek for some other interpretation which gives effect to the intention of Parliament." Jfr Sigeman 1972, s. 626.

"[L]agen utsätts för vad man kan kalla en historisk tolkning;...det gäller att ta reda på vad som var avsikten vid lagens tillkomst och den språkliga utformningen, lagtexten, är bara ett av flera bevis för vad lagstiftaren menat. Ger motiven ett säkrare besked än lagtexten om hans avsikt, syfte, med stadgandet får ordalagen vika..."²⁷⁰

I den nyss nämnda domen AD 92/78 var en av frågorna huruvida bestämmelsen om avstängning i 34 § andra stycket 1974 års LAS var tillämplig på avstängning som beslutats innan uppsägning skett. Domstolen fann bestämmelsens ordalydelse förutsätta att uppsägningsbeslutet i tiden föregick avstängningen, men att syftet med lagrummet (bl.a. att tillförsäkra arbetstagarna en rätt till arbetsplatsen i fall när det råder tvist mellan arbetsgivare och arbetstagare i frågan huruvida saklig grund föreligger) lätt skulle kunna motverkas om lagrummet tolkades alltför formellt. Syftet (ändamålet) med regeln tilläts ta över lagtextens ordalydelse.

En objektiv lagtolkningsmetod utmärks av att tolkarens uppmärksamhet inriktas inte mot en på ett eller annat sätt fastslagen avsikt med lagtexten utan mot andra, som objektiva uppfattade, omständigheter.²⁷¹ Som exempel på objektiva metoder anges ibland bokstavlig tolkning av lagtexten.²⁷² "Språklig tolkning", ibland uppdelad i flera steg, skulle då syfta till att fastställa enskilda uttrycks språkliga innebörd. Det talas om t.ex. "lexikalisk" tolkning eller "logisk-grammatisk" tolkning, den senare byggande på förutsättningen att lagen respekterar ordbok, språklära och elementär logik.²⁷³

I AD 55/85 fastställdes den språkliga innebörden av en lagregel med hjälp endast av de i texten använda ordalagen (särsk s. 316f). Enligt 14 § första stycket semesterlagen får semesterledighet inte förläggas till *uppsägningstid* utan arbetstagarens samtycke. I målet behandlades en tvist om hur förbudsregeln skulle tolkas i ett speciellt fall. Arbetsdomstolen konstaterade att bestämmelsen hade en entydig innebörd för det fall att arbetstagaren säger upp sig eller arbetsgivaren säger upp arbetstagaren och uppsägningens giltighet inte ifrågasätts. Hindret gäller då normalt till dess att anställningen

²⁷⁰ Lindblom 1993c, s. 247.

²⁷¹ Strömholm 1996, s. 453; Peczenik 1980, s. 195; Evers 1987, s. 38.

²⁷² Evers a st; Se även Evers 1984, s. 44ff med kritik av "bokstavstolkningsteorin"; Peczenik framhåller, a st., att lagtolkningens huvudsyfte enligt den objektiva tolkningslärans radikalaste version ligger i att fastställa lagens objektiva, språkliga innebörd.

²⁷³ Strömholm 1996, s. 447ff. Se Peczenik 1980, s. 69f, om bokstavstolkning (lexikalisk respektive kontextuell). Beträffande "rent språklig analys", se Wennström, s. 164f. I Dworkin 1986, s. 17, nämns en teori om bokstavstolkning där orden i lagtexten ges en icke-kontextuell betydelse. Att även tolkning av enskilda ord och uttryck kan vara komplicerad illustreras i Bing, s. 133ff. Peczenik & Bergholtz uppger, s. 314, att det inte finns någon allmänt erkänd definition av "språklig tolkning" i svensk litteratur eller rättspraxis.

upphör vid utgången av den uppsägningstid som var angiven i uppsägningsbeskedet. För sådana situationer ansågs lagtexten ge svar direkt.

AD 111/86 I 3 kap 1 § 1976 års LOA föreskrevs förbud mot andra partiella stridsåtgärder än övertidsblockad i arbete som var "oundgängligen nödvändigt" för att genomföra myndighetsutövning. Domstolen konstaterade att vad som mer i detalj låg i kravet på nödvändighet inte framstod som klart och tillade: "Ordet oundgängligen får i alla händelser betraktas som ett förstärkningsord utan självständig rättslig betydelse, eftersom ett arbete inte kan vara mer eller mindre nödvändigt."

I förhållande till den subjektiva metoden kan det bl.a. innebära skillnader när det gäller viktningen av rättskällorna.

"Den som begagnar en *objektiv lagtolkningsmetod* i ovan avsedd mening, dvs. ägnar sig åt bokstavstolkning, ...prioriterar lagtexten i förhållande till andra rättskällor och söker svaret på frågan om regeln är tillämplig i det aktuella fallet genom en semantisk-grammatisk analys av 'ordalagen' (i dubbel bokstavlig mening). Står lagtexten i uppenbar strid med motiven skall lagen ändå tillämpas enligt sin ordalydelse; motivens betydelse inskränks till att ge *språklig* vägledning vid tolkning av textens innebörd..."²⁷⁴

AD 96/76. (Lind) Tolkning av det i 7 § tredje stycket FML använda uttrycket "om de beror på arbetsgivaren". Vissa förarbetsuttalanden ansågs föra tanken till att ersättning för fackligt arbete skulle utgå endast om arbetsgivaren varit *initiativtagare* till att verksamheten förlagts utom arbetstid respektive utanför arbetsplatsen. I förarbetena talas om att arbetsgivaren ska ha framställt en "begäran" eller uttryckt ett "önskemål". Något sådant fanns inte "i själva lagtexten". Det i lagtexten använda uttrycket uppfattades ha en vidare innebörd än uttrycken i förarbetena. Lagtexten gavs den vidare innebörden. Det framgår av domskälen att det var av betydelse att just lagtexten pekade i en extenderande riktning (s 656). Man nöjde sig emellertid inte med att hänvisa till lagtextens ordalydelse utan nämnde flera omständigheter som stödde det på språklig tolkning av lagtexten grundade ställningstagandet. Först anfördes argument som har med effekter av tolkningen att göra. Om den utifrån förarbetsuttalandena närmast till hands liggande tolkningen valdes skulle det kunna medföra att arbetsgivare vidtog en viss typ av åtgärder. Det skulle kunna motverka eller försvåra en viss typ av överenskomelser vilket i sin tur skulle kunna skada förhandlingsverksamheten. Ett argument av systematisk karaktär var att den snävare tolkningen knappast var förenlig med visst synsätt inom annan lagstiftning. Ett allmänt propositionsuttalande om att det är naturligt att det fackliga arbete som avser arbets-

²⁷⁴ Lindblom a. a. s. 247. Se även Strömholm a. a. s. 453f.

platsen förläggs till arbetstid och att kostnaderna härför bärs av produktionen eller arbetsgivarens verksamhet tillades också betydelse.

Lagtextens språkliga innebörd ställdes mot en ur förarbetena utläst, avsedd, innebörd. Lagtexten gavs försteg. Vissa andra omständigheter åberopades också till stöd för ståndpunkten att lagtexten borde ges den vidare innebörden, bl.a. effekter av tolkningen. Fallet är alltså inte "rent". Det går inte att avgöra vilken vikt de olika argumenten tillagts men extensionen skedde med hänvisning till i första hand lagtextens ordalydelse.²⁷⁵

Ett uttryck för en objektiviserande tolkningsmetod är att se reglerna som "things in themselves, which have an existence independent of any motive, reason, purpose or policy that may have originally inspired them...[F]or the interpreter the task is to ascertain the true meaning of the rule and apply it without regard to the original purposes or the consequences."²⁷⁶

Som andra exempel på objektiv tolkning nämns ibland systematisk tolkning²⁷⁷ och viss teleologisk tolkning²⁷⁸. Vid systematisk tolkning av ett stadgande beaktas särskilt den regelmiljö i vilken det ingår. Bakgrunden till den systematiska tolkningen kan vara en önskan att bibehålla konsistens och konsekvens inom rättssystemet.²⁷⁹

I AD 4/76 skulle vid tillämpning av 21 § LAS fastställas innebörden av uttrycket "intermittent arbete". Efter konstaterandet att det varken i det allmänna språkbruket eller i arbetslivet hade någon alldeles bestämd betydelse beaktades bl.a. att en viss tolkning stod i samklang med vissa bestämmelser i 5 § LAS.

I AD 53/78 tillämpades varselregeln i 3 § andra stycket värnpliktsledighetslagen. Regeln var förebild till motsvarande bestämmelser om varsel i studieleighetslagen och föräldraledighetslagen och domstolen anförde att man borde räkna med att det ställningstagande man gjorde i det aktuella målet kunde ha betydelse även för tillämpningen av varselreglerna i de två andra lagarna.

AD 107/81 Tvist om huruvida en arbetsgivare, A, varit förhandlingsskyldig enligt 38 § MBL gentemot arbetstagarförbundet, B, trots att B normalt inte hade någon medlem anställd hos A. Rättsfrågan löstes främst genom en grundlig läsning av förarbetena, som lades till grund för ställningstagandet

²⁷⁵ Jfr uttalanden i AD 17/84, s. 153.

²⁷⁶ Twining & Miers, s. 167.

²⁷⁷ Strömholm a. a. s. 452f.

²⁷⁸ T.ex. den av PO Ekelöf förespråkade, a. a. s. 455.

²⁷⁹ Strömholm a. a. s. 452; Peczenik a. a. s. 99f; se även Wennström, s. 159f.

att det finns ett krav på anknytning till medlemskap och anställningsförhållande när det gäller all förhandlingsrätt enligt MBL. Till den på förarbetsuttalanden grundade argumentationen lades ett argument av annan karaktär (s 589): Att bortse från nyss nämnda krav när det gäller 38 § MBL "vore att bryta systematiken i medbestämmandelagens förhandlingsregler".

I AD 4/84 rörande bl.a. innebörden av uttrycket "ort" i 22 § LAS ville ena parten för tolkningen söka ledning i ett uttalande i förarbetena till 14 § LAS där uttrycket "ort" behandlas. Domstolen påpekade att 14 § avsåg helt andra situationer än den som var aktuell i målet, varför förarbetena till den bestämmelsen saknade intresse.²⁸⁰

Enligt ett äldre synsätt kunde inom ramen för en objektiv tolkningslära eftersträvas att ange vad det förnuftigt tänkande folkmedvetandet hämtar ur lagen eller att utfinna lagens immanenta mening.²⁸¹

Det objektiva kan också sättas i samband med ett beaktande av lagens faktiska effekter framför lagstiftarens uttalade eller antagna syften.²⁸²

I *resultatdimensionen* avses med extensiv lagolkning att en bestämmelse tillämpas på alla fall, som överhuvudtaget kan anses ligga inom dess språkliga betydelseområde. Regelns tillämpningsområde sammanfaller med betydelseområdets yttersta utsträckning.²⁸³ Man lägger in så mycket i texten som ordalydelsen gör möjligt²⁸⁴. Ibland skiljs mellan fall som klart faller inom regeln, fall som klart faller utom regeln och grännsfall.²⁸⁵ En tolkning kan vara mer eller mindre extensiv.

I AD 19/76 yrkade ett arbetstagarförbund skadestånd för en av sina medlemmar på den grunden att medlemmen avskedats eller sagts upp av arbetsgivaren. Arbetsgivarparterna gjorde invändning om preskription enligt 40 § LAS. En före talans väckande gjord förhandlingsframställning avsåg att medlemmen skulle få permitteringslön medan talan vid arbetsdomstolen grundades på påståendet att anställningen upphört. Arbetsgivarparterna hävdade, att förhandlingsframställningen innefattade krav på ersättning av annat slag och på annan grund än den vid arbetsdomstolen väckta talan. Enligt nyss nämnda bestämmelse i LAS skulle den som ville fordra skadestånd enligt lagen underrätta motparten därom inom fyra månader från det

²⁸⁰ En intressant belysning av tolkning av samma uttryck i olika sammanhang ges i AD 128/83; jfr det "systematiska" resonemanget som förs i AD 55/85. Se också AD 14/84 där man uppmärksammade ett uttalande i propositionen till en helt annan lag och fäste avseende vid det.

²⁸¹ Sjögren, s. 340f.

²⁸² Strömholm 1979c, s. 267.

²⁸³ Strömholm 1996 s. 462.

²⁸⁴ Hellner 1994, s. 88.

²⁸⁵ Adams & Brownsword 1992, s. 84.

skadan inträffade. Domstolen hade att ta ställning till vilket krav på precisering som gällde för sådan underrättelse. Ordalydelsen befanns medge den tolkningen att även ganska allmänt hållna krav verkade preskriptionsavbrytande. Domstolen placerade arbetstagarståndpunkten inom bestämmelsens betydelseområde. Men skulle bestämmelsen tillämpas extensivt eller restriktivt? Man undersökte först syftet med preskriptionsregeln (att en part vid utgången av viss tid efter en händelse ska veta vilka ersättningskrav den gett upphov till) och det grundläggande syftet med anställningsskyddslagen (att bereda arbetstagarna trygghet i anställningen). I avvägningen mellan å ena sidan arbetsgivarens intresse av att få krav preciserade i största möjliga utsträckning och å andra sidan arbetstagarens intresse av att inte gå miste om rättigheter som lagen avser att skydda till följd av att förhandlingsframställningen utformats på ett mindre preciserat sätt, fann domstolen att det primära syftet med lagstiftningen inte fick trädas för när. Arbetstagsidans ståndpunkt godtogs.

Den extenderande tillämpningen av bestämmelsen grundades här på en analys av lagstiftarens syfte med olika regler och resulterade i att syftet med en enstaka regel (den i 40 § LAS) underordnades det primära syftet med "lagstiftningen" (LAS). Utgången kan sägas innebära, att den formella regeln (preskriptionsbestämmelsen) i en situation som den förevarande inte tilläts medföra att en enligt lagens materiella regler gynnad person gick miste om sina rättigheter.²⁸⁶

Med restriktiv lagtolkning avses att en bestämmelse tillämpas snävt. Endast fall som utan tvekan hör hemma inom det språkliga betydelseområdet hänförs till bestämmelsens tillämpningsområde.²⁸⁷ Tolkningen är inskränkande.²⁸⁸

I AD 7/75 avvisade domstolen tanken på en extensiv tolkning av 6 och 7 §§ FML. Ett arbetstagarförbund hävdade i målet, att facklig förtroendeman i visst fall hade rätt till ersättning i samband med facklig verksamhet som ägt rum under tid då förtroendemannen annars inte skulle ha varit i arbete. Uttrycket "rätt till ledighet" (6 § första stycket) tolkades som att regeln avsåg befrielse från annars föreliggande arbetsskyldighet. En genomgång av förarbetena i allmänhet gav inget belägg för att avsikten varit att ersättning skulle kunna utgå därutöver. Ett av arbetstagarförbundet åberopat uttalande av departementschefen, som av förbundet ansågs ge direkt stöd för att avsikten med lagstiftningen varit att anställningsförmåner skulle kunna utgå även när facklig verksamhet utfördes på förtroendemannens fritid, tillmättes inte avgörande betydelse "mot lagens klara ordalag". Det kan nämnas, att dom-

²⁸⁶ Ett exempel på extension grundad på lagtextens ordalydelse ges i AD 96/76.

²⁸⁷ Hellner a st.

²⁸⁸ För ett exempel på restriktiv tolkning av förarbetsuttalanden se den i Göransson 1997a, s. 272, kommenterade domen AD 99/79.

stolen i och för sig fann övervägande skäl tala för att departementschefsutlandet var att uppfatta som ett stöd för förbundets ståndpunkt. Efter analysen av rättskällorna tillade domstolen att dess tolkning av lagen inte ledde till att bestämmelserna om rätt till betald ledighet för facklig verksamhet avseende arbetsplatsen inte fick den betydelse som varit åsyftad.

Tre reservanter ville ge bestämmelserna en mindre snäv innebörd. Även för dem var syftet med lagstiftningen centralt. Såväl den språkliga tolkningen av lagtexten som läsningen av förarbetena ledde dem till ett annat resultat än majoriteten.

AD 4/78 (Stark) Ett arbetstagarförbund yrkade skadestånd på grund av avskedande. Styrelse och ställföreträdare för det bolag som var förbundets motpart var C. Efter förhandling med bolaget instämde C före preskriptionstidens utgång. Förbundet menade att bolaget därigenom fick kännedom om anspråket innan preskription inträdde. Bolaget invände att anspråket var preskriberat enligt 40 § LAS. Arbetsdomstolen fann att lagtexten inte lämnade utrymme för annan tolkning än att preskription inträtt: "Lagtexten lämnar inte utrymme för att tillerkänna annan omständighet än väckande av talan mot *motparten* (min kurs) preskriptionsavbrytande verkan."

Vad den restriktiva inställningen berodde på angavs inte. En strikt tillämpning av talefristreglerna "*i detta hänseende*"(min kurs) ansågs påkallad. En möjlighet är att det haft betydelse att det var frågan om en preskriptionsregel.

Att resultatet av en tolkning av ett uttryck kan vara beroende av vilka moment som beaktas är uppenbart. Ibland leder tolkningen till att ett uttryck ges en från vanligt språkbruk avvikande innebörd.²⁸⁹

I AD 118/79 tolkades i ett mål rörande tillsättning av en divisionschef och två avdelningschefer uttrycket "viktigare förändring av sin verksamhet" i MBL 11 § på ett sätt som man medgav tedde sig "ganska främmande" för normalt språkbruk. Det ansågs emellertid framgå av förarbetena att det valts av speciella skäl, vilket fick rättfärdiga den gjorda tolkningen.

De två dimensionerna kan användas för att peka på viktiga sidor av rättsligt beslutsfattande, men de räcker inte för att göra den argumentation som möter i det empiriska materialet rättvisa. När det gäller metoddimensionen kan sägas att uppdelningen av rättstillämpare i subjektiva eller objektiva riskerar att leda tanken till en polarisering utan motsvarig-

²⁸⁹ Se även den nedan refererade AD 45/78. Om "[d]en naturlige betydningen" se Bing, s. 133ff. Andra exempel på att uttryck ges en speciell betydelse är "facklig verksamhet", se Göransson 1997a, s. 132 och 1997b, s. 13.

het i det undersökta rättsliga beslutsfattandet.²⁹⁰ Det går knappast att bland rättsliga beslutsfattare utpeka konsekvent renodlade subjektivister eller objektivister. Det vanliga är i stället att moment som i litteraturen sorteras in under rubriker som subjektivt eller objektivt förekommer tillsammans inom ramen för ställningstaganden i samma mål.

AD 51/77. I 7 § FML sägs att facklig förtroendeman har rätt till bibehållna anställningsförmåner vid ledighet som avser den fackliga verksamheten på arbetsplatsen. I domen avgjordes om regeln omfattade dels deltagande i viss avtalskonferens dels arbete inför och deltagande i vissa centrala kollektivavtalsförhandlingar. Ordalagen (den objektiva omständigheten) ansågs ge "ett ganska klart stöd" för att den i målet aktuella ledigheten inte omfattades av betalningsrätten. Argumenteringen för detta – på en språklig tolkning av lagtexten grundade – ställningstagande kompletterades med en genomgång av förarbetena (ett subjektivt inslag), vilka befanns peka i samma riktning som lagtexten. Domstolen kunde därför konstatera att varken lagtextens ordalag eller lagens förarbeten gav något stöd för rätt till betalning i den omtvistade situationen.

AD 17/82 Tvisten i målet gällde huruvida de båda kvinnorna B och H med anställningar som sekreterare vid ett regemente könsdiskriminerats genom beslut om nya befattningsbeskrivningar. Av betydelse var uttrycket "arbetstagare blir uppenbart oförmånligt behandlad i jämförelse med arbetstagare av motsatt kön". I domskälen redovisades följande steg i tolkningsproceduren. Ett uttalande i propositionen till JämL (subjektivt inslag) gav tolkaren vägledning i fråga om innebörden av uttrycket "uppenbart". I fråga om resten av formuleringen ("oförmånligt behandlad i jämförelse med arbetstagare av motsatt kön") befanns förarbetena inte ge något klart besked. I avsaknad av tillräcklig vägledning i förarbetena använde sig domstolen av andra framkomstvägar. En tolkning prövades men skulle ha medfört en ordning som var "föga rimlig" (objektivt inslag). Man återvände till förarbetena och fann där några uttryckssätt som gav "åtminstone något stöd" för en viss lagstiftaravsikt (subjektivt inslag). En tolkning i linje med nyssnämnda lagstiftaravsikt ansågs rimma väl med regelns karaktär av presumptionsregel. Den stöddes också av en jämförelse med två andra presumptionsregler i samma lag (objektivt inslag).

En risk med uppdelningen i en subjektiv och en objektiv metod är alltså att den kan ge intryck av att det inom det rättsliga beslutsfattandet skulle finnas ett antingen – eller, medan det snarare är fråga om ett både – och.

²⁹⁰ Jfr Sjögren, s. 341, som finner striden mellan de båda tolkningsmetoderna tämligen ofruktbar.

Subjektiva och objektiva moment förekommer tillsammans i en metod-mix.²⁹¹

I det följande ska rättstillämpningsvärderingar i samband med lagtolkning diskuteras i termer av orientering vid rättsligt beslutsfattande.

4.2 Lagstiftarorientering

4.2.1 Orientering mot lagtexten

Lagstiftarorientering betyder, som framgick i kap 3, i förevarande sammanhang en fokusering antingen av den från lagstiftaren härrörande lagtexten eller av lagstiftarens avsikt med den som tillämplig ansedda regeln – eller båda. I det följande ska redogöras för uppfattningar inom arbetsdomstolen innebärande att lagtextens ordalydelse bör tilläggas stor vikt.

Ibland markeras respekt för lagtexten genom besked om att en lösning, för att vara acceptabel, ska ligga inom lagtextens betydelseområde.

AD 1/78 (Lind) En arbetstagarorganisation yrkade allmänt skadestånd på grund av avskedande. Efter det att tiden för talans väckande enligt 40 § LAS gått till ända yrkades också ekonomiskt skadestånd. Vid bedömningen av om organisationen försuttit fristen för att väcka talan om ekonomiskt skadestånd konstaterade arbetsdomstolen att lagtextens ordalydelse medgav den tolkningen att också ganska allmänt hållna krav verkar preskriptionsavbrytande.

Domstolens sätt att formulera sig kan uppfattas som att lagtextens ordalydelse ansågs sätta en gräns för vad som var möjligt att åstadkomma genom tolkning.²⁹²

I AD 98/77 ansåg en minoritet (ordf Stark och två arbetsgivarledamöter) majoritetens ståndpunkt innebära att avsteg gjordes ”från lagtextens klara ordalydelse”.

Uttalandet kan uppfattas som uttryck för ståndpunkten att man inte får göra avsteg från lagtextens klara ordalydelse.

I ett antal fall har ledamöter inom domstolen uttryckligen förespråkat en orientering mot lagtextens ordalydelse. Samtliga uttalanden härrör från minoriteter. Först behandlas domar där ställningstaganden till förmån för en lagtextorientering innefattar ämbetsledamöter. Därefter

²⁹¹ Jfr Peczenik 1980, s. 65.

²⁹² Jfr AD 19/76.

behandlas i nu nämnd ordning domar där enbart arbetstagarledamöter eller enbart arbetsgivarledamöter velat tillägga lagtexten en avgörande betydelse.

I AD 137/83, ansåg en minoritet bestående av v ordf Eklundh och två arbetsgivarledamöter, att domstolen – oavsett hur man i visst avseende bedömde konsekvenserna – måste lägga lagtextens ordalydelse till grund för avgörandet i målet.

En tolkning av lagtexten som visserligen stämde överens med ett visst av lagstiftaren uttalat syfte men som samtidigt stod i strid med dennas klara ordalydelse accepterades inte.

AD 55/85 (Stark) I 14 § semesterlagen stadgas förbud mot att utan arbetstagarens medgivande förlägga semesterledighet till uppsägningstid. W sades upp från sin anställning på grund av personliga skäl den 7 mars 1983. Enligt uppsägningsbeskedet skulle uppsägningstiden löpa från den 13 mars till den 23 juli 1983. Tvist uppkom om uppsägningens giltighet och talan väcktes vid arbetsdomstolen den 7 juni 1983. På grund av 34 § andra stycket första meningen LAS kom anställningen att bestå till den 21 december 1983 då arbetsdomstolen avslog talan. Anställningen upphörde alltså efter det att den i uppsägningsbeskedet angivna tiden gått ut. Arbetsgivaren lade, utan Ws samtycke, ut semesterledighet för honom under tiden 1–28 augusti 1983, alltså under den tid med vilken anställningen förlängts på grund av uppsägningstvist (förlängningstiden). En majoritet formulerade lagtillämpningsfrågan på följande sätt.

”Förbudet i 14 § första stycket semesterlagen mot att utan arbetstagarens samtycke förlägga semesterledighet till uppsägningstid har en entydig innebörd för det fall att arbetstagaren säger upp eller arbetsgivaren säger upp och uppsägningens giltighet inte ifrågasätts. Hindret för arbetsgivaren att utan arbetstagarens samtycke förlägga semesterledighet gäller i dessa fall normalt sett till dess anställningen upphör vid utgången av den uppsägningstid som är angiven i uppsägningsbeskedet. Om däremot en uppsägning från arbetsgivarens sida blir tvistig, är mera tveksamt hur regeln i 14 § första stycket semesterlagen skall tolkas. Gäller förbudet även i detta fall endast till utgången av den uppsägningstid som är angiven i uppsägningsbeskedet? Eller består förbudet i förekommande fall till den senare tidpunkt då tvisten om uppsägningen har slutligt avgjorts? Eller upphör till äventyrs förbudet att gälla redan i och med att tvist uppstår om uppsägningens giltighet?”

Majoriteten ställde sig till en början frågan om förlängningstiden ”begreppsmässigt” enligt LAS var att betrakta som uppsägningstid. Innebörden där av termen ”uppsägningstid” ansågs klar och angavs som den tid som löper fram till dess anställningen ska upphöra enligt uppsägningsbeskedet. Det fanns, enligt majoriteten, ingen anledning att anta att lagstiftaren använt

uttrycket i någon annan betydelse i 14 § första stycket semesterlagen. Den *språkliga* betydelsen ansågs därmed klarlagd. Språkligt sett betydde 14 § första stycket i semesterlagen att förbudet att förlägga semesterledighet gällde den uppsägningstid som fanns angiven i uppsägningsbeskedet. "Tolkningsfrågan" ansågs emellertid inte avgjord därmed. Det måste också diskuteras om det fanns grund för att "ge bestämmelsen en vidare tillämplighet än som framgår av ordalagen, dvs vad som i lagtolkningssammanhang brukar betecknas som en analogisk tolkning".²⁹³ Man började i semesterlagens förarbeten. Det konstaterades att de inte berör förlängningstiden. Det skulle vara fråga om en lucka i lagen.²⁹⁴ Inget i förarbetena ansågs tyda på att uttrycket uppsägningstid utnyttjats i den omtvistade regeln för att avsiktligt begränsa förbudets tillämplighet till den i uppsägningsbeskedet angivna uppsägningstiden. Ett andra argument som pekade i riktning mot analogisk tillämpning av bestämmelsen var att den, enligt uttalanden i förarbetena, tillkommit främst för att upprätthålla det skydd som uppsägningsbestämmelserna i LAS ger. Majoriteten fann det befogat att "på ett särskilt sätt" beakta hur regeln samverkade med dessa uppsägningsbestämmelser. Nästa led i argumenteringen för en analogisk tillämpning inleddes med konstatandet att det enligt LAS påfallande konsekvent gäller att förlängningstiden jämföras med uppsägningstiden. Frågan ställdes vilka skäl som kunde åberopas för att jämföra förlängningstid med uppsägningstid vid tillämpningen av bestämmelsen i semesterlagen. Till stöd för en analogi anfördes "ändamålssynpunkter" i anslutning till vissa tänkta situationer. Här påvisades resultat som skulle bli följden av en viss tolkning och som skulle vara oförenliga med vissa syften med regler i LAS. Den första situationen var den "när uppsägningstiden är kort och därmed en förlängningstid av någon betydelse ryms inom sexmånadersfristen".²⁹⁵ Majoriteten pekade på vissa olägenheter som skulle kunna uppstå om semester förlades till förlängningstid och konstaterade att i den avsedda situationen (kort uppsägningstid) motiven för ett förbud att lägga ut semesterledighet inte var mindre för tiden efter uppsägningstidens utgång än för tiden före. Den andra situationen som diskuterades var avstängning från arbete på grund av de omständigheter som föranlett uppsägningen. Värdet av den regel som förbjuder sådan avstängning (34 § andra stycket andra meningen LAS) skulle i vissa fall försämras om arbetsgivaren finge lägga ut semester under förlängningstiden. En tredje situation som skisserades var den där en uppsagd arbetstagare har obetald

²⁹³ Arbetsdomstolen angav här innebörden av laganalogi på ett sätt som överensstämmer med undersökningens terminologi: att ge en bestämmelse en vidare tillämplighet än som framgår av ordalagen.

²⁹⁴ Luckor i rätten diskuteras i Hellner 1997, s. 368ff. Se också Peczenik 1988, s. 36ff och Göransson 1997a, s. 254. Enligt Ekelöf, 1994, s. 73 (not 159), är lagen behäftad med luckor – och bör också vara det. Att även arbetsdomstolen tänker i termer av "lucka" se AD 102/84, s. 650 ("lucka i anställningsskyddet");

²⁹⁵ För tiden efter det att sex månader förflutit från uppsägningstiden finns inget hinder att lägga ut semesterledighet (semesterlagen 14 § sista stycket).

semesterledighet. En förläggning till förlängningstiden av sådan semester skulle kunna resultera i att arbetstagaren blev utan ersättning under en del av förlängningstiden. En sådan ordning skulle, enligt majoriteten, harmoniera mindre väl med den garanti för anställningsförmåner som enligt LAS gäller för förlängningstiden. De nu refererade ändamålssynpunkterna tillades av domstolen en sådan tyngd att den fann att "det måste uppfattas som en brist" om förbudet mot förläggning av semestertid inte också skulle gälla för förlängningstiden. Efter denna utförliga argumentering, innefattande bl.a. ändamålssynpunkter, företog majoriteten också en intresseavvägning när den konstaterade att en analogisk tillämpning av bestämmelsen inte skulle vara alltför betungande för arbetsgivarvidan. Ett avslutande argument för beslutet att tillämpa bestämmelsen i semesterlagen analogiskt angavs: det var i ett fall som detta befogat att mera se till hur systemet i dess helhet var uppbyggt och hur de olika reglerna samverkade än till den enskilda bestämmelsens språkliga utformning.

En minoritet (v. ordf. Nilsson och två arbetsgivarledamöter) hade en helt annan uppfattning i tillämpningsfrågan. Den konstaterade att majoriteten velat bota en brist i lagstiftningen "som sannolikt har sin grund i att lagstiftaren överhuvudtaget inte tänkt på den situation som uppstår när en sådan tvist föreligger". Minoritetens ståndpunkt gavs detta uttryck:

"Att lägga till rätta lagstiftningen på detta sätt är i princip en uppgift för lagstiftaren själv och inte för rättstillämpningen. Enligt vår mening finns det inte anledning att göra avsteg från denna princip för det fall som föreligger till bedömande i förevarande mål. Bestämmelsen i 14 § första stycket semesterlagen bör därför ges den innebörd som framgår av dess ordalag och som inte motsägs av förarbetena till den, nämligen att förbudet för arbetsgivarvidan att lägga ut arbetstagarens semesterledighet utan dennes medgivande gäller bara under den uppsägningstid som följer av 11 § anställningsskyddslagen eller tillämpligt kollektivavtal."

Majoriteten ägnade stor uppmärksamhet åt lagtext och förarbeten. Den var också beredd att beakta konsekvenser. Ställningstagandet kan sägas peka mot ett beaktande av lagstiftarens ändamål med reglerna och samtidigt ett beaktande av konsekvenser.

Minoriteten tillade lagtextens ordalydelse en helt annan vikt än majoriteten.

I AD 8/82 tillade v. ordf. Nilsson lagtextens ordalydelse avgörande vikt. "Eftersom lagtexten...inte ger utrymme för en tolkning som leder till att landstinget borde ha påkallat förhandling innan skolstyrelsen avgav sitt förord, finns det i detta läge inte någon möjlighet att komma till rätta med problemet i rättstillämpningen."

I AD 32/82 valde en minoritet (v. ordf. Ekman och två arbetstagarledamö-

ter) en argumentation som skilde sig radikalt från majoritetens. Den verksamhet som skulle bedrivas i de aktuella studiecirkelarna betraktades som utbildning. Man tycks överhuvudtaget inte ha intresserat sig för någon lagstiftaravsikt. Inga förarbeten åberopades. Utgångspunkten för minoriteten var vad som enligt deras uppfattning karaktäriserar all utbildning, nämligen kunskapsförmedling. Man talade också om vad som "normalt" är att anse som utbildning. Man förefaller ha orienterat sig mot vad som brukar betecknas som normalt språkbruk. Målet med utbildningen framställdes som irrelevant. När man genom en granskning av studiematerialet blivit övertygad om att den övervägande delen av cirkeltiden skulle ägnas åt kunskapsförmedling drogs slutsatsen att det var fråga om utbildning i studieledighetslagens mening.

Minoriteten valde att göra en språklig tolkning av lagtexten och lägga resultatet av den till grund för ställningstagandet i målet.

I AD 118/79 fäste en minoritet bestående av "tredje mannen" Axel Wallén och två arbetsgivarledamöter avgörande vikt vid lagtextens ordalydelse. Två typer av innebörder urskildes: a) Innebörden enligt "normalt språkbruk". För normalt språkbruk ansågs det vara främmande att beteckna beslut om chefstillsättning som en förändring i arbetsgivarens verksamhet. b) Innebörden "med hänsyn till vad som anföres i lagens förarbeten". Lagstiftarens tystnad tolkades. Det konstaterades att förarbetena dels "inte innehåller något uttalande som löser den aktuella frågan" (proposition och kommittébetänkande) dels att där "inte gjorts något uttalande som är av intresse i sammanhanget" (lagrådet och riksdagen). I propositionens specialmotivering till 2 § hade departementschefen "tangerat den i målet aktuella frågeställningen". Uttalandena där ansågs dock på angivna skäl inte tillåta några särskilda slutsatser. Betydelsen av förarbetena till 2 § var emellertid inte uttömd därmed. Senare i domskälen togs däri gjorda uttalanden till intäkt för att den i målet aktuella problematiken ändå diskuterats under lagstiftningsarbetet. Lagstiftarens tystnad i fråga om chefstillsättningar gavs en helt annan innebörd än hos majoriteten. Den diskuterades ingående tillsammans med en exemplifierande uppräkningslista av förhandlingssituationer, vilket ledde fram till ståndpunkten att om lagstiftaren hade avsett att chefstillsättningar skulle omfattas av 11 § så skulle det ha sagts ut i förarbetena.

Hänvisningen till lagtextens lydelse kombinerades med ett resonemang främst rörande lagstiftarens tystnad.

I AD 72/80 genomförde minoriteten ("tredje mannen" Sven Hugo Ryman och två arbetsgivarledamöter) följande argumentation. 1. Lagtexten, "[b]estämmelsens ordalydelse", tolkades utifrån "normalt språkbruk". Uttrycket "viktigare förändring av arbetsgivarens verksamhet" förde närmast tanken till "objektivt konstaterbara verksamhetsförändringar". 2. Lagens förarbeten. a) Karaktären av de där angivna exemplen på vad som

avsågs med viktigare förändring av verksamheten tillmättes ”stor vikt” vid tolkningen. Exempelen var ”så många och varierande att de måste antas vara avsedda att i allt väsentligt täcka området för arbetsgivarens primära förhandlingsskyldighet” (jfr med hur majoriteten behandlade samma uppräkningsfrågor, bostadsfrågor och sociala frågor i övrigt”. De avsåg, ”sedda i sitt sammanhang”, förändringar av företagets personalpolitik på angivna områden. Exemplet ”rekryteringsprinciper” ägnades särskilt intresse. ”Det hade varit naturligt att i denna breda uppräkningsfråga som tillsättning av chefer”. Att detta inte skett ansågs närmast tyda på att lagstiftaren inte avsett att frågan skulle omfattas av den primära förhandlingsskyldigheten. Förarbetena förefaller tolkas *e contrario*. c) Det nyss sagda är minoritetens bedömning av det förhållandet att frågan om chefstillsättning inte nämns som omfattad av förhandlingsskyldigheten. I förarbetena finns inte heller något uttalande *mot* att chefsutnämningar skulle omfattas av förhandlingsskyldigheten. Vilken slutsats borde dras av denna avsaknad av uttalanden både i positiv och negativ riktning – denna tystnad – i fråga om chefstillsättningar? i) Man beaktade dels att rekryteringsfrågor i vidsträckt mening kan regleras i kollektivavtal dels 12 § MBL som fångar upp vad som inte faller under 11 §. ii) Man påpekade att det är ”klart att ämnet inte varit i blickpunkten vid uppbyggnaden av det system för medinflytande som arbetstagar sidan tillerkänts genom [MBL]”. iii) Skyldigheten för arbetsgivaren att primärförhandla utgör tyngdpunkten i MBLs regelsystem om medinflytande för arbetstagar sidan när det gäller företags- och arbetsledningsområdet – och dit hör chefstillsättningsfrågorna. En primär förhandlingsskyldighet om chefstillsättning innebär en långtgående förpliktelse och en generell förhandlingsskyldighet här skulle medföra ”speciella problem”, vilket ledde fram till ”den samlade bedömningen...att det inte rimligen bör komma i fråga att ålägga arbetsgivar sidan sådan skyldighet i avsaknad av stöd härför i lagtexten och utan att frågan behandlats närmare i lagens förarbeten.”

Stort avseende fästes vid lagtextens ordalydelse. Samtidigt underkastades förarbetena en mycket noggrann granskning.

I några fall bestod en lagtextorienterad minoritet av enbart partsledamöter.

I AD 87/83 valde en minoritet bestående av två arbetstagarledamöter att göra en renodlat språklig tolkning. Det ”eller” som förekommer i den tillämpliga bestämmelsen ansågs ge arbetsgivaren två alternativ i samband med utövandet av bestämmanderätten. Ledigheten skulle förläggas antingen till arbetsdagens början eller till dess slut. Något tredje alternativ ges inte i lagtexten.

Något skäl till varför man valde det uteslutande eller angavs inte. En annan möjlig tolkning hade varit att ledigheten inte fick förläggas till annan tid än arbetsdagens början eller slut, men att arbetsgivaren hade fria händer inom den ramen. Det hade dock lett till samma resultat som majoritetens tolkning.

AD 83/77 (Lind) En facklig organisation (A) varslade om stridsåtgärder och lät sedan stridsåtgärder av, vad man hävdade, mindre omfattning än de varslade träda i kraft. Motparten (B) hävdade att stridsåtgärder till art och omfattning avvek från de varslade och att avvikelserna innebar ett brott mot 45 § MBL, som föreskriver varsel innan stridsåtgärd vidtas eller *utvidgas*. Arbetsdomstolen fann – efter konstaterande att ändringarna förtryckt Bs planeringsarbete och medfört svårigheter av olika slag för B – i ett interimistiskt beslut att de pågående stridsåtgärder i fråga om omfattning, karaktär och inriktning skilde sig på sådant sätt från de varslade att det innebar ett brott mot 45 § MBL. Majoriteten tog inte uttrycklig ställning till om det var fråga om en begränsning av stridsåtgärder omfattning.

En minoritet av arbetstagarledamöter utgick från att en begränsning av stridsåtgärder hade skett och hävdade att 45 § MBL inte kunde antas lägga hinder i vägen för en part att utan nytt varsel begränsa omfattningen av varslad stridsåtgärd. Till stöd för sin lagtolkning anfördes dels lagtextens avfattning dels en önskvärd konsekvens av tolkningen: en konflikt blir mindre tillspetsad, vilket antogs underlätta förlikningsinsatser.

Även om konsekvensen av en viss lagtolkning beaktades av minoriteten förefaller det ändå ha funnits ett betydande inslag av lagtextorientering i ställningstagandet. Lagtextens ordalydelse tillmättes avsevärd vikt.

I ett antal fall har arbetsgivarledamöter i minoritetsställning valt att framhäva lagtextens betydelse.

I AD 194/77 åberopade en minoritet av två arbetsgivarledamöter i första hand "lagens klara ordalydelse". Man hävdade att endast själva överenskomsten hade åberopats. När det gällde lagstiftarens förmenta avsikter med avseende på förhandlingsprotokoll, sades dessa vara "en särskild typ av handlingar, såtillvida att de normalt är gemensamt upprättade av parterna och att båda har tillgång till dem". Det förmodades att förhandlingsprotokoll "sannolikt till följd härav" inte "torde... ha varit föremål för lagstiftarens uppmärksamhet". Det ansågs under alla omständigheter klart, "att situationer av det nu aktuella slaget...ej varit åsyftade vid bestämmelsens tillkomst". Resonemanget innehåller också följande argumentation: Eftersom ingendera av två konkurrerande organisationer har laglig rätt att avtvinga den andra material så ska det inte kunna framtvingas på en omväg via motparts editionsplikt. Det vore "olyckligt". Här framhölls alltså konsekvenserna av en viss tolkning. Konsekvenserna sammanställdes med lagstiftaravsikten. Det ansågs inte ha kunnat vara lagstiftarens avsikt att öppna den påpekade möjligheten och då kunde det inte heller ha präglat hans grundsyn.

Lagens klara ordalydelse, lagstiftaravsikten samt ett beaktande av konsekvenser ansågs alltså peka i samma riktning. Mot denna argumentering stod majoritetens bedömning att ”den grundsyn som präglar medbestämmandelagens informationsregler” talade för en annan utgång än den av minoriteten förespråkade.

I AD 165/78 rörande vissa sommargårdsarbetares skyddsombud, tog en minoritet (två arbetsgivarledamöter) sin utgångspunkt i ”själva lagtextens avfattning”. Lagtexten rörde bestående arbetsgivar- och arbetstagarförhållanden. Varken lagtext eller förarbeten tog sikte på den typ av situationer som här var aktuella. Ingen rättspraxis fanns till stöd för arbetstagsidans uppfattning. Man pekade också på betydande praktiska svårigheter som skulle kunna uppkomma med en vidsträckt tolkning. Förarbetena användes på ett helt annat sätt än av majoriteten. Tystnaden beträffande den typ av situationer som var aktuell i målet framhölls.

Även här återopades andra omständigheter till stöd för tolkningen än lagtextens ordalydelse, bl.a. effekterna av en vidsträckt tolkning.

I AD 149/79 argumenterade en skiljaktig arbetsgivarledamot i följande led. 1. Lagtexten. Det var främmande för normalt språkbruk att beteckna beslut att anta en budget som en förändring av verksamheten. 2. Förarbetena. Förarbetenas exemplifiering av förhandlingssituationer och de syften som enligt förarbetena ligger bakom den primära förhandlingsskyldigheten gav inget stöd för förhandlingsskyldighet (lagstiftarens avsikt). Senare anfördes att en sådan skulle strida mot statsministerns synsätt i inledningsanförandet till MBL-propositionen (sannolikt avses synpunkter rörande en befarad byråkratisering av företagens beslutsfattande). 3. Effekter. Det vore opraktiskt och onödigt betungande. Det skulle få vissa svåröverskådliga följdverkningar. 4. Systematik. Förhandlingsskyldighet skulle inte heller gå ihop med MBLs förhandlingsordning.

Orienteringen mot lagtexten kombinerades här med argument av annan typ, främst av objektiv karaktär.

I AD 8/82 delade en minoritet av arbetsgivarledamöter i det stora hela v ord för Nilssons synpunkter. Man beskrev majoritetens lagtolkning som extensiv och förespråkade en tolkning ”enligt ordalydelsen”.²⁹⁶

²⁹⁶ Enligt min terminologi föreligger inte någon motsättning mellan extensiv tolkning och tolkning enligt ordalydelsen. Extensiv tolkning ligger inom lagtextens betydelseområde. Arbetsgivarledamöternas sätt att uttrycka sig på talar närmast för att man ansett majoriteten hamna utanför betydelseområdet för 11 §. Jag uppfattar emellertid majoritetens ståndpunkt som att man tolkar arbetsgivarbegreppet extensivt.

Den ovan gjorda genomgången av domsmaterial ska läggas till grund för ett antal *slutsatser* rörande inom arbetsdomstolen förekommande rätts-tillämpningsvärderingar.

Det förekom uttryck för en renodlad lagtextorientering. Det förefaller dock ha varit en relativt ovanlig position i arbetsdomstolen i samband med lagtolkning. Den framstår främst som en minoritetsposition. Som klart uttryck för ett ställningstagande i metanormsfrågan förekom den endast ett fåtal gånger, t.ex. i AD 8/82 och 32/82.

Olika ledamöter kunde i samma mål inta helt olika positioner till den viktiga frågan om betydelsen av en klar ordalydelse i lagtexten.

I vissa sammanhang ingick betonandet av lagtextens ordalydelse i en argumentation som föreföll huvudsakligen inriktad mot att uppnå ett visst resultat av beslutsfattandet – främst då partsrepresentanter var inblandade, AD 83/77, 194/77, 165/78, 118/79, 149/79, 72/80, 8/82 och 87/83. Sigemans påpekande, att när det förekommit olika meningar i domstolen, har arbetsgivarledamöterna nästan undantagslöst röstat för en utgång som varit gynnsammare för den arbetsgivare som fört talan och arbetstagarledamöterna för en utgång som varit gynnsammare för arbetstagar sidan, motsägs inte av de i avsnittet redovisade uttalandena.²⁹⁷

I de refererade domarna finns klara tendenser till en objektiv lagtolkningsmetod. I flera fall var man beredd att bortse från eventuella lagstiftaravsikter. Beaktandet av lagtextens ordalydelse och konsekvenserna av beslutsfattandet var inslag som pekade i den riktningen.

4.2.2 Orientering mot en lagstiftaravsikt

4.2.2.1 Inledning

Den i kap 3 angivna andra huvudformen av lagstiftarorientering är den som i samband med lagtolkning fokuserar lagstiftaravsikten. Lagstiftaren har beslutat om lagtexten. Vad lagstiftaren avsett borde, kunde det tyckas, framgå av den. Ibland är det också fallet, som i AD 124/81, där själva syftet med reglerna ansågs framgå redan av lagtexten (s 700). I många fall måste man dock gå vidare för att få underlag för ett ställningstagande i tolkningsfrågan.

I AD 143/84 skulle avgöras huruvida en kooperativ förening (A) som beslutat att genom fusion uppgå i en annan kooperativ förening brutit mot 11 § MBL genom att inte i rätt tid påkalla och genomföra förhandlingar med

²⁹⁷ Sigeman 1997a, s. 84. Se vidare i 11.3.3.

vissa arbetstagarorganisationer (B). B hävdade att fusionen innebar en sådan viktigare förändring som avses i 11 § MBL. A invände att fusionsfrågan omfattades av undantagsbestämmelsen i 2 § MBL och att därför någon förhandlingsskyldighet inte förelegat. För att få en bild av syftet med och innebörden av undantagsbestämmelsen i 2 § gjordes en genomgång av förarbetena, varvid arbetsdomstolen fick en "ganska klar" bild av det allmänna synsättet bakom undantagsbestämmelsen i 2 § och den åsyftade innebörden av bestämmelsen.²⁹⁸

Det undersökta materialet utpekar två aspekter som i stort sett fångar in vad domstolen intresserat sig för i samband med hänvisningar till en lagstiftaravsikt. Den ena gäller avsedd språklig mening, den andra avsett ändamål.²⁹⁹ Att därvid förarbetsmaterial spelar en viktig roll framgår av det undersökta materialet.³⁰⁰

AD 87/83 (Lind) rörde tillämpning av 8 § föräldraledighetslagen. Den formulering som underkastades tolkning var bestämmelsen i 8 § andra stycket sista punkten: "Arbetsgivaren får... ej utan arbetstagarens samtycke förlägga ledigheten till annan tid än arbetsdagens början eller slut". Två arbetstagare begärde med stöd av lagen förkortning av arbetstiden till tre fjärdedelar av den normala arbetstiden på åtta timmar. Ledigheten på två timmar skulle tas ut med två timmar varje arbetsdag och förläggas antingen till arbetsdagens början eller dess slut. Arbetsgivaren ville i stället att ledigheten skulle tas ut med en timme vid arbetsdagens början och en timme vid dess slut. En majoritet av ledamöterna utgick i sin tolkning av lagtexten från uttrycket "ledigheten" och menade att det kunde uppfattas på två olika sätt. Om det uppfattades som avseende "hela den tid arbetstagaren skall ha ledigt" så skulle det innebära att hela den lediga tiden förlades antingen till arbetsdagens början eller till dess slut. Men det kunde också uppfattas som "ledig tid" innebärande att man inte tagit ställning till om den lediga tiden måste hållas samman i ett enda block. Den senare tolkningen skulle innebära en möjlighet för

²⁹⁸ Det förekommer också att domstolen hänvisar till tidigare praxis för att klargöra syftet med bestämmelser. Se t.ex. AD 127/77, s. 927. Ibland anges syftet med formuleringar som i stort sett oförändrade hämtas från tidigare rättsfall, se t.ex. AD 129/86, 73/87 och 42/89. Andra gånger görs en förnyad genomgång av förarbetena, t.ex. AD 40/89: "Trots att motivuttalandena redan har uppmärksammats i rättspraxis kan det finnas skäl att inledningsvis något erinra om de överväganden som ligger bakom den nu aktuella bestämmelsen."

²⁹⁹ Jfr Adams & Brownsword 1992, s. 86f: "And, does intent relate to the meaning of the text or to the purpose of the legislation...?" Se också MacCallum s. 760. I Strömholm 1996, s. 369, noteras skillnaden mellan innebörd och ändamål.

³⁰⁰ Jfr Strömholm 1996, s. 454. Om förarbeten allmänt se t.ex. a. a. s. 358ff. Ibland fastslås lagstiftaravsikten utan angivande av källa. För exempel se AD 6/82, 34/82, 100/82, 140/82, 87/83, 110/83, 123/84, 9/87, och 129/89 och Rimsten 1993a, s. 67. Den situationen behandlas inte i det följande.

arbetsgivaren att förlägga ledig tid till både arbetsdagens början och till dess slut. Det förelåg alltså två tolkningsalternativ med avseende på termen "ledighet". Vilket skulle väljas? En omständighet av betydelse för majoriteten var lagtextens utformning. Den ansågs inte ge ett klart och entydigt besked om att arbetsgivaren varit förhindrad att dela upp ledigheten på det sätt som skett (huvudregeln är den att arbetsgivaren bestämmer om förläggningen av den lediga tiden under arbetsdagen). En annan omständighet av betydelse var att syftet, så som det anges i förarbetena, med reglerna om förkortning av arbetstiden (bl a att minska den tid som barnen befinner sig på dagis el likn) tillgodosågs med båda tolkningarna. När varken den språkliga tolkningen eller syftet med regeln gav utslag till förmån för en viss tolkning valde majoriteten att uppmärksamma lagtextens utformning. Hade lagstiftaren avsett några begränsningar av arbetsgivarens bestämmanderätt skulle han ha givit klart uttryck för det. Med den utformning lagreglerna fått kunde det krävas av lagstiftaren att han angett en sådan begränsning som diskuterades i målet om den varit avsedd.

Meningsfrågan rörde den språkliga innebörden av en formulering medan ändamålsfrågan rörde de effekter, det tillstånd inom ett visst samhällsområde, som skulle uppnås. Det får nog anses framgå av motiveringen att *om* den ena tolkningen tillgodosett syftet med reglerna bättre än den andra så hade den förstnämnda valts. Och då hade utgången kunnat bli den motsatta.

4.2.2.2 Lagstiftaravsikt *m a p* den språkliga betydelsen

I åtskilliga fall fastställdes den språkliga innebörden av i lagtext använda uttryck genom hänvisning till *lagtext och förarbeten*.

I AD 4/87 (Bergqvist) fastställdes den språkliga innebörden av vissa i lagtext använda uttryck (främst "facklig verksamhet") genom en "samlad läsning av lagtexten i förening med hithörande motiv" (s 59).

AD 140/84 (Stark) I domen tolkades bl.a. uttrycket i 4 § 1 i jämställdhetslagen "arbete, som enligt kollektivavtal eller praxis inom verksamhetsområdet är att betrakta som lika". Tvisten i målet gällde om vissa arbeten kunde betraktas som lika. En majoritet fann att förarbetena innehöll ganska klara anvisningar för hur likhetsprövningen skulle genomföras, men att bilden komplicerades av lagtextens utformning. Efter ordalagen befanns lagtexten närmast vara att uppfatta på ett visst sätt. Samtidigt förlåg, enligt majoriteten, goda skäl för att inte uppfatta lagtexten på detta sätt. Som skäl för den senare uppfattningen angavs för det första konsekvenserna av tolkningen (om lagtexten tolkades precis efter ordalagen skulle förbudet mot lönediskriminering få synnerligen liten betydelse). Ett andra skäl var att det i förarbetena saknades "konkret stöd för att lagtexten skulle ha den innebörd som

lagtextens ordalag ger intryck av”. Man tolkade lagregeln ”utan sträng bundenhet till ordalagen”.

Majoritetens formulering skulle kunna uppfattas som ett uttryck för att en lagtexts innebörd ska s. a. s. konfirmeras i förarbetena för att den ska ha någon rättslig betydelse. Men de två skälen sammantagna skulle i stället kunna läsas så att om det hade konfirmerats i förarbetena att lagtexten verkligen skulle ”tas på orden” då hade det inte spelat någon roll om konsekvenserna hade blivit de ena eller de andra.

AD 7/75 (Stark). Tvisten gällde rätten till ersättning för en facklig förtroendemans för sammanträden som helt eller delvis hållits utanför tid då förtroendemannen skulle ha utfört arbete åt företaget. Arbetsgivarparten yrkade arbetsdomstolens förklaring att förtroendemannen hade rätt till anställningsförmåner endast för sådan facklig verksamhet som ägt rum under tid då han annars skulle ha utfört arbete åt företaget. Som grund för talan åberopades 7 § FML i dess dåvarande lydelse: ”Vid ledighet som avser den fackliga verksamheten på arbetsplatsen skall facklig förtroendeman ha rätt till bibehållna anställningsförmåner.” Bestämmelsen borde enligt arbetsgivarparten uppfattas så att rätt till ersättning för inkomstbortfall förelåg endast för tid då arbete annars skulle ha utförts. Facklig verksamhet som utförts på förtroendemannens fritid ankom enligt det synsättet inte på arbetsgivaren att ersätta. Arbetstagarparten hävdade, att facklig verksamhet som berörde förhållandena på arbetsplatsen skulle få utföras på betald tid. Om arbetsgivaren föränledde att fackliga förhandlingar och sammanträden förlades till annan tid än sådan då arbete skulle ha utförts, skulle den jämföras med arbetad tid. En majoritet och en minoritet inriktade sig båda på lagstiftarens avsikt med bestämmelserna – men drog olika slutsatser av lagtext och förarbetsuttalanden. Majoriteten tolkade först bestämmelsen i 6 § första stycket FML: ”Facklig förtroendeman har rätt till den ledighet som fordras för det fackliga uppdraget.” Var det bara en regel om rätt till befrielse från annars föreliggande arbetsskyldighet eller var avsikten med bestämmelsen dessutom att uttrycka att det fackliga arbetet i princip skulle förläggas till tid då arbete annars skulle ha utförts? Utgångspunkten togs i lagtextens ordalag. Uttrycket ”rätt till ledighet” samt anknytande bestämmelser i vissa angivna lagrum gav vid handen att man enbart avsett en regel om befrielse från annars föreliggande arbetsskyldighet. Det intrycket sammanställdes med förarbetena. De ansågs inte ge stöd för att bestämmelsen hade ett vidare syfte än att avse rätten till befrielse från annars föreliggande arbetsskyldighet. Även i fråga om 7 § första stycket utgick majoriteten från lagtextens ordalydelse. Lagtexten gav inte något stöd för ersättning till förtroendemannen för facklig verksamhet som ägde rum under tid då förtroendemannen annars inte skulle ha varit i arbete. Man kunde inte heller av förarbetena ”i allmänhet” utläsa att avsikten varit att sådan ersättning skulle kunna komma ifråga. Det fanns visserligen i propositionen ett uttalande av innebörd att

ersättning skulle utgå för vissa merkostnader som föranletts av ledighetens förläggning. Uttalandet befanns emellertid alltför oklart för att läggas till grund för en annan bedömning än den som utpekades av lagtext och förarbetena i allmänhet – detta trots att ”övervägande skäl” i och för sig talade för att uttalandet var att uppfatta som ett stöd för arbetstagaransidans uppfattning. Det tillmättes – med hänsyn till omständigheterna³⁰¹ – inte ”avgörande betydelse” mot ”lagens klara ordalag”.

Utgångspunkten togs i lagtextens ordalag. Den språkliga tolkningen av uttrycket ”ledighet” förde till uppfattningen att det var ”tid då arbete annars skulle ha utförts”. Ett annat i bestämmelsen förekommande uttryck, ”bibehållna anställningsförmåner”, förstärkte det intrycket. En svårighet när det gällde att fastställa ”avsikten” (s 70) med bestämmelsen var att förarbetena inte ansågs entydiga. Förarbetena ”i allmänhet” befanns tala för en viss avsikt. Ett annat uttalande, stridande mot det första, tillmättes – på grund av viss oklarhet – inte avgörande betydelse mot lagens klara ordalag – detta trots att man fann övervägande skäl i och för sig tala för att det kunde uppfattas som ett stöd för en annan lagstiftaravsikt. Den på ordalagen i lagtexten grundade tolkningen konsoliderades med propositionsuttalanden.³⁰²

AD 21/82 (Lind) Tvisten gällde frågan om krav på ersättning enligt 1949 års lag om rätten till arbetstagarers uppfinningar omfattades av 35 § MBL (”rättstvist om lön eller annan ersättning”). Arbetsgiversidan hävdade att det inte kunde ha varit lagstiftarens avsikt att så skulle vara fallet. Vid genomgång av förarbetena fann domstolen, att 35 § MBL i lagrådsremissen hade innehållit formuleringen att paragrafen gällde ”tvist om tillämpning av avtal om lön eller annan ersättning”. Departementschefen hade gjort uttalanden som tydde på att han främst tänkt på lön och andra ekonomiska förmåner för arbetstagare *på grund av avtal* med arbetsgivaren. Lagrådet hade emellertid vid sin behandling av lagstiftningsärendet antagit, att syftet med 35 § MBL hade varit att låta den omfatta alla rättstvister som rörde arbetstagarers anspråk på lön eller annan ersättning oavsett om anspråket grundades på avtal eller på lag. På förslag av lagrådet hade uttrycket ”tvist om tillämpning av avtal” bytts ut mot ”rättstvist”, vilket var bakgrunden till lagtextens nuvarande lydelse. Arbetsdomstolen uppfattade syftet med lagrådets ändringsförslag som att det ville klargöra att paragrafen skulle gälla även anspråk på ersättning som grundas på lag. Det fanns inte i förarbetena någon antydning om att man här gjort någon åtskillnad mellan olika lagar. Lagtexten ansågs helt entydigt omfatta de nämnda rättstvisterna oavsett om tvisten grundades på lag eller på avtal. Domstolens slutsats blev att det inte fanns någon möj-

³⁰¹ Här måste avses de omständigheter som gjorde uttalandet oklart.

³⁰² Domen kommenteras i AD 41/96

lighet att vid rättstillämpningen begränsa paragrafens tillämpningsområde på det sätt som arbetsgivarparten förespråkade i målet.

Lagtext och förarbeten pekade i samma riktning, vilket av domstolens uttalanden att döma, skapade en känsla av stark bundenhet. Det kan tyckas att utgången var anmärkningsvärd och att starka skäl talade för en restriktiv tolkning av bestämmelsen. En starkare konsekvensorientering inom domstolen kunde ha medfört en motsatt utgång.

I AD 2/83 (Stark) hade en facklig organisation (SIF) lagt in veto mot en av en arbetsgivare tilltänkt åtgärd. Tvisten gällde om förutsättningar för vetot enligt 39 § MBL varit för handen. Bakgrunden till tvisten var att Sveriges Television AB (SVTVAB) avsett att producera tv – program i samarbete med ett annat företag. Samproduktionen skulle stödjas ekonomiskt av en svensk myndighet. Med anledning av det tilltänkta arrangemanget påkallade SVTVAB förhandlingar enligt 38 § MBL med SIF. SIF motsatte sig samproduktionen och lade in veto med motiveringen att det var oförenligt med bestämmelserna om opartiskhet i radiolagen och i det mellan parterna gällande kollektivavtalet att finansiera produktionen med medel från utomstående företag eller institutioner. Arbetsgiversidans främsta invändning var att vetorätt överhuvudtaget inte kunde utövas i en situation när det påstådda lagstridiga handlandet gällde en lag av radiolagens karaktär. När det i 39 § MBL talades om ”lag” avsågs endast lagar med arbetsrättslig anknytning eller skattelag. SIF hävdade att det inte fanns någon sådan begränsning i tillämpningsområdet för vetoreglerna. Arbetsdomstolen ställde sig frågan om vetoreglernas tillämpningsområde var ”principiellt sett” avgränsat till att gälla något visst slag av lagstiftning. Ändamålet med den fackliga vetorätten fastställdes: att komma till rätta med en viss typ av problem. Därefter undersöktes – med hjälp av uttalanden i propositionen till MBL – lagstiftarens avsikt i fråga om reglernas tillämpningsområde. Domstolen fann inte någon avsikt att göra en principiell avgränsning till något visst slag av lagstiftning. Ståndpunkten vann stöd i lydelsen av 39 § MBL som inte gav ”minsta stöd för att en sådan avgränsning skulle ha varit åsyftad”. En annan fråga var om vetorättens tillämpningsområde saknade gräns i fråga om typ av lagstiftning. Här blev argumenteringen textorienterad. Lagens ordalydelse ”...antagas medföra åsidosättande av lag eller kollektivavtal...” togs till utgångspunkt för argumenteringen. Även om vetoreglernas tillämpningsområde inte skulle anses begränsade till en viss typ av lagstiftning så innebar det inte att detta område skulle sakna gräns. Hur skulle den gränsen fastställas? En inledning till svaret var beskedet att vetorättens avgränsning inte kunde avgöras med utgångspunkt ”direkt från karaktären hos den lag som blir aktuell”. I stället skulle ”de övriga förutsättningar för vetorättens utövande som uttrycks i eller eljest får anses följa av 39 § medbestämmandelagen” avgöra tillämpningsområdet. Domstolen fann det framgå av lagtexten att lag- eller kollektivavtalsbrottet skulle ”vara en följd av just denna åtgärd”.

Brottet måste vara knutet till "själva det förhållandet att arbetsgivaren anlitat ej anställd arbetskraft i stället för anställd...eller till vad som har omedelbart samband med detta eller med uppdragsförhållandet i övrigt...". Om detta samband mellan åtgärd och lag- eller avtalsbrott inte var för handen saknades en förutsättning för att vetorätt skulle föreligga.

Synpunkter rörande ändamål och tillämpningsområde blandades. Övervägandena ger intryck av att till väsentlig del röra tillämpningsområdet med utgångspunkt från lagregelns språkliga betydelseområde. Avsikten ställdes mot lagtextens ordalydelse, varvid ingen motsättning befanns föreligga.

Ibland fastställdes avsedd språklig innebörd främst med hänvisning till *förarbeten*.

I AD 4/84 (Lind) avgjordes om Mjällom och Nordingrå Vallen i Kramfors kommun skulle anses vara en ort eller två skilda orter vid tillämpning av 22 § LAS. Domstolen uttalade att den hade att genomföra "en renodlad lagtolkning" och att den skulle ske "på sedvanligt sätt". Själva lagtexten gav "inte någon preciserad vägledning". Vissa slutsatser drogs av uttalanden i förarbetena om huruvida lagstiftaren hade avsett att Ortsbegreppet skulle vara vidsträckt eller mer begränsat. Det skulle i varje fall inte ges någon vidsträckt innebörd.

Den språkliga innebörden av termen "ort" fastställdes främst med hjälp av uttalanden i förarbetena.

AD 45/78 (Stark) Ordet "kortvarig" i 38 § MBL tolkades. Det gällde att fastställa om ett visst arbete (10 arbetsdagar för sju man) skulle bedömas som kortvarigt "i lagens mening" (s 369), alltså den avsedda språkliga innebörden. Själva ordet kortvarig sades föra tanken till att det endast skulle vara arbetets utsträckning i tiden som åsyftades. I motiven anknyts emellertid till andra omständigheter än tiden, vilket ansågs göra det befogat att inte bara se till tidsfaktorn. Sålunda beaktades arbetets omfattning i övrigt och även att arbetet ingick som en del i ett större ombyggnadsarbete som utfördes av det förhandlingsskyldiga bolagets egen personal.

Domstolens ambition att fastställa den som avsedd uppfattade innebörden ledde – med hänvisning till förarbetsuttalanden – till en extension av betydelseområdet för "kortvarig" som knappast har någon motsvarighet i vanligt språkbruk.

I AD 33/82 (Lind) tolkades uttrycket "åtgärd" i 8 § MBL. Bakgrunden till bestämmelsen finns i 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt i den lydelse lagen fick genom lagändring år 1940. I betänkandet med förslag till sistnämnda ändringar uttalade den sakkunnige beträffande "åtgärd" att en

verklig åtgärd skulle ha vidtagits. Bara yttranden av en arbetsgivare, varigenom hans motvilja mot arbetstagarnas organisationsförhållanden kommit till uttryck, skulle inte utgöra en föreningsrättskränkning. Förslaget godtogs under den fortsatta behandlingen av lagstiftningsärendet. Av praxis ansågs framgå, att en arbetsgivare inte gör sig skyldig till någon föreningsrättskränkning enbart genom allmänt kritiska uttalanden mot den fackliga organisationen. ARK framhåller i sitt betänkande att enbart en uttalad negativ åsikt om t.ex. någons fackliga verksamhet eller medlemskap i förening inte utgör föreningsrättskränkning. Efter genomgång av förarbeten och rättspraxis ansåg domstolen sig ha stöd för uppfattningen att en föreningsrättskränkande åtgärd måste innefatta "en aktivitet i form av konkreta åtgärder av mer direkt slag än att arbetsgivaren endast uttrycker en åsikt".

Den språkliga innebörden av uttrycket "åtgärd" kommenterades främst utifrån förarbetsuttalanden.

I AD 51/82 (Stark) hade en anställd slutat sin anställning efter uppsägning på grund av arbetsbrist. Inom ett år efter anställningens upphörande utannonserade arbetsgivaren en ledig tjänst. Enligt 25 § LAS har arbetstagare som blivit uppsagd på grund av arbetsbrist företrädesrätt till ny anställning till dess att ett år förflutit från anställningens upphörande. Parterna i målet tvistade om innebörden av tidsbegränsningen. Arbetstagsarsidan ansåg att företrädesrätt förelåg till varje anställning som utannonserats som ledig inom ettårstiden. Arbetsgivarsidan hävdade i stället att företrädesrätten gällde endast anställningar som tillsattes under ettårstiden. Domstolen uttalade att arbetsgivaren inte fullgjort sina skyldigheter enligt lagen om han, efter att ha ledigförklarat anställningen innan ettårstidens utgång, tillsatte anställningen med annan sökande. Det främsta argumentet för ställningstagandet var ett uttalande i propositionen till lagen där det sägs att det är tillräckligt för företrädesrätt att arbetsgivaren "lämnar erbjudande" om ny anställning inom ettårsfristen. Det sägs sakna betydelse om det nya anställningsavtalet ska ingås eller den nya anställningen tillträdas mer än ett år efter det att den tidigare anställningen upphörde. Tolkningen ansågs väl förenlig med lagtextens ordalydelse. En påtalad negativ effekt av tolkningen lämnades utan avseende: "Detta är dock något som får godtagas."

Den språkliga innebörden av en bestämmelse fastställdes med hjälp av uttalanden i förarbetena till lagen.

Frågan om huruvida en bestämmelse skulle ges en vidsträckt eller snäv tillämpning påverkades i viss utsträckning av förarbetsuttalanden.

I AD 32/82 (Bouvin) tolkades termen "utbildning". Tvisten i målet gällde om en viss studiecirkel som bedrevs under arbetstid utgjorde utbildning i studieledighetslagens mening. En majoritet i domstolen utgick från vad som skulle anses vara utbildning "i lagens mening". Med hjälp av förarbetena till

lagen kom man fram till bl.a. att ingen begränsning av utbildningens art och karaktär var avsedd, att lagen tillkommit främst för att arbetstagare med bristfällig utbildning ska få undergå vuxenutbildning samt att det – för att lagen ska vara tillämplig – ska vara fråga om planmässig verksamhet, bestämd i fråga om uppläggning och organisation samt med huvudsakligt syfte att förmedla kunskaper och insikter. Därefter gick domstolen in på frågan om huruvida det för den aktuella cirkeln uttalade utbildningsmålet skulle leda till att den skulle bedömas som något annat än utbildning. Det hade i målet gjorts gällande att syftet med cirkelverksamheten närmast var att betrakta som opinions – och agitationsverksamhet. Efter en genomgång av material rörande cirkeln kom arbetsdomstolen fram till att där fanns så starka inslag av opinionsbildande verksamhet att den inte kunde anses syfta till utbildning i studieledighetslagens mening. Den intagna ståndpunkten förankrades i rättskällorna genom en hänvisning till ”det allmänna syfte som enligt förarbetena till lagen” låg bakom lagen: att arbetstagare som har bristfällig utbildning skulle få undergå vuxenutbildning. Syftet framgick av ”framställningar om lagstiftning på området”, remissyttranden och propositionen till studieledighetslagen. Lagstiftarens avsikt antogs inte ha varit att lagen skulle omfatta cirklar av det slag som var aktuella i målet.

Man var inriktad mot lagstiftarens i förarbetena uttryckta avsikt. Det verkar vara en blandning av avsedd språklig innebörd och ändamål med lagen som styrde majoriteten. Uttrycket ”utbildning” gavs, med stöd av uttalanden i förarbetena, en mycket vidsträckt innebörd (”Tydligt är...att någon begränsning av utbildningens art inte är avsedd...”, s. 271).

AD 145/79 (Stark) A gjorde gällande att en arbetsgivare, B, åsidosatt reglerna om företrädesrätt i LAS genom att anställa E, styvson till en delägare och styrelseledamot i B. A ansåg att familjemedlemsundantaget 1 § andra stycket i 1974 års LAS var tillämpligt bara när det förelåg antingen biologiskt släktskap eller någon form av rättsligt förhållande mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Arbetsdomstolen uppmärksammade att det i propositionen till LAS anfördes att motsvarande undantag i annan arbetsrättslig lagstiftning ansetts böra ges en tämligen vidsträckt tolkning och att departementschefen anslutit sig till den vedertagna tolkningen av begreppet familjemedlem. Lagtexten gav inte något stöd för As ståndpunkt i tolkningsfrågan.³⁰³

Ett förarbetsuttalande till förmån för extension vägde tungt.

I AD 94/84 (Stark) G genomgick på föranstaltande av arbetsgivaren S läkarundersökning vid fyra olika tillfällen. I samband med prövningen av om S haft rätt att på sätt som skett påkalla dessa undersökningar tolkades bl.a.

³⁰³ Tolkningen bekräftades i AD 135/82.

uttrycket ”kroppsligt ingrepp” i 2 kap 6 § regeringsformen. Dit räknades inte endast utövande av fysiskt våld mot människokroppen utan även läkarundersökning – inberäknat sådan av psykiatrisk natur. Det ansågs räcka med ett samtal (som med hänsyn till omständigheterna var att betrakta som en medicinsk undersökning) och det spelade ingen roll att det ägt rum under fullständig frivillighet.

Den språkliga innebörden fastställdes med hjälp av förarbetsuttalanden. Tolkningen framstår som kraftigt extenderande.

I AD 223/77 (Wallén) tolkades bestämmelserna i 1 § 1974 års LAS om undantag från lagens tillämpningsområde för arbetstagare med ”företagsledande eller därmed jämförlig ställning”. Undantaget skulle enligt uttryckligt besked i förarbetena ges en snäv tolkning (s. 1423).

Ett besked i förarbetena om att uttrycket skulle ges en snäv tolkning vägde tungt.

Även förarbetena till en annan lag än den som skulle tillämpas kunde ha intresse.

I AD 14/84 (Lind) tillämpades bl.a. en bestämmelse i 25 § andra stycket tredje meningen 1982 års LAS: ”Har under de nu nämnda tidsperioderna företaget eller den del av företaget där verksamheten bedrivs övergått till en ny arbetsgivare, gäller företrädesrätten mot den nye arbetsgivaren.” Arbetsdomstolen fann det inte möjligt att konstruera någon mer absolut rättsregel med hjälp av vilken man skulle kunna avgöra om det var fråga om överlåtelse av en del av företaget eller inte. Man uppmärksammade ett uttalande i propositionen till en helt annan lag (MBL) än den i målet aktuella enligt vilket uttrycket ”företag eller del av företag” inte skulle tolkas alltför strikt.

I AD 55/85 tillämpades en bestämmelse i 14 § första stycket semesterlagen, om att semesterledighet inte får förläggas till uppsägningstid utan arbetstagarens samtycke. Tolkningsfrågan sågs i första hand mot bakgrund av motiveringen till förbudet i semesterlagens förarbeten. Domstolen tvingades konstatera att det fallet att tvist uppkommer om uppsägnings giltighet och att anställningen på grund därav förlängs efter den i uppsägningsbeskedet angivna uppsägningstidens utgång, inte berörs i förarbetena till semesterlagen. Inte heller fann man några uttalanden om innebörden av termen ”uppsägningstid”. Uttrycket ansågs till sin innebörd klart i LAS och där betyda den tid som löper fram till dess anställningen ska upphöra enligt uppsägningsbeskedet. Hur skulle det då till sin innebörd uppfattas när det förekom i semesterlagen och ingenting sades om uttrycket i sistnämnda lags förarbeten? Det ansågs inte finnas någon anledning att anta att lagstiftaren använt uttrycket i någon annan betydelse i 14 § första stycket semesterlagen än i

LAS. Därmed var *den språkliga betydelsen* klarlagd. Språkligt sett betydde lagrummet att förbudet att förlägga semesterledighet gällde den uppsägningstid som framgår av uppsägningsbeskedet.

Utgångspunkten var att ändamålet skulle tillgodoses. Tolkningsfrågan sågs mot bakgrund av motiveringen till förbudet i semesterlagens förarbeten. Men fall av den typ som var aktuell i målet berörs inte i förarbetena. Vid en språklig tolkning av uttrycket "uppsägningstid" i 14 § semesterlagen gick man till LAS där uttrycket också förekommer och konstaterade att det har en klar innebörd där. Efter uttalandet att det inte fanns någon anledning att anta att lagstiftaren använt uttrycket i någon annan betydelse i 14 § första stycket semesterlagen ansågs den språkliga betydelsen av lagrummet vara klarlagd.

Att vid fastställandet av lagreglers språkliga innebörd lagförarbeten i viss utsträckning kom till användning, står i god överensstämmelse med vad som allmänt antagits vara fallet vid tolkning av lag. Därutöver möjliggör genomgången av domsmaterialet följande *slutsatser* rörande inom arbetsdomstolen förekommande rättstillämpningsvärderingar.

Fastställandet av lagstiftarens avsikt i fråga om språklig innebörd skedde ibland genom hänvisning till lagtext och förarbeten, AD 7/75, 21/82, 14/84, 4/87, ibland med hänvisning till enbart (eller främst) förarbeten, AD 223/77, 45/78, 145/79, 32/82, 33/82, 51/82, 4/84, 94/84.

Tolkningen ledde ibland till restriktion, AD 7/75 och 223/77, och andra gånger till extension, AD 45/78, 145/79, 32/82 och 94/84, varvid uttalanden i förarbetena till förmån för restriktion eller extension vägde tungt.

Förarbetsuttalanden kunde föranleda en tolkning av ett i lagregeln använt uttryck som klart avvek från vanligt språkbruk, AD 45/78. Det gavs också exempel på att en klar lagtext som stred mot ett klart förarbetsuttalande inte utan vidare tillmättes större tyngd, AD 7/75 och 140/84.³⁰⁴ I linje härmed ligger ställningstagandet i AD 140/84 att det var tillåtet att tolka en lagregel utan sträng bundenhet till ordalagen. Genomgången ger intrycket att det inte finns någon anledning att skilja mellan lagtextens ordalydelse och förarbetsuttalanden när det gäller tyngden. Det står domstolen fritt att välja att tillägga den ena eller andra rättskällan störst tyngd.

När lagtext och förarbetsuttalanden pekade i samma riktning kunde det emellertid skapa en känsla av stark bundenhet hos domstolen, AD 21/82.

³⁰⁴ Frågan om viktning av rättskällor behandlas mera ingående i kap 6.

Förarbetena till en annan lag än den som skulle tillämpas beaktades ibland, AD 14/84 och 55/85.

Negativa effekter av en tolkning vägde relativt lätt, AD 51/82, dock ej alltid, AD 140/84.

4.2.2.3 *Lagstiftaravsikt m a p ändamålet*

Termen ”ändamål” förekom i olika sammanhang.³⁰⁵ Ofta användes den i samband med att man angav vad som skulle uppnås med en eller flera bestämmelser.

I AD 2/83 sades ändamålet med den fackliga vetorätten ha varit att komma till rätta med vissa angivna problem. I AD 127/77 sades föreningsrättsskyddet ha som främsta ändamål att värna arbetstagarens anspråk på att utan hinder eller ingrepp av arbetsgivaren få organisera sig fackligt och företrädas i förhandlingar och avtal av sin fackliga organisation.

Det var inte ovanligt att domstolen diskuterade hur man skulle kunna främja det av lagstiftaren åsyftade resultatet med en lagregel.

AD 147/81 rörde tillämpning av lönegarantiregeln i 4 § första meningen FML: ”Facklig förtroendeman får ej med anledning av sitt uppdrag ges försämrade arbetsförhållanden eller anställningsvillkor.” Skulle höjd skiftesersättning tillerkännas facklig förtroendeman som numera dagtidsarbetade? En majoritet fäste avgörande vikt vid det grundläggande syftet med FML (”att främja den fackliga verksamheten”). För att det skulle kunna förverkligas krävdes att betalningsreglerna var effektiva. De ”måste ge sådant resultat att enskilda arbetstagare inte av ekonomiska skäl tvekar att åta sig fackliga uppdrag...”. Vid bedömandet av tvistefrågan poängterades att det var angeläget att främja den fackliga verksamhet som avser den egna arbetsplatsen. Den tolkning valdes som skulle ge det ”bästa resultatet” därvidlag. Till stöd för synsättet åberopades också att en annan tolkning skulle medföra ”egendomliga och slumpartade effekter”.

Andra gånger hade ändamålssynpunkter att göra med lämplighetsöverbälganden.

I AD 33/79 framställdes en viss ordning som eftersträfvansvärd (i den bemärkelsen att skäl kunde åberopas för den), nämligen att tingsrätterna i väsentligt större utsträckning än vad som tidigare varit fallet fortsatte handläggningen av lagsöknings – och betalningsföreläggandemål och inte överlämnade dem till arbetsdomstolen. Skälen för en sådan ordning angavs: 1. Målen har sällan sådan principiell betydelse från arbetsrättslig synpunkt att

³⁰⁵ Jfr Åhman s. 34ff.

det är angeläget med en prövning i arbetsdomstolen redan i första instans. 2. Från rättegångskostnadssynpunkt är det ofta en belastning för parterna om rättegången efter hänskjutandet eller ansökningen om återvinning ska äga rum i arbetsdomstolen och inte vid den mera lättillgängliga tingsrätten. 3. Lättnad i arbetsbördan för arbetsdomstolen.

Domstolen anlade dessa ändamålssynpunkter i en situation där lagstiftaravsikten inte gått att utröna.

I AD 125/81 konstaterades, att lagstiftaren haft en viss mening i fråga om förhandlingsrättens omfattning. Att det kunde råda skilda meningar om huruvida den ordning som alltså gällde var ”ändamålsenlig” förklarades sakna betydelse ”från rättstillämpningssynpunkt”.

Nedan ska ges exempel på domstolens tillvägagångssätt i samband med fastställandet av lagstiftaravsikt rörande ändamål.

Ändamålet med en bestämmelse fastställdes ofta genom *specificerade hänvisningar* till förarbetsuttalanden.

I AD 7/75, ansåg en minoritet (tredje mannen Gunnar Grenfors samt arbetstagarledamöterna) att tolkningsfrågan borde bedömas med utgångspunkt från ”den inställning till den fackliga verksamheten som ligger till grund för” FML. Med stöd av förarbetsuttalanden fann man att *syftet* med lagstiftningen var att det fackliga arbetet skulle utföras inom ramen för arbetstiden och att den fackliga verksamheten avseende arbetsplatsen skulle ske på betald tid. Detta syfte skulle inte bli tillgodosett med majoritetens tolkning, ett förhållande som borde tillmätas avgörande betydelse. Man ville också se 7 § första stycket i luset av 6 § första stycket för att på det sättet underbygga ståndpunkten att den förra regeln gavs ”ett vidsträckt tillämpningsområde”. Det propositionsuttalande som majoriteten ansåg alltför oklart för att tillmätas avgörande betydelse spelade en viktig roll i minoritetens argumentation. Man medgav att det visserligen kunde förefalla något oklart. Betydelsen av denna oklarhet tonades emellertid ned med hänvisning till andra förarbetsuttalanden så att slutsatsen blev att förarbetena ”med tillräcklig tydlighet” gav uttryck åt den uppfattning som minoriteten hade i tolkningsfrågan. Minoriteten ville tillgodose det grundläggande ändamålet med bestämmelsen (att det fackliga arbetet ska utföras inom ramen för arbetstiden och på betald tid). Då krävdes att en arbetsgivare inte kan slippa betala ersättning genom att förlägga facklig verksamhet på förtroendemannens fritid (s 71), ett förhållande som ansågs böra tillmätas avgörande betydelse vid tolkningen av lagens bestämmelser. Lagtexten lästes på ett helt annat sätt än hos majoriteten och gavs också en underordnad betydelse.

Minoriteten ville i första hand tillgodose ändamålet med bestämmelsen genom en tolkning som, jämfört med majoritetens, var extensiv.

I AD 119/77 tolkades ett olämplighetsrekvisit i 22 § kommunaltjänstemannastadgan restriktivt. Det skedde med hänvisning till förarbetsuttalanden. Avskedande skulle kunna ske endast i sådana fall där det med hänsyn till omständigheterna skulle verka stötande om arbetstagaren fick behålla sin tjänst.

AD 51/78 (Lind) En arbetsgivare S drev verksamhet vid 26 olika driftställen över hela landet. En tankbil flyttades från ett driftställe till ett annat utan att förhandlingar enligt 11 § MBL genomförts. Vid bedömning av om S brutit mot sin förhandlingsskyldighet fann arbetsdomstolen att lagtext och förarbeten inte gav någon direkt ledning. Utgångspunkten togs i de allmänna uttalanden i MBL-propositionen enligt vilka alla frågor i arbetsgivarens verksamhet som har den omfattningen och innebörden för arbetstagarna, att man typiskt sett bör räkna med att en facklig organisation vill få tillfälle till förhandling omfattas av förhandlingsskyldigheten. Domstolen frågade sig vad som skulle bli följden om man ansåg förhandlingsreglerna i 11 § MBL inte tillämpliga på den situation som var aktuell i målet. Då ”skulle... resultatet lätt bli för sådana företag som har den allmänna uppbyggnad som [S] har att den primära förhandlingsrätten i själva verket endast tämligen sällan kom till användning.” Det skulle i sin tur leda till att ett betydande antal frågor av intresse för den fackliga organisationen inte skulle omfattas av den primära förhandlingsskyldigheten.

Ändamålet med reglerna fastställdes med hjälp av uttalanden i förarbetena: alla frågor i arbetsgivarens verksamhet av den omfattningen och innebörden för arbetstagarna, att man typiskt sett borde räkna med att en facklig organisation vill få tillfälle till förhandling ansågs omfattas av förhandlingsskyldigheten. En tolkning som skulle leda till att ändamålet med reglerna inte främjades valdes bort.

I AD 118/79 (Lind) tolkades uttrycket i 11 § första stycket MBL ”viktigare förändring av sin verksamhet” i en tvist som rörde skyldighet att primärförhandla innan beslut fattades om tillsättning av tre chefsbefattningar inom ett företag. Det var inte fråga om några förändringar i företagets organisationsplan utan besluten innebar att existerande chefsbefattningar fick nya innehavare. Arbetstagsidan gjorde gällande att förhandlingsskyldighet förelegat. 1. En majoritet fann inte några uttalanden i förarbetena om att chefsutnämningar skulle omfattas av den primära förhandlingsskyldigheten. Hur borde denna avsaknad av uttryckliga uttalanden i frågan tydas? Låg däri en avsikt att chefsutnämningar inte skulle omfattas av förhandlingsskyldigheten? Efter ett resonemang om betydelsen av ett uttalande i förarbetena rörande 2 § MBL konstaterades att avsaknaden av uttryckliga motivuttalanden i frågan i anslutning till 11 § inte kunde anses ha avgörande betydelse i målet. Varför denna frånvaro fränkandes betydelse angavs inte. Det angavs inte heller vilken annan betydelse den kunde ha. 2. Gav de ovan citerade ordalagen i lag-

texten utrymme för arbetstagsidans tolkning? För "normalt språkbruk" framstod det som "ganska främmande" att det skulle innebära en viktigare förändring av verksamheten om en existerande chefsbefattning fick en ny innehavare. Men det framgick av förarbetena att uttrycket valts av ett speciellt skäl. Avsikten var att dra en gräns mellan å ena sidan periodiskt återkommande rutinmässiga beslut och å andra sidan beslut som innebär något nytt. Man hittade också ett exempel i förarbetena som ansågs visa att avsikten inte varit att reservera uttrycket "viktigare förändring av verksamheten" för sådana "situationer där själva rörelsen som sådan ändras på ett faktiskt till det yttre iakttagbart sätt", nämligen överlåtelse av en rörelse. Den ansågs inte innebära någon sådan faktisk förändring. Med detta var grunden lagd för beskedet att man inte anslöt sig till den mera snäva tolkning av begreppet som förfäktats av arbetsgivarparterna. 3. 11 § MBL hade "i andra hänseenden" fått "en ganska allmän utformning". ARKs förslag till motsvarigheten till 11 § MBL (13 §) hade givits "en förhållandevis allmänt hållen avfattning". Kommittén hade velat undvika risken för att en alltför detaljerat utformad regel skulle binda rättstillämpningen. Domstolarna skulle följa utvecklingen i det praktiska livet på arbetsmarknaden och avpassa sin rättstillämpning efter den. Ingenting tydde på att departementschefen skulle haft någon annan avsikt med det förslag som framlades i propositionen. Propositionen innehöll t.o.m. en ännu mera allmänt hållen avfattning än kommitténs, vilket gav domstolen "rentav ännu vidare handlingsmarginaler" än kommittéförslaget gjorde. Samtidigt framhölls att denna "förhållandevis allmänt" hållna lagregel var avsedd att utgöra grundval för en vidareutveckling inom rättstillämpningen "i enlighet med de allmänna värderingar som uppbar [MBL] och särskilt då reglerna om primär förhandlingsskyldighet". 4. När det gällde syftet med lagstiftningen konstaterades den grundläggande tanken bakom MBL vara att de fackliga avtalsbärande organisationerna ska få inflytande för sina medlemmar vid beslutsfattande av betydelse på alla nivåer i företaget. Det gällde att "få till stånd en ökad demokratisering i arbetslivet" och därvid var reglerna om primär förhandlingsskyldighet ett av de viktigaste nya instrumenten i MBL. Att reglerna har det syftet framgick av förarbetena. Uttrycket "verksamhet" uppmärksammades särskilt: avsikten med det är "att träffa alla frågor som rör arbetsgivarens verksamhet i stort och därmed har betydelse för arbetstagarna". Därmed var man framme vid en omständighet som talade "starkt" för att 11 § skulle vara tillämplig när arbetsgivare avser att fatta beslut om att tillsätta en "högre chef som har sådan position att han i sin gärning kan påverka företagets verksamhet i stort": Det skulle rimma dåligt med statsmakternas intentioner om primär förhandlingsskyldighet inte skulle föreligga i ett fall som det aktuella. Sådana beslut har stor betydelse för företagets fortsatta verksamhet. De bedöms som viktiga och intressanta både av de anställda och deras fackliga organisationer. 5. Slutligen behandlades eventuella negativa konsekvenser av ett accepterande av arbetstagsidans ståndpunkt. MBL befanns utgå från att medbestämmanderätt för arbetstagarna ska fastställas genom kollektiv-

avtal. Det ankommer på arbetsmarknadens parter att utveckla eller modifiera inflytandet för arbetstagarna. ”Under sådana omständigheter kan det vid tolkningen av reglerna om primär förhandlingsskyldighet inte tillmätas någon avgörande betydelse, om en primär förhandlingsskyldighet i vissa situationer måhända får följder som kan kritiserats från någon viss aspekt.”

Argumentationen sammanfattades i tre led. 1) De allmänna överväganden som bär upp MBL talade med styrka för förhandlingsskyldighet. 2) Ordalydelsen i 11 § MBL uteslöt inte den tolkningen. 3) Regeln skulle inte, så tolkad, få avgörande negativa följder för arbetsmarknadsparterna eller för dem som söker chefsbefattningar.

Majoriteten anslöt sig inte till arbetsgivarsidans snäva tolkning. Ställningstagandet gjordes mot bakgrund av en noggrann genomgång av förarbetena till vissa bestämmelser i MBL i syfte att utröna lagstiftaravsikten. Ordalydelsens innebörd enligt normalt språkbruk blev inte avgörande. Ett uttryck i lagtexten gavs en speciell innebörd med stöd av uttalanden i förarbetena. Avsikten med uttrycket ”viktigare förändring av verksamheten” poängterades.³⁰⁶ Ordföranden i målet har senare beskrivit domen som ”ett exempel på en ganska långtgående följsamhet till uttalanden i förarbeten.”³⁰⁷ Man beaktade också att den valda tolkningen inte skulle få vissa angivna konsekvenser.

I AD 149/79 (Stark) fann en majoritet att det visserligen var främmande för ”normalt språkbruk” att beteckna ett budgetbeslut som ett beslut om förändring av verksamheten enligt 11 § MBL. Man kom emellertid efter ett längre resonemang fram till att det låg i linje med den primära förhandlingsskyldighetens syften att anse att budgetbeslut av det slag som tvisten gällde föll inom ramen för den primära förhandlingsskyldigheten. Argumentationen omfattar följande led.

1. Lagtexten. Det vore främmande för normalt språkbruk att beteckna ett beslut att anta en budget som ett beslut om förändring av verksamheten. Men uttrycket skulle inte tolkas snävt och lagtexten uteslöt inte en tolkning innebärande att budgetbeslut faller under förhandlingsskyldigheten.

2. Rättspraxis. AD hade i en tidigare dom (118/79) funnit att uttrycket ”förändring av verksamheten” inte skulle tolkas snävt. En formulering i den tidigare domen återgavs nästan ordagrant: avsikten hade varit att ”dra en gräns mellan å ena sidan periodiskt återkommande rutinmässiga beslut och å andra sidan mera betydelsefulla beslut som innebär något nytt”.

3. Förarbetena. De exempel som där ges och de syften som enligt dem ligger

³⁰⁶ Se också AD 149/79 (nedan) där det ansågs främmande för normalt språkbruk att beteckna ett beslut att anta en budget som ett beslut om förändring av verksamheten. I AD 72/80 gavs – efter en förnyad analys av förarbetena – en översikt över rättstillämpningen. Se även AD 8/81 (s 138f), 125/81 (s 715f) och 88/85 (s 616f) och 65/88.

³⁰⁷ Lind 1993, s. 307.

bakom den primära förhandlingsskyldigheten gav ledning för avgörandet. Man fann att avsikten var att förhandlingsskyldigheten skulle omfatta alla frågor som har den omfattningen och innebörden för arbetstagarna att man typiskt sett bör räkna med att en facklig organisation vill få tillfälle till förhandling. Däremot fanns inte förhandlingsskyldighet om frågor som återkommer från gång till annan i huvudsak i samma form och omfattning och som då behandlas i en inarbetad ordning. Där finns i stället 12 § MBL.

4. Effekterna. Ett sådant budgetbeslut som det var frågan om skulle ha en betydelsefull, styrande verkan på företagets verksamhet under planeringsperioden. Genom att hänföra bugetbeslut till området för den primära förhandlingsskyldigheten enligt 11 § *åstadkoms att facket garanterades rätten till inflytande*.

5. Det låg ”i linje med” förhandlingsskyldighetens syften att...

I AD 72/80 (Stark) beskrevs två alternativa synsätt som utkristalliserats i diskussionen om tolkningen av uttrycket ”viktigare förändring av verksamheten” i 11 § MBL, det ena som liggande ”nära i linje med lagtextens innehåll enligt allmänt språkbruk”: beslut om ”viktigare förändring av arbetsgivarens verksamhet” avsåg beslut om yttre, faktiska eller mätbara ingrepp i organisationen eller arbetsformerna som har större betydelse för de anställda. Med det andra synsättet (”som står friare i förhållande till lagtextens lydelse”) fästes avgörande vikt vid om beslutet med hänsyn till sin omfattning och sina verkningar för de anställda typiskt sett har sådan betydelse för dem att den fackliga organisationen måste antas vilja förhandla i frågan. Företrädare för detta senare synsätt hade till stöd för sin uppfattning åberopat att en sådan tolkning stod i överensstämmelse med lagstiftaravsikten sådan den framträdde i förarbetena till lagen. Meningarna hade varit delade redan från början mellan dem som stött sig på ”lagtextens rent språkliga utformning” tolkad i enlighet med ”det allmänna språkbruket” och dem som med stöd av förarbetsuttalanden och för att förverkliga lagstiftarens avsikt velat att uttrycket skulle tolkas ”på ett i förhållande till uttryckets språkliga innebörd friare sätt” så att det blev möjligt att beakta i vad mån ett beslut typiskt sett hade sådana verkningar för de anställda att intresse förelåg att förhandla i frågan.

Den aktuella tvisten rörde frågan om en arbetsgivare (ett aktiebolag) varit förhandlingsskyldig enligt 11 § MBL före ett beslut om utseende av verkställande direktör för bolaget. En majoritet argumenterade enligt följande. 1. Vilken funktion i MBLs regelsystem hade den bestämmelse i vilken uttrycket ingick? 11 och 12 §§ MBL bildar en enhet i systematiskt avseende. De täcker tillsammans hela företagslednings – och arbetsledningsområdet. Av uttalanden i förarbetena kunde man sluta sig till att syftet med gränsdragningen mellan 11 och 12 §§ varit att till 11 § hänföra sådana frågor där man ”typiskt sett bör räkna med att en facklig organisation vill få tillfälle till förhandling” medan 12 § avser frågor som ”återkommer från gång till annan i huvudsak i samma form och omfattning och som då

behandlas i en inarbetad ordning". Ordet "förändring" och preciseringen "viktigare" hade valts av lagstiftaren för att fånga in den förra typen av frågor. "Däremot anges ingenting om att ordet 'förändring' använts för att markera att beslutet skall gälla något yttre, faktiskt ingrepp i arbetsgivarens verksamhet." 2. I specialmotiveringen finns en uppräknings av kategorier av beslut beträffande vilka förhandlingsskyldighet föreligger enligt 11 §. Den inrymmer flera exempel som klart faller utanför vad som kan sägas utgöra "förändring av verksamheten" i uttryckets gängse betydelse i allmänt språkbruk. Uttalandet är främst inriktat på att ange vilka frågor som är av sådan omfattning och betydelse att de omfattas av uttrycket "viktigare" men lämnar mer eller mindre därhän vad som ligger i uttrycket "förändring av arbetsgivarens verksamhet". Analysen av förarbetena sades ge stöd för att lagstiftaren avsett att fånga in "de typer av beslut som utmärks av att beslutet med hänsyn till sin omfattning och sina verkningar för de anställda har särskilt intresse för dessa och att lagstiftaren däremot inte fäst någon vikt vid huruvida beslutet också leder till ett yttre ingrepp i arbetsgivarens verksamhet", ett synsätt som också i ett flertal avgöranden (sju) lagts till grund för rättstillämpningen. Denna rättstillämpning grundade sig på synpunkten "att vid uttolkningen av uttrycket viktigare förändring av verksamheten skall särskilt beaktas om frågan med hänsyn till verkningarna för de anställda typiskt sett har sådan betydelse för dessa att man kan vänta sig att den fackliga organisationen vill förhandla i frågan medan däremot frågeställningen i vad mån beslutet utgjort ett yttre ingrepp i arbetsgivarens verksamhet inte på samma sätt tillmätts betydelse". Särskilt intressant är beskedet från domstolen att man ansett skälen för en sådan tolkning så tungt vägande att den godtagits trots att den "inte har full täckning i lagtextens ordalag".

Domen ger också ett intressant exempel på hur lagstiftarens tystnad tolkades i ett visst avseende. Den ansågs inte ge stöd för annan slutsats än att "rättstillämpningen står fri att ta ställning till frågan med utgångspunkt från de allmänna förutsättningar som lagen och dess förarbeten ger". I domskälen formulerades ovanligt klart hur "den språkliga innebörden" stod mot vad förarbetena ger vid handen om "lagstiftarens avsikt".

Två typer av tolkning presenterades: en som innebar ett fastställande av den (objektiva) språkliga innebörden av ett uttryck, en annan som gjorde det möjligt att beakta lagstiftarens avsikt i fråga om ändamålet med lagen.³⁰⁸

I AD 88/85 (Sköllerholm) klargjordes i domskälen hur domstolen handskats med frågan, om innebörden av "viktigare förändring" i 11 § MBL. Förarbe-

³⁰⁸ Tolkningen av "viktigare förändring" i MBL utlöste en veritabel tolkningsstrid, i vilken demonstrerades tekniker dels för att extendera en regels tillämpningsområde (majoriteten) och dels tekniker för att inskränka samma regels tillämpningsområde.

tena hade fått väga tyngre än lagtextens ordalydelse. Regeln skulle tolkas på ett sätt som gav möjlighet att beakta i vad mån ett beslut typiskt sett har sådana verkningar för de anställda att intresse i allmänhet föreligger att förhandla i frågan. Hänvisning gjordes till AD 72/80.

Arbetsdomstolens sätt att fastställa förhandlingsskyldighetens omfattning enligt 11 § MBL är ett exempel på hur stor vikt man ibland lägger vid ändamålet med en bestämmelse.³⁰⁹

AD 111/86 (Bergqvist). I målet tillämpades 3 kap 1 § LOA. Frågan var om en blockad mot biljettförsäljning och biljettvisering av SJ-anställda konduktörer stred mot förbudet i 3 kap 1 § LOA mot partiella stridsåtgärder. Syftet med förbudet kunde formuleras med hjälp av förarbeten till lagen: att förekomma snedvridningseffekter på myndighetsutövningen genom partiella stridsåtgärder, som kom den att framstå som godtycklig i allmänhetens ögon.

AD 129/86 (Bergqvist) innefattade en tillämpning av 40 § LAS, som bl.a. föreskriver att en arbetstagare som avser att yrka ogiltigförklaring av en uppsägning ska underrätta arbetsgivaren om detta senast två veckor efter det att uppsägningen skedde. Två arbetstagare som blivit uppsagda från sina anställningar meddelade sin arbetsgivare i brev att de ansåg att saklig grund för uppsägningarna inte hade förelegat. Kunde arbetstagarna anses ha fullgjort vad som krävs av dem i 40 § LAS trots att de i brevet till arbetsgivaren inte uttalat någon avsikt att yrka ogiltigförklaring av besluten utan bara hävdade att de saknade saklig grund? Syftet med regeln om preskriptionsavbrott genom underrättelse till arbetsgivaren formulerades utifrån ett uttalande i propositionen: att göra det möjligt att nå uppgörelse i uppsägningstvister utan att rättsliga åtgärder ska behöva vidtas. Samtidigt berördes i domskälen även anställningsskyddslagstiftningens "primära syfte", nämligen att vara en skyddslagstiftning för arbetstagarna. De två syftena ansågs tala för olika lösningar av tvisten. Efter ett resonemang om tidigare praxis i vissa beslaktade frågor innebärande att även ganska allmänt hållna krav verkat preskriptionsavbrytande, sammanfattade domstolen sin inställning: principen att onödigt stränga formella krav inte ska ställas på underrättelser och förhandlingsframställningar borde "helt allmänt" beaktas även i det aktuella fallet. Lagtexten föreskrev emellertid "otvetydigt" att underrättelsen ska gälla arbetstagarens avsikt att yrka ogiltigförklaring. Om man gjorde avkall på det i lagtexten uttryckta kravet skulle man därmed också avlägsna sig från den av lagstiftaren åsyftade ordningen. Utan ett besked från arbetstagaren om vilken rättsföljd som kommer att göras gällande blir, för det första, läget

³⁰⁹ För ytterligare fall se t.ex. AD 65/88 (Laurén) Efter referat av förarbeten och tidigare rättspraxis konstaterades att tolkningen ska grundas "på en allmän bedömning av beslutets karaktär och betydelse för de anställda". Se även den i 4.2.2.1 omnämnda AD 143/84.

oklart under längre eller kortare tid. Därtill kommer att man inte heller skapar den åsyftade möjligheten till en snabb uppgörelse i uppsägningstvisten utom rätta.

Bestämmelsen tillämpades restriktivt för att ett av lagstiftaren omfattat ändamål inte skulle äventyras.

I AD 130/86 (Bergqvist) angavs syftet med den skyldighet att skriftligt varsla sin motpart före vidtagande av stridsåtgärd, som föreskrivs i 45 § MBL. Det hänvisades till uttalanden gjorda i arbetsrättskommitténs betänkande SOU 1975:1 där syftet sägs vara att

”ge parterna visst rådrum för att överväga läget, både det faktiska och i vissa situationer även det rättsliga, och söka få till stånd en uppgörelse utan öppen konflikt. Vidare bereds den part som tar emot ett varsel viss tid för att förbereda sig inför en konflikt och överväga motåtgärder. Slutligen har varselreglerna betydelse för medlingsförfarandet...och i förekommande fall bl a för dispensgivning och prövning i särskilda former av om en tilltänkt arbetskonflikt är samhällsfarlig.”

I AD 131/87 (Sköllerholm) tillämpades bl.a. 38 § MBL. Det svenska bolaget A åtog sig på entreprenad för det norska järnverket B att byta stålbeklädnad på en av järnverkets byggnader och att montera en transportör. Arbetet skulle utföras i Norge. A beslöt senare att själv lämna ut arbetet på entreprenad till det schweiziska bolaget C. Tvist uppkom rörande frågan om A varit skyldigt att på eget initiativ förhandla med en facklig organisation (D) i förhållande till vilken A var bunden av kollektivavtal innan bolaget beslutat att anlita C för arbetet i Norge. D hävdade i målet att A, genom att inte påkalla eller genomföra någon förhandling, brutit mot 38 § MBL. Skulle bestämmelserna tolkas så att de inte omfattade fall då arbetsgivarens tilltänkta beslut gäller arbete som ska utföras utomlands? En majoritet ansåg att A varit förhandlingsskyldigt före anlitandet av C. Utgångspunkten för majoritetens ställningstagande var lagtexten i 38 § MBL. Man fann där ingen begränsning av arbetsgivarens förhandlingsskyldighet till fall då arbetsgivarens tilltänkta beslut avser arbete som ska utföras i Sverige. Man fann inte heller i förarbetena några uttalanden som *uttryckligen* angav någon sådan begränsning. Arbetsgivarparterna hävdade i målet att en sådan begränsning ändå kunde intolkas i 38 § MBL *med hänsyn till de syften som låg bakom bestämmelsen*. Majoriteten fann att det i och för sig bakom reglerna i 38 och 39 §§ MBL låg ett syfte att ge kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisationer en möjlighet att utöva kontroll över de förhållanden under vilka en arbetsgivare anlidade icke anställd arbetskraft. Man kunde dock inte i vare sig lag eller förarbeten finna något stöd för att förhandlingsskyldigheten enligt 38 § skulle vara på något sätt begränsad av det bakomliggande kontrollsyftet. Man fann snarare ett visst stöd för att en sådan begränsning inte hade varit avsedd. Trots detta frågade man sig om det ändå – med hänsyn till

det syfte som *ytterst* ligger bakom bestämmelserna i 38 och 39 §§ MBL – kunde antas ha varit lagstiftarens avsikt att göra en begränsning av förhandlingsskyldigheten enligt 38 § som uteslöt det fallet att arbetet ska utföras utomlands. Majoriteten gjorde alltså en skillnad mellan ett bakomliggande syfte med bestämmelserna som är att ge facket möjligheter till en viss typ av kontroll (kontrollsyftet) och ett yttersta syfte med desamma. Utforskandet av ett sådant yttersta syfte skulle enligt vad som framgår av domskälen ske för att få kännedom om lagstiftarens avsikt i fråga om förhandlingsskyldighet enligt 38 § MBL. Majoriteten fann inget stöd för att lagstiftarens avsikt skulle ha varit att göra en begränsning av förhandlingsskyldigheten för arbete som ska utföras utomlands. Efter detta konstaterande återgick man till att behandla kontrollsyftet.

En minoritet av arbetsgivarledamöter fann majoritetens slutsatser vara grundade på ”en mycket formell tolkning av det ifrågavarande lagrummet”. Den ville i stället gå direkt till ”det i MBL:s förarbeten klart redovisade syftet” med 38 och 39 §§ och fann bestämmelserna vara avsedda att vara ett instrument för att med de fackliga organisationernas hjälp ”skärpa efterlevnaden från svenska företags sida av det i Sverige gällande regelsystemet avseende anställningsförhållanden”. De skulle ge ökade möjligheter att kontrollera att lagstiftning på skatte – och avgiftsområdet och även kollektivavtalsenliga förpliktelser iakttogs av företagen. Det var ”till hela sitt syfte” en åtgärd för att motverka företeelser som undandragande av skatter och avgifter och anlitande av grå arbetskraft. Dessa motiv för en tillämpning av föreskrifterna i 38 och 39 §§ MBL kunde inte föreligga när det var fråga om att anlita ett utländskt företag för att utföra arbete utanför Sverige. Det skulle leda till av lagstiftaren icke avsedda konsekvenser om man bortsåg från ”de redovisade motiven” och lät ”den formella ordalydelsen vara uteslutande avgörande” vid bedömningen av förhandlingsskyldighetens omfattning.

Både majoritet och minoritet intresserade sig för ändamålet med de tillämpliga bestämmelserna. Majoriteten analyserade lagtext och förarbeten ingående och fann att ingendera rättskällan angav någon begränsning. Bestämmelserna befanns ha ett kontrollsyfte: kollektivavtalsbärande organisationer ska ha viss möjlighet att kontrollera arbetsgivaren. Kontrollsyftet innebar dock – p.g.a. vissa uttalanden i propositionen – ingen begränsning av förhandlingsskyldigheten enligt 38 §. Det ansågs inte framgå att en sådan begränsning varit avsedd. Vad majoriteten menade med ”det syfte som *ytterst* ligger bakom” bestämmelserna i 38 och 39 §§ framgår inte. Är detta yttersta syfte det nyss nämnda kontrollsyftet? Eller har det att göra med tanken litet senare i texten att kollektivavtalsbärande arbetsgivarorganisationer har ett befogat intresse av att få insyn i och inflytande över arbetsgivarens anlitande av utomstående tjänster?

Minoriteten ansåg att majoriteten gjort ”en mycket formell” tolkning av 38 § MBL. 38 – 40 §§ MBL borde bedömas tillsammans; (majo-

riteten hävdade i den delen i stället att frågan om omfattningen av förhandlingsskyldigheten enligt 38 § inte fick blandas samman med frågan om förutsättningarna för utövande av vetorätt enligt 39 §). Minoriteten fann det i MBLs förarbeten klart redovisade syftet med bestämmelserna alldeles avgörande för frågans bedömning. Lagtexten förefaller inte ha intresserat minoriteten särskilt mycket. Man fann (i likhet med majoriteten) ett kontrollsyfte – men begränsat till Sverige. Enligt minoriteten ledde majoritetens tolkning till ”en av lagstiftaren icke avsedd konsekvens”.

Påståendet att majoriteten intresserat sig endast för ”den formella ordalydelsen” kan framstå som överraskande. Det för närmast tanken till att majoriteten skulle ha intresserat sig enbart för lagtexten. Men även majoriteten analyserade ju förarbeten och intresserade sig för syftet med bestämmelserna – låt vara med annat resultat än minoriteten.

AD 148/87 (Bergqvist) P var sedan fyra månader anställd hos IFF när han erbjöds och accepterade en provanställning hos samma arbetsgivare. Stred provanställning i denna situation mot 6 § LAS? Såvitt framgår av lagtexten finns inga särskilda villkor för en provanställning under sex månader. P hävdade ändå att IFF, genom att förmå honom att ingå provanställningsavtalet trots att han redan var anställd, på ett otillåtet sätt försökte kringgå LAS. Av motiven till bestämmelserna om provanställning framgår att den är tänkt för de fall där arbetsgivaren verkligen avser att pröva arbetstagaren. Domstolen konstaterade här att lagens regel *inte i sig själv* gav utrymme för en rättslig prövning av om provbehovet var större eller mindre i det enskilda fallet, men att *avsikten* var att regeln skulle medföra vissa möjligheter att ingripa mot tidsbegränsning av anställningar. Departementschefen hade i propositionen varit utförlig när det gällde att ange syftet med reglerna och domstolen nöjde sig med att återge vad som där anförts.

Klar lagtext stod mot motivuttalanden, eller om man så vill ord mot avsikt. Motivuttalandena tilläts inskränka den obegränsade rätt att använda provanställning inom sexmånadersramen som tycktes framgå av lagtexten. En vitt utformad lagregels tillämpningsområde kunde snävas in med stöd av hänvisning till gjorda förarbetsuttalanden.

AD 120/88 (Laurén) Om tvist uppkommer om uppsägnings giltighet upphör anställningen enligt bestämmelse i 34 § andra stycket LAS inte till följd av uppsägningen förrän tvisten är slutligt avgjord. Regeln konstaterades i domskälen – i anslutning till förarbetsuttalanden – ha tillkommit för att arbetstagarens faktiska möjligheter att fortsätta anställningen efter en ogiltigförklaring av en uppsägning inte skall urholkas. Domstolen övervägde hur bestämmelsen skulle tillämpas så att ”skälen för regeln blir bäst tillgodosedda”.

Andra gånger var hänvisningen till förarbetena rörande syftet *ospecificerad*.

I AD 19/76 gällde det att främja en viss ordning (arbetstagarnas trygghet i anställningen), vilket påverkade tolkningen av bestämmelsen. Det primära syftet, ändamålet, fick inte trädas förnär.

AD 194/77 (Stark) 18 § MBL ålägger part som vid förhandling åberopar skriftlig handling att – på begäran – hålla den tillgänglig för motparten. Uppfyllede part vid lokal förhandling sin skyldighet enligt paragrafen genom att förete utdrag av förhandlingsprotokoll som innehöll texten rörande viss överenskommelse eller skulle utdraget ha innehållit även det som i protokollet fanns upptaget om den diskussion som lett fram till överenskommelsen? Hamnarbetarförbundet ville ha ut ett protokoll som upprättats efter förhandlingar mellan arbetsgivaren och transportarbetareförbundet. En majoritet hänvisade *ospecificerat* till ”den grundsyn som präglar medbestämmandelagens informationsregler” och fann det ligga bäst i linje med den att endast sådant fick uteslutas som uppenbart saknade betydelse för den aktuella förhandlingen.

I AD 5/79 (Lind) diskuterades innebörden av 2 kap 1 § första stycket punkten 2 LRA i syfte att fastställa om arbetsdomstolen var behörig att pröva viss uppsägningstvist. Domstolen gjorde först en ”formell” tolkning av ordalagen i bestämmelsen och kom då till slutsatsen att det i tvister av det slag som det var fråga om i målet var avgörande för arbetsdomstolens behörighet om kårandeorganisationen hade slutit kollektivavtal med organisation, som den arbetsgivare mot vilken yrkanden framställs tillhör. Tolkningen hade visst stöd av uttalanden i förarbetena. Man ville emellertid inte dra alltför långtgående slutsatser av omständigheter som kunde anföras till stöd för den formella tolkningen. Mot resultatet av denna tolkning anfördes i stället lagregelns primära syfte (att låta kollektivavtalsbundenhet vara kriteriet på arbetsdomstolens behörighet, så att mål, i vilka tvisten rör anställningsförhållande som inte regleras av kollektivavtal, prövas av tingsrätt), som talade för en annan utgång än den ”formella” tolkningen. Det av domstolen antagna primära syftet blev sedan avgörande för utgången av målet i den delen. Till stöd för sitt ställningstagande anförde domstolen också dels att den valda lösningen rimmade väl med de allmänna principerna för målfördelningen mellan arbetsdomstolen och de allmänna domstolarna dels att det inte på grund av ordalagen i lagregeln var *nödvändigt* att dra en annan slutsats.

Det viktigaste förefaller ha varit att tillgodose syftet med regeln, samtidigt som man inte ville och inte heller ansåg sig göra något direkt i strid med lagtexten. Lagtext och förarbeten tycks ha pekat i samma riktning. Ändå valde man en annan lösning.

AD 34/82 (Lind) rörde en tvist om förhandlingsskyldighetens omfattning enligt 12 § MBL. Skolstyrelsen i Norrköping ledigkungjorde en lärartjänst inom ett av kommunens rektorsområden och förordnade sedermera en av de sökande, L, på tjänsten. En medsökande, C, besvärade sig över beslutet till dåvarande länskolnämnden i Östergötlands län. Sedan länskolnämnden anmodat skolstyrelsen att avge yttrande över besvärerna begärde C:s fackliga organisation med stöd av 12 § MBL förhandling angående skolstyrelsens yttrande över C:s besvär. Skolstyrelsen vägrade träda i förhandling med hänvisning till att yttranden från skolstyrelsen i besvärssärenden inte var förhandlingsbara. En majoritet utgick, när det gällde frågan om huruvida beslutet att avge yttrande skulle anses falla utanför 12 §, till att börja med från ”de värderingar som ligger till grund för medbestämmandelagen” och konstaterade att lagen avsåg att tillförsäkra avtalsbundna fackliga organisationer rätt till medbestämmande i form av bl.a. förhandlingar enligt 12 § MBL. Det var inte förenligt med dessa värderingar att begränsa medbestämmandet till att gälla endast under den första instansens handläggning av tillsättningsärendet. Skolstyrelsens beslut att avge yttrande sågs som ett led i en beslutsprocess som inleddes med ledigförklaringen och avslutades med att anförda besvär över tjänstetillsättningsbeslutet slutligt prövades.

AD 123/84 (Eklundh) Syftet med studieledighetslagen slogs fast: att underlätta för de anställda att delta i vuxenutbildning. Lagen sades också ge uttryck för en avvägning mellan den anställdes intresse av ledighet och arbetsgivarens intresse av att hans verksamhet kan fortgå utan allvarliga störningar.³¹⁰

Några domar som ger ytterligare belysning åt dimensionen extensiv – restriktiv i samband med lagtolkning ska refereras. Ibland gavs en lagregel en extenderande tolkning för att ändamålet med regeln skulle tillgodoses.³¹¹

AD 108/78 (Stark) Fick vid prövning av tillåtligheten av fastställsetalan enligt 4 kap 6 § LRA beaktas omständigheter som tillkommit efter det att talan väckts?³¹² Arbetsdomstolen fann att det normalt är situationen vid talans väckande som bildar utgångspunkten för bedömande av tillåtligheten av en viss fastställsetalan. I vissa situationer måste det emellertid finnas möjlighet att beakta efter talans väckande framkomna omständigheter som direkt påverkar betydelsen av att få talan prövad.

Ändamålet med reglerna rörande begränsning i rätten att föra fastställsetalan förefaller ha väglett domstolen. Den valda lösningen får anses

³¹⁰ Se också AD 147/81 där en skiljaktig ledamot utläste ”det primära syftet” med en bestämmelse direkt av lagtexten.

³¹¹ Se också AD 19/76 som refererats i 4.1.

³¹² För en annan processuell fråga i domen se 4.3.

ligga inom ramen för bestämmelsens språkliga betydelseområde. Domstolen torde ha uppfattat sin tolkning som extenderande. Motiveringen för ställningstagandet var att begränsningen i rätten att föra fastställesetalan är betingad av bl.a. processekonomiska skäl i vid bemärkelse och att dessa skäl inte skulle få full verkan om det inte även då målet slutligt prövas är av betydelse att sådan prövning sker.

AD 165/78 (Lind) I den tidigare gällande arbetarskyddslagen fanns bestämmelser om att på arbetställe där minst fem arbetstagare regelbundet sysselsätts, skulle bland arbetstagarna utses ett eller flera skyddsombud. I målet var fråga om sommargårdsarbetare. En fristående arbetstagarorganisation (S) medlemmar var säsonganställda under perioden mitten av juni – mitten av augusti. I juni 1977 utsåg organisationen skyddsombud vid ett antal av arbetsgivarens arbetsplatser och för hela verksamheten ett huvudskyddsombud och en suppleant för huvudskyddsombudet. I mars och april 1978 meddelade arbetsgivaren organisationen att de nyssnämnda ombuden inte längre fick ingå i skyddskommittén. Under perioden den 23 mars – 31 maj 1978 vägrade arbetsgivaren att ha något att göra med organisationens skyddsombud. Enligt organisationen innebar det att skyddsombuden hindrades från att delta i den del av skyddsverksamheten som bestod i planering inför sommaren 1978 och att arbetsgivaren bröt mot arbetarskyddslagens 42 § första stycket första meningen, med förbud att hindra skyddsombud från att fullgöra sina uppgifter. Ett av arbetsgivarens skäl att inte acceptera organisationens representanter i skyddsarbetet var att de under den tid som tvisten gällde inte var anställda. Eftersom inget anställningsförhållande förelåg, kunde enligt arbetsgivarens mening lagens bestämmelser om skyddsverksamhet och skyddsombud inte heller vara tillämpliga i förhållandet mellan arbetsgivaren och organisationen. En majoritet i arbetsdomstolen fann det otvivelaktigt att "själva lagtextens avfattning" avsåg bestående arbetsgivar- och arbetstagarförhållanden. Lagtexten tog "i varje fall i första hand inte direkt" sikte på sådana situationer som det var frågan om i målet. Ändå befanns lagtextens utformning inte lägga något avgörande hinder i vägen för den tolkning som S hävdade. Man erinrade om viss rättspraxis rörande föreningsrättskränkning och konstaterade sedan att stor vikt måste fästas vid "de allmänna synpunkter som arbetarskyddslagstiftningen avser att tillgodose". Som den avgörande frågan framställdes "om det skyddsintresse som uppbär arbetarskyddslagstiftningen kan tillgodoses på ett tillfredsställande sätt" inom ramen för en sådan tillämpning som arbetsgivarparten hävdade. En genomgång av förarbetena till lagen gav vid handen dels vilken "grundtanke" som låg bakom lagen dels "det yttersta syftet" med lagstiftningen. Kunde de "grundläggande synpunkterna" typiskt sett tillgodoses om skyddsarbetet påbörjades först i och med att säsongen inletts? Frågan besvarades nekande. Ett verkligt effektivt skyddsarbete förutsatte deltagande i planeringen före säsongens början.

Majoriteten satte ändamålet i högsätet. Betydelsen av lagtextens avfattning tonades ner, bl.a. med hjälp av rättspraxis från ett annat område än det i målet aktuella. Det är väl fråga om ett kraftigt understatement när man valde formuleringen att lagtexten ”i varje fall i första hand inte direkt” tar sikte på sådana situationer som det var fråga om i målet. Man hade ju själv konstaterat att den avsåg bestående arbetsgivar – arbetstagarförhållanden. Man intresserade sig för ”den principiella innebörden” av 42 § ASL.

Det kan diskuteras vad det är som sker här. Tolkning är det ju egentligen inte eftersom situationen inte täcks av lagtextens språkliga betydelseområde. Det kanske snarare är en analogi – men i så fall en väl dold sådan. Att det ändå är frågan om en kraftfull betoning av ändamålet med reglerna verkar klart. Man ville inte medverka till en lösning av tvisten som inte på ett tillfredsställande sätt tillgodosåg det skyddsintresse som bar upp arbetarskyddslagstiftningen.

I AD 112/83 (Stark) skulle avgöras om en turordningsöverenskommelse var giltig beträffande två oorganiserade arbetstagare. 2 § LAS tillämpades. Där ges bl.a. möjligheter till överenskommelse om annan turordning vid uppsägning på grund av arbetsbrist än som följer av lagens turordningsregler. Även oorganiserad arbetstagare binds av en sådan överenskommelse. Arbetstagarerna hävdade, att avsteg som gjorts från lagens turordningsregler genom en på deras arbetsplats träffad turordningsöverenskommelse inte grundade sig på sakliga och objektiva skäl. I sin prövning av tvisten kom arbetsdomstolen bl.a. in på lagstiftarens avsikt med 2 § andra stycket i LAS och fann att den uppenbarligen varit att vida ramar ska gälla vid reglering av turordningssituationen genom kollektivavtal. Grunden för denna uppfattning rörande lagstiftaravsikten var att lagtexten inte innehöll några särskilda begränsningar av parternas rätt att genom kollektivavtal avvika från lagens turordningsregler och att det i propositionen till LAS fanns ett enda exempel på situationer, då en turordningsöverenskommelse skulle anses sakna verkan, nämligen när den endast gick ut på att slå ut andra organisationers medlemmar eller oorganiserade arbetstagare från arbetsplatsen.

AD 23/87 (Bergqvist) I målet berördes bl.a. uttrycket ”omplacering” i 11 § andra meningen föräldraledighetslagen. Det sades ligga bäst i linje med regelns karaktär av skyddsregel att ge det en vidsträckt innebörd.

Andra gånger ville man i stället tillgodose ändamålet med en regel genom en restriktiv tolkning. En restriktiv tolkning kan, som i de tre närmast följande fallen, vara avsedd att förhindra ett kringgående av bestämmelser.

I AD 4/76 (Stark) fann arbetsdomstolen en undantagsregel i 21 § första

stycket dåvarande LAS om arbetstagares rätt till permitteringslön böra ges snäv räckvidd. Skälet för en restriktiv tolkning angavs vara att syftet med huvudregeln i första hand var att förhindra ett kringgående av anställningsskyddslagens centrala regler, främst reglerna om att uppsägning ska vara sakligt grundad och att arbetstagare ska ha rätt till lön under uppsägningstid. Regeln ansågs också ge uttryck för att arbetstagare, efter att ha varit permitterad under sådan tid som angavs i lagrummet, normalt borde slippa bära risken och de ekonomiska följderna av att arbete inte kunde tillhandahållas fortlöpande i ett bestående anställningsförhållande. Domstolen uppmärksammade också sambandet med reglerna om anställningsform i 5 § LAS, enligt vilka anställning för viss tid, viss säsong eller visst arbete fick träffas endast under vissa angivna förutsättningar.

AD 23/76 (Stark) Enligt 5 § andra stycket i 1974 års LAS fick avtal om anställning för viss tid träffas bl.a. om avtalet gällde vikariat. Förarbetena lämnade denna anställningsform i stort sett okommenterad. I specialmotiveringen i propositionen (prop 1973:129, s. 236) uttalades endast att vad som avsågs med vikariat inte torde behöva kommenteras närmare där. I domen gjordes "allmänna uttalanden" (domsamlingen s. 917, registret) om förutsättningarna för att vikariat ska anses föreligga. Vid uppställandet av villkoren hänvisades till syftet att hindra att lagens regler om tillsvidareanställning kringgås. Att det är fråga om restriktion verkar klart. Det ansågs ligga ett betydande värde i att konsekvent upprätthålla entydiga och klara regler för vikariat. Det skulle främja en enhetlig och korrekt tillämpning av reglerna och underlätta för arbetstagarsidan att kontrollera att vikariatsanställning inte användes på felaktigt sätt.

I AD 73/76 (Stark) fann arbetsdomstolen skäl föreligga att tolka bestämmelserna i 5 § andra stycket 1974 års LAS restriktivt. Det skedde från den utgångspunkten att de, enligt domstolen, till väsentlig del uppbars av syftet att hindra att de mera långtgående reglerna om anställningsskydd vid tillsvidareanställning kringgicks genom utnyttjande av andra anställningsformer. Domstolen fann det ligga i linje med detta att inte dra några långtgående analogier från de exempel som fanns angivna i förarbetena. En ytterligare omständighet som kan ha påverkat arbetsdomstolens ställningstagande var att bestämmelsen var dispositiv. Det hade därför funnits möjligheter för avtalsparterna att själva göra anpassningar till de särskilda förhållandena inom branschen.

Det finns också andra exempel på att en restriktiv tolkning valts för att främja ett ändamål.

AD 30/78 (Stark) Enligt 67 § MBL får talan om skadestånd eller annan fullgörelse med anledning av olovlig stridsåtgärd inte väckas senare än tre månader efter det att stridsåtgärden har avslutats. I domen behandlades bl.a. frågan huruvida kravet om talans väckande inom den angivna fristen skulle

anses uppfyllt genom att en vid fristens utgång föreliggande talan i målet, som inte gällde skadestånd eller annan fullgörelse, väckts före fristens utgång. Skadeståndsyrkande framställdes visserligen, men först efter fristens utgång och då i form av ändring av den ursprungligen väckta talan. Domstolen återopade först ordalagen i 67 § MBL, enligt vilka det förutsätts att talan om skadestånd eller annan fullgörelse väcks inom tremånadersfristen. Uttrycket "väckande av talan" gavs samma innebörd som det har i rättegångsbalken 13 kap 4 § sista stycket. Starka skäl ansågs tala för att uttrycket "väckande av talan" skulle ha samma innebörd i de två lagrummen. De argument som var att hänföra till lagtextens ordalydelse och till systemet ansågs dock inte tillräckliga utan till det nyss sagda fogades "allmänna överväganden" – även de talande för en strikt tillämpning av preskriptionsregeln. Övervägandena avsåg syftet med 67 §. Detta tillgodosågs endast om regeln gavs en sådan innebörd att det vid tidsfristens utgång inte behövde råda något tvivel om huruvida skadestånd (eller annan fullgörelse) krävdes.

Här tycks det ha varit de allmänna övervägandena rörande syftet som vägde tyngst. Domstolen ansåg att just dessa skäl ("de senast anförda") hade sådan tyngd att preskriptionsbestämmelsen borde tillämpas på det sättet att yrkandet ansågs för sent väckt. Det tillämpningsområde för regeln som här angavs får betecknas som snävt (det talas i domen om "strikt tillämpning").

AD 65/78 (Lind) 5 § första stycket MBL fränkänner part rätt till inflytande över motparts beslut rörande förestående eller redan utbruten arbetskonflikt. En majoritet gav regeln en snäv tillämpning så att "bara de beslut som omedelbart gäller konflikten" omfattades av regeln. Syftet med regeln formulerades i anslutning till förarbetena till bestämmelsen: att slå vakt om principen rörande den arbetsrättsliga lagstiftningens neutralitet vid lovlig konflikt. För det ändamålet ansågs det tillräckligt att regeln avgränsades så att den tillåter arbetsgivaren att för den fackliga motparten dölja sådana dispositioner som han gör i det direkta syftet att minska de skadeverkningar som den fackliga organisationen avser att tillfoga honom genom sin stridsåtgärd.

Det förefaller som om domstolen varit mån om att inte låta bestämmelsen i 5 § första stycket MBL leda till en onödig inskränkning av det vidgade inflytande för arbetstagare och fackliga organisationer som åsyftats genom bl.a. 11 § MBL. Bestämmelsen gavs tillämplighet så långt som det behövdes för att ändamålet med regeln skulle bli tillgodosett.³¹³

AD 74/80 (Lind) En facklig förtroendeman deltog i en arbetsgrupp i en specialstålsutredning som avsåg alla specialstålsföretag av betydelse i landet. Hade den fackliga verksamheten vid sammanträdena med utredningens per-

³¹³ Se även AD 94/80 där den i AD 65/78 gjorda strikta tolkningen bekräftades.

sonalgrupp den anknytning till förtroendemannens arbetsplats som anges i 7 § första stycket FML? En majoritet vände sig i första hand till lagtext och förarbeten. Ordalagen i lagtexten ansågs otvivelaktigt föra tanken till sådant arbete som exklusivt avser den egna arbetsplatsen. Lagtexten passade inte särskilt bra för den situation som förelåg till bedömande. I förarbetena återfanns en distinktion mellan frågor med direkt respektive indirekt betydelse för den egna arbetsplatsen. Lagens primära syfte var att stödja lokal facklig verksamhet och det ansågs ligga närmast till hands att inte dit räkna frågor med endast indirekt betydelse för den egna arbetsplatsen. Distinktionen befanns ”ganska svårgripbar” och majoriteten ville uppenbarligen bidra till en klarare gränsdragning mellan de två typerna av frågor. En vidsträckt tolkning skulle förvärra problemet. Det skulle i förlängningen kunna få till följd att t.ex. deltagande i avtalskonferenser och förhandlingar om centralt kollektivavtal ansågs omfattade av betalningsreglerna. Då vore det bättre att inte låta FMLs betalningsregler gälla för ”sådan facklig verksamhet som sker under medverkan av företrädare för den centrala fackliga organisationen och som saknar direkt och konkret anknytning till ett eller ett par bestämda företag”.

Utgångspunkten togs i ett ur förarbetena hämtat ändamål – primärt syfte – med lagen. Här fanns också ett beaktande av konsekvenserna av en viss tolkning. Man ville inte genom sitt beslutsfattande medverka till ett förvärrande av tolkningsproblemen. Distinktionen mellan direkt och indirekt betydelse för den egna arbetsplatsen ansågs svårgripbar och domstolen ville bidra med en gränsdragning till båtnad för framtida rättsligt beslutsfattande.

AD 109/84 (Stark) Månadsregeln i 7 § tredje stycket LAS tillämpades. Den sades ge uttryck för tanken att arbetsgivaren – när han anser att något förhållande ger anledning till att skilja arbetstagaren från anställningen – måste vidta uppsägningen ”relativt omgående” (s 685). Den syftade till att få till stånd ett snabbt ställningstagande (s 686). I målet diskuterades den situationen att arbetsgivaren innan han tar ställning till frågan om uppsägning måste utreda vissa omständigheter. Med hänvisning till syftet uttalade domstolen att det allmänt sett fanns anledning att anlägga ett restriktivt synsätt till varje åtgärd som leder till fördröjningar.

Genomgången av domsmaterialet föranleder följande *slutsatser* rörande inom arbetsdomstolen förekommande rättstillämpningsvärderingar.

Ledamöterna ansåg sig ha stor frihet när det gällde att avgöra vilken vikt som skulle tilläggas ett uttalande i förarbetena, se t.ex. AD 7/75.

Ändamålet med en bestämmelse fastställdes ofta genom specificerade hänvisningar till förarbetsuttalanden, AD 7/75, 119/77, 51/78, 118/79, 149/79, 72/80, 143/84, 111/86, 129/86, 130/86, 131/87, 148/87 och 120/

88, men hänvisningen kunde också vara ospecificerad, AD 19/76, 194/77, 5/79, 34/82 och 123/84.

En klar lagtext ägde inget ovillkorligt vitsord mot motivuttalanden rörande ändamålet med en regel, AD 118/79, 72/80, 88/85 och 148/87. Ibland behövdes inte ens motivuttalanden utan det räckte med en hänvisning till de allmänna synpunkter som en viss lagstiftning ansågs avse att tillgodose, AD 165/78.

I dimensionen extensiv – restriktiv gavs stort utrymme åt ett tillgodo-seende av lagreglers ändamål. En strävan att tillgodose ändamålet med en regel kunde ibland leda till att tolkningen gjordes extensiv, AD 108/78, 165/78, 118/79 (majoriteten), 149/79 (majoriteten), 72/80 (majoriteten), 112/83 och 23/87. Ibland ansågs i stället ett tillgodo-seende av ändamålet kräva restriktion, AD 4/76, 23/76, 73/76, 119/77, 30/78, 65/78, 74/80, 109/84 och 148/87.

4.3 Konsekvensorientering

I den teoretiska ramen urskildes en kategori rättstillämpningsvärderingar innebärande en fokusering av andra effekter av beslutsfattandet än sådana som konstaterats vara eftersträfvade av lagstiftaren. Två värden antogs, svag och stark konsekvensorientering.

Det traditionella synsättet i fråga om arbetsfördelningen mellan lagstiftare och rättsliga beslutsfattare innebär att de senare avgör tvister opartiskt i överensstämmelse med lagen. Ett beaktande av konsekvenser inom rättsligt beslutsfattande kommer lätt i strid med de krav på ”neutralitet” som anses böra ställas. Förutom ett krav på opartiskhet, med frän-varo av bl.a. fördomar och politiska eller religiösa hänsynstaganden, har neutralitet sagts innebära att

”the judge should not advert to matters which go beyond those necessary for decisions in the case before him. On this view the judge is not to take into account any consequences which might flow from his decision and which are wider than the direct interests of the parties. He must act like a political, economic, and social enuch, and have no interest in the world outside his court when he comes to judgment.”³¹⁴

En så strikt avgränsning av synfältet som den i citatet beskrivna torde inte vara det normala inom arbetsdomstolen. Att exakt ange i vilken utsträckning konsekvenser beaktas är visserligen inte möjligt. Att så i

³¹⁴ Griffith, s. 193.

viss utsträckning sker har emellertid redan framgått av vissa ovan i kapitlet refererade uttalanden.³¹⁵

En svårighet när det gäller att bedöma konsekvensernas betydelse i samband med beslutsfattandet har att göra med den i stort sett totala frånvaron av "viktangivelser" i domskälen. Konsekvenser åberopades normalt tillsammans med andra faktorer utan att deras relativa vikt diskuteras närmare.³¹⁶ I fortsättningen ska något närmare undersökas om materialet ger underlag för några slutsatser när det gäller domstolens syn på betydelsen av konsekvenser vid ställningstaganden i rättsfrågor. Att uppfattningarna kan växla från mål till mål är lätt att konstatera.

I AD 56/80 (Lind) uppkom bl.a. frågan huruvida ett visst skadeståndsyrsande för brott mot svenskundervisningslagen var preskriberat. Av motiveringen till ställningstagandet i preskriptionsfrågan framgår för det första att arbetsdomstolen inte var beredd att "ta ställning till om mindre tilltalande effekter...kan anses uppkomma på grund av lagens konstruktion" och för det andra att man velat tillgodose det grundläggande syftet med den typ av preskriptionsbestämmelser som var aktuell i målet.³¹⁷

Ett besked i fråga om hänsynstagande till effekter var alltså att det inte är arbetsdomstolens sak att i sin rättstillämpning ta ställning till eventuella negativa konsekvenser "på grund av lagens konstruktion."³¹⁸ Ett likartat ställningstagande gjordes av en ledamot i AD 8/82, som ansåg "rena ändamålssynpunkter" tala för en viss utgång. När den stod i strid med lagtextens ordalydelse var det emellertid inte tillräckligt skäl för utgången i fråga.

Andra gånger utföll bedömningen av om konsekvenser skulle beaktas annorlunda.

AD 108/78 (Stark) En fråga som uppkom var om vid bedömning av talans tillåtlighet enligt 4 kap 6 § LRA endast kärandens intresse fick beaktas.³¹⁹ Lagtextens ordalydelse var klar, men mot detta åberopade domstolen de konsekvenser som skulle bli följden av en bokstavstrogen tolkning. Svaranden i mål angående fastställsetalan skulle inte kunna utnyttja sin rätt att

³¹⁵ För exempel på synsätt i fråga om beaktande av konsekvenser i samband med lagtolkning se AD 96/76, 83/77 (minoriteten), 194/77 (minoriteten), 165/78 (minoriteten), 118/79, 149/79 (minoriteten), 74/80, 26/81, 17/82 och 140/84.

³¹⁶ T.ex. AD 96/76.

³¹⁷ Jfr AD 19/76 där syftet med preskriptionsregler "självfallet" sägs vara att en part vid utgången av viss tid efter en händelse ska veta vilka ersättningskrav den ger upphov till.

³¹⁸ I AD 74/80 beaktades också konsekvenserna av en viss tolkning. Man ville inte genom sitt beslutsfattande medverka till ett förvärrande av tolkningsproblemen. Om "överkompensation" se även AD 113/79 och 133/86.

³¹⁹ En annan processuell fråga som aktualiserades i domen behandlas i 4.2.2.3.

genom begäran om rättskraftigt avgörande skydda sig mot risken att senare bli besvärad av ny rättegång i samma sak. Domstolens uttryckssätt är intressant: "Stadgandet måste...ge utrymme för att beakta...".

Ordalydelsen var klar, men konsekvenserna av en tolkning i enlighet med denna accepterades inte. Fallet kan ses som ett exempel på stark konsekvensorientering.

AD 137/79 (Lind) 3 § arbetstidslagen tolkades, enligt vilken undantag från lagens tillämpning fick göras "[g]enom kollektivavtal, som har slutits eller godkänts av organisation, vilken är att anse som central arbetstagarorganisation" enligt MBL. Arbetsdomstolen fann det ligga närmast till hands att uppfatta lagtextens ordalag så att förutsättningen för en avvikelse från lagen var att kollektivavtalet fanns vid tidpunkten för avsteget från lagen. Denna läsning av texten godtogs emellertid inte, utan domstolen uttalade i stället att det inte uttryckligen angavs i lagtexten att detta var en förutsättning för att avvikelse från lagen skulle kunna göras. Lagtexten var inte så entydigt avfattad att man enbart på grund av den *måste* dra den slutsatsen. Vad som saknades i lagtexten för att en sådan slutsats skulle bli ofrånkomlig var "någoting rörande kollektivavtalets giltighetstid" och "någoting om huruvida tidigare gällande kollektivavtal kan tänkas ha en efterverkan under tillfälligt avtalslöst tillstånd". Förarbetena till den i målet aktuella 1970 års arbetstidslag ansågs inte innehålla något användbart uttalande. Bland förarbetena till den lag som föregick 1970 års arbetstidslag finns ett betänkande (SOU 1954:22, arbetstidsutredningen) i vilket diskuteras frågan om vilken ordning som skulle gälla när ett kollektivavtal upphörde och inte omedelbart ersattes av ett nytt. I princip borde, enligt utredningen, föreskrivas att lagens bestämmelser skulle gälla. Arbetsdomstolen uppfattade detta uttalande som att arbetstidsutredningen föreställde sig att lagens bestämmelser omedelbart skulle bli tillämpliga om ett kollektivavtal med bestämmelser rörande arbetstiden upphörde att gälla. Förslaget ledde emellertid inte till lagstiftning och det togs inte upp i ett senare lagstiftningsärende avseende regler om möjlighet att göra avvikelser från lagen genom kollektivavtal. Under sådana omständigheter ansågs arbetstidsutredningens uttalanden inte kunna tillmätas "någon avgörande betydelse" i lagtolkningsfrågan. Förarbetena till studieledighetslagen undersöktes som innehöll bestämmelser som i sak överensstämde med de omtvistade reglerna i arbetstidslagen. Ett uttalande av departementschefen att frågan om kollektivavtals fortsatta tillämpning under kollektivavtalslöst tillstånd borde överlämnas åt rättstillämpningen ansågs ha "begränsat intresse", eftersom det tillkommit i ett helt annat sammanhang än det som var aktuellt i målet. Efter denna markering av uttalandets begränsade betydelse gavs emellertid beskedet att man av uttalandet inte kunde dra någon annan slutsats än att frågan om kollektivavtals efterverkan överlämnats åt rättstillämpningen!

I några "mera allmänna överväganden" lämnades följande besked:

1. Arbetstidslagen aktualiserar dels sociala skyddssynpunkter dels behovet av flexibilitet. De två synpunkterna gör sig gällande också under tillfälligt avtalslöst tillstånd. Varken skyddsintresset eller behovet av flexibilitet talar mot att från lagen avvikande kollektivavtalsregler får tillämpas under tillfälligt kollektivavtalslöst tillstånd.
2. Det skulle uppstå stora praktiska svårigheter om kollektivavtalet inte kunde tillämpas under tillfälligt avtalslöst tillstånd.
3. De fackliga organisationerna skulle få tillgång till ett påtryckningsmedel om man gick på den linjen att lagtexten skulle bli tillämplig i det avtalslösa tillståndet.

Domstolen intresserade sig uppenbarligen bl.a. för konsekvenserna av ett ställningstagande innebärande att ett kollektivavtal inte skulle kunna tillämpas under tillfälligt avtalslöst tillstånd. Det skulle uppstå stora praktiska svårigheter och de fackliga organisationerna skulle få tillgång till ett påtryckningsmedel. Det framgår inte vilken vikt som tillagts dessa två på konsekvenserna syftande argument. Att de varit betydelselösa finns dock ingen anledning att anta. Lagtexten tolkades bort. Den närmast till hands liggande tolkningen godogs inte. Förarbetena avfärdades – med ett undantag, nämligen propositionen till en helt annan lag än den i målet aktuella. Ett där gjort uttalande användes för att motivera ståndpunkten att den fråga som skulle besvaras var överlämnad till rättstillämpningen. Å ena sidan förekommer här i domskälen ett intensivt sysslande med lagstiftningsmaterial, men det resulterar i ett ställningstagande som ger möjligheter att beakta konsekvenser av beslutsfattandet. Agerandet skulle kunna ses som ett exempel på hur domstolen vill använda argument som härrör från lagstiftningshåll, men att man också vill åstadkomma ett lämpligt domslut.

I den nyss nämnda domen AD 56/80 behandlades också en fråga om huruvida ett tidningsbud skulle anses som deltidsarbetande enligt svenskundervisningslagen. Domstolen kom fram till att arbetet inte kunde hänföras till heltidsarbete enligt den lagen. Till stöd för ståndpunkten i fråga anfördes bl.a. att den "minskar risken för dubbelkompensation". Här beaktade man alltså effekterna av sin lagtolkning.

AD 26/81 (Lind) En tankegång hänförlig till tolkning av termen *lockout* avfärdades bl.a. därför att den "skulle få egendomliga konsekvenser på den offentliga sektorn" (s 260).

AD 8/82 (Stark) I samband med tillsättning av tjänst som särskolerektor avgav landstingets socialnämnd, i egenskap av skolstyrelse, förslag till tjänsten. Tjänsten tillsattes av den numera avskaffade statliga skolöverstyrelsen. Hur borde bestämmelserna om förhandling enligt 11 § MBL ha till-

lämpats i tillsättningsärendet? Arbetstagersidan gjorde gällande att primär förhandling skulle ha ägt rum inte bara mellan skolöverstyrelsen och huvudorganisationerna på det statliga området utan även mellan socialnämnden och den lokala arbetstagarorganisationen innan nämnden beslutade att avge förslag till skolöverstyrelsen. Landstinget som arbetsgivare hävdade att det inte fanns någon förhandlingsskyldighet före socialnämndens beslut att avge förslag utan att den inträdde först för skolöverstyrelsen innan den fattade sitt beslut om tillsättning av tjänsten. En majoritet fann att "övervägande skäl" talade för arbetstagersidans ståndpunkt. Den argumentering som låg till grund för majoritetens ställningstagande var följande. 1. I ett inledande "principresonemang", där man bortsåg från den komplikation som det dubbla huvudmannaskapet innebar, ställdes frågan om en arbetsgivare kunde anses skyldig enligt MBL att i ett tjänstetillsättningsärende påkalla förhandling, innan han fattade beslut om och offentliggjorde förslag om vem bland sökandena som i första hand borde komma i fråga för tjänsten, eller om det var tillräckligt att förhandlingen ägde rum innan arbetsgivaren slutgiltigt tillsatte tjänsten. Svaret ansågs givet. Förhandling skulle ske innan arbetsgivaren offentliggjorde en ståndpunkt om vem av sökandena som borde få tjänsten. 2. Vilken betydelse skulle det dubbla huvudmannaskapet tillmätas? Man utgick först från det faktum att det var skolöverstyrelsen som fattade beslutet om tillsättning och konstaterade att MBL ger uttryck för att förhandling ska äga rum med den arbetsgivarpart som fattar det beslut som förhandlingen gäller. Majoriteten torde ha haft lagtextens ordalydelse i 11 § MBL i åtanke när den uttalade att "denne...är arbetsgivaren i förhandlingsreglernas mening." Men mot en sådan – på lagtextens ordalydelse grundad – uppfattning anfördes flera invändningar: a) *Resultatet* skulle bli ett förhandlingsförfarande som inte stod i samklang med de grundsatser som gäller på medbestämmandeområdet i övrigt. Man tänkte här på uttalandet i propositionen att arbetsgivaren har skyldighet att ta upp förhandlingar i så god tid att förhandlingen blir "ett naturligt och effektivt led i beslutsprocessen". b) Ytterligare en *effekt* av ett förhandlingsförfarande som ägde rum under beredningen av tillsättningsärendet hos skolöverstyrelsen beaktades: det skulle ställa vissa arbetstagargrupper helt utanför förhandlingen, nämligen de på skolområdet som har rent kommunala anställningar. Det var en omständighet som tillades "principiell tyngd". c) En tredje omständighet som beaktades – och som också förefaller tillhöra effektsidan – var att en förhandling före förslaget inte framstod som alltför belastande på beslutsprocessen. d) Landstinget var under hela beslutsprocessen den verkliga arbetsgivarparten. Skolöverstyrelsen var bara en ställföreträdare. Den som fyllde funktionen som arbetsgivare på det stadium i beslutsprocessen då initiativ till primär förhandling ska tas var legitimerad som part på arbetsgiversidan. Socialnämnden uppträdde som företrädare för arbetsgivaren och inte bara som en utanför arbetsgivar – arbetstagarförhållandet stående part som skulle yttra sig i tjänstetillsättningsärendet. En avgörande del av argumentationen förefaller vara den som rör arbetsgivar-

begreppet. Majoriteten ställde två tolkningsalternativ mot varandra. Det första alternativet var att låta den vara arbetsgivare i MBLs mening som fattar det beslut som förhandlingen gäller. Det andra alternativet var att ”den som fyller funktionen som arbetsgivare på det stadium i beslutsprocessen då initiativ till primär förhandling skall tas är legitimerad som förhandlingspart på arbetsgiversidan”. Enligt det första alternativet var arbetsgivarbegreppet det centrala. Har man bara bestämt sig för vem som är att betrakta som arbetsgivare så är frågan om vem som ska förhandla löst. Enligt det andra alternativet var medbestämmandet det centrala. På ett visst stadium i beslutsprocessen ska förhandling ske. Avgörande för vem som ska förhandla blir vem som fyller funktionen av arbetsgivare på detta stadium. När arbetsdomstolen bestämde sig för det senare alternativet gick man inte längre i att underbygga sitt ställningstagande än till att hävda att det fick anses vara ”en naturlig tolkning” av 11 § MBL att se saken på det sättet.

Majoriteten beaktade här utan tvekan effekterna av en tolkning som innebure att lagtextens ordalydelse tillmättes en avgörande betydelse! Båda minoriteterna hävdade att majoriteten beaktat ”ändamålssynpunkter”.

I AD 140/84 konstaterades att om lagtexten tolkades precis efter ordalagen skulle förbudet mot lönediskriminering få synnerligen liten betydelse.

AD 29/85 (Stark) M var ledig från arbetet på grund av facklig verksamhet. Om han arbetat skulle han ha fullgjort viss beredskapstjänstgöring. Nu ersattes han av en annan arbetstagare. Den senare utförde övertidsarbete under sammanlagt 17 timmar. Hade M rätt till motsvarande övertidsersättning för detta arbete enligt regeln i 7 § FML om bibehållna anställningsförmåner? I domskälen diskuterades först lagtext och förarbeten. Lagen ansågs inte innehålla några regler om hur ersättningen närmare skulle bestämmas och förarbetena inte några utförligare anvisningar i tolkningsfrågan. Två tolkningsalternativ övervägdes. Det ena innebar full kompensation för vad M skulle ha tjänat om han inte fullgjort det fackliga uppdraget. Det andra innebar ersättning till M motsvarande lön och sådana lönetillägg som kontinuerligt och förutsebart utgår vid sidan om lönen och som inte utgör särskild ersättning för kostnader eller liknande. Mot det första alternativet anfördes för det första ett förarbetsuttalande om att förtroendemannens förmåner inte får understiga vad som *normalt* skulle ha utgått till honom. En majoritet ansåg detta ge visst stöd för att lagstiftaren *inte* avsett att inkomstbortfall *alltid* ska ersättas. Trots det nyss återgivna uttalandet rörande lagtexten befanns dess uttryck ”bibehållna anställningsförmåner” ändå tala i samma riktning. Ett annat förarbetsuttalande, som möjligen skulle kunna sägas tala till förmån för detta första tolkningsalternativ avfärdades som oklart till sin innebörd. Rättskälleargument kunde alltså sägas med en viss styrka tala emot det första tolkningsalternativet. Till detta lades ett beaktande av konsekvenser. Ett accepterande därav skulle leda till tolkningspro-

blem. Ett tredje tolkningsalternativ berördes kortfattat men eftersom det dels skulle ha lett till svåra tolkningsproblem och dels saknade stöd i lagtext och förarbeten ”måste” det avvisas.

En minoritet av arbetstagarledamöter ansåg i stället att lagens innebörd var att en förtroendeman inte ska drabbas av någon inkomstförlust på grund av det fackliga uppdraget. Man stödde sig därvid på lagen, dess förarbeten och två tidigare domar.

Majoriteten verkar ha varit angelägen om att lösa tvisten på ett sätt som i görligaste mån eliminerade tolkningsproblem i framtiden. Vad skulle det ena eller det andra alternativet leda till? Det var alltså konsekvenserna av ett ställningstagande som beaktades. Arbetsdomstolen kompletterade här 7 § FML när den formulerade en ”princip” (s 193): ”[B]egreppet ’bibe-hållna anställningsförmåner’ skall... anses innefatta lönen jämte sådana lönetillägg som kontinuerligt och förutsebart utgår vid sidan av lönen.”

Ibland kan det vara extra svårt att avgöra om – och i förekommande fall hur – konsekvenser beaktats.

I AD 32/86 (Sköllerholm) tillämpades dåvarande 7 kap 4 § första punkten LOA enligt vilken en arbetstagare fick entledigas innan han uppnått gäl-lande pensionsålder, om han till följd av förlust av eller nedsättning i arbets-förmågan blivit för framtiden oförmögen att fullgöra sina arbetsuppgifter tillfredsställande. Domstolen prövade om det förelegat förutsättningar för att tvångsentlediga en hos televerket anställd telefonist, som av arbetsgiva-ren uppfattades som grovt störande på arbetsplatsen och med bristande sam-arbetsförmåga. Kunde det anses innebära att hon inte fullgjort sina arbets-uppgifter på ett tillfredsställande sätt? En central uppgift var att tolka uttrycket ”arbetsuppgifter”. Förarbetena till det lagrum som skulle tillämpas befanns inte ge några närmare anvisningar i tolkningsfrågan. Förarbetena till bestämmelsens föregångare gav inte någon vägledning. I de senare före-kom emellertid två uttryck, ”åliggande arbete” och ”tjänst”, som fick bety-delse för den fortsatta argumentationen. Utan att närmare ange var relevanta uttalanden står att finna uppgav domstolen att det av förarbetena till stats-tjänstemannalagen och LOA framgick att någon skillnad i betydelse mellan de tre uttrycken ”åliggande arbete”, ”tjänst” och ”arbetsuppgifter” *inte* varit *åsyftad*. I nästa led av argumentationen uppmärksammades termen ”tjänst”, ett uttryck som sades ge utrymme för ”en relativt extensiv tolkning”. Ingen anknytning till en lagstiftaravsikt ens antyds beträffande ståndpunkten att uttrycket tjänst borde tolkas extensivt. I nästa led var man tillbaka i lagstif-taravsikten igen. Lagstiftaren förmodades ha avsett att uttrycket ”arbetsupp-gifter” skulle tolkas på samma sätt – alltså extensivt. I ett sista led beaktades effekterna av en restriktiv tolkning. En sådan skulle kunna leda till att man tvingades bortse från att ett allvarligt störande uppträdande och bristande samarbetsförmåga ledde till att berörda arbetskamrater inte alls eller endast med svårighet kunde utföra sina arbetsuppgifter.

Domstolen tycks vilja uppehålla skenet av *lagtillämpning*.³²⁰ Argumenteringen är påtagligt lagstiftarorienterad. Lagstiftaravsikten framhålls som central när det gäller att avgöra tolkningsfrågan – trots ett mycket bräckligt stöd i förarbetena. På den kritiska punkt i den språkliga tolkningen där det ska avgöras om uttrycket arbetsuppgifter bör tolkas extensivt eller restriktivt nöjer sig domstolen med en obestämd hänvisning till vissa förarbeten. I den delen av argumenteringen skapas en likvärdighet i betydelsehänseende mellan ”arbetsuppgifter” och ”tjänst”. När det skett avgörs – utan angivande av grund – att ”tjänst” kan tolkas extensivt. Ett argument av helt annan karaktär är att en viss restriktiv tolkning skulle kunna få besvärliga konsekvenser. Den språkliga tolkningen i kombination med ett beaktande av konsekvenser leder till att arbetsdomstolen finner övervägande skäl tala mot att ge uttrycket ”arbetsuppgifter” en snäv innebörd.

Att avgöra hur tungt konsekvenserna vägt låter sig inte göra, men argumentationen ger intryck av att syfta till ett visst domslut, samtidigt som den ges en så traditionell utformning som möjligt. Ett sätt att underbygga domslutet hade varit att visa på konsekvenserna av en restriktiv tolkning – och låta det vara bra med det. Men man vill uppenbarligen ha med den traditionella lagstiftarorienterade argumenteringen också. Utta-landena om lagstiftaravsikten framstår närmast som en fiktion, en deko-ration som domstolen använder sig av för att förgylla domskälen. Det kan noteras, att man inte säger att lagstiftaren nog hade intagit den eller den ståndpunkten om han hade tänkt på saken, utan man uttrycker sig som om man menade att en viss tolkning faktiskt varit åsyftad.³²¹

AD 9/87 (Bergqvist) rörde tolkningen av 25 och 26 §§ LAS. Ett aktiebolag A gick i konkurs och bolagets anställda sades upp på grund av arbetsbrist. Fyra av de uppsagda arbetstagarna upptog – tillsammans med två personer som tidigare varit anställda hos A och ett företag som var delägare i A – samma verksamhet som A bedrivit intill konkursen. Denna senare verksamhet bedrevs inom ramen för ett nytt aktiebolag, B. Två från A uppsagda arbetstagare gjorde med stöd av reglerna i 25 och 26 §§ LAS gällande före-trädesrätt till anställning hos B. B hävdade att de sex personer som varit med om att bilda B inte ”i rättslig mening” var anställda där. De var kompanjoner och delägare i det nya bolaget och arbetade där i dessa egenskaper. Det hade

³²⁰ Ett fall som påminner om AD 32/86 i här diskuterat avseende är AD 105/77. Se även AD 9/87, nedan i detta avsnitt.

³²¹ I AD 97/88 uppkom fråga om tolkning av uttrycket ”fullgör sina arbetsuppgifter” i 13 kap 2 § LOA. Här kunde domstolen hänvisa till sin tolkning av motsvarande uttryck i 7 kap 4 § LOA i denna dom och konstatera att det saknades skäl att tolka uttrycket på ett annat och snävare sätt i det senare fallet.

alltså inte varit fråga om att anställa arbetstagare. Domstolen fann att ett ställningstagande till Bs invändning krävde en granskning av "de närmare omständigheterna kring tillkomsten av det nya bolaget...". Efter en utförlig redogörelse för dessa omständigheter ville domstolen inte stanna vid om var och en av de sex enskilda delägarna i B skulle anses ha fått ställning av arbetstagare "i sitt individuella förhållande till bolaget". Man ville också beakta "den roll som de tillsammans...spelat för det nya företags tillkomst". B, som enligt domstolens bedömande var den "nye arbetsgivare" som omtalas i 25 §, hävdade att man borde "se förbi den rättsliga konstruktionen med ett aktiebolag...och se till den reella innebörden av vad som har skett". Det var, enligt domstolen, inte minst från den synpunkten som man skulle se invändningen att de sex personerna var "kompanjoner och delägare i företaget och inte arbetstagare" i den mening som avses i 25 § LAS. Starka skäl ansågs tala för Bs ståndpunkt. Skälen utvecklades enligt följande.

"När lagens företrädesrättsregler har gjorts tillämpliga även vid överlåtelse av en rörelse *kan avsikten inte ha varit att* (min kurs) hindra att en grupp kompanjoner i ett och samma tidssammanhang förvärvare en rörelse och bildar ett nytt företag för att bereda sig själva sysselsättning där, ej heller att tvinga dem att välja en företagsform...i vilken de inte riskerar att komma att betraktas som arbetstagare men som från andra synpunkter är olämplig eller, som ett ytterligare alternativ, tvinga dem att i syfte att undgå företrädesrättsanspråk välja en särskild tidsföljd för företagsbildningen, påbörjandet av verksamheten i det nya företaget och rörelseförvärvet."

Om ett antal kompanjoner tillsammans startade ett nytt företag att arbeta i och för det ändamålet förvärvade t.ex. en konkursgäldenärs rörelse borde man bortse från vilken rättslig form som valdes för det nya företaget. Vid tillämpningen av 25 § LAS borde kompanjonerna tillsammans ses som förvärvare av rörelsen, "med lagens uttryck den nye arbetsgivaren". I konsekvens därmed borde man bortse från om kompanjonerna enskilt i en senare tvist med bolaget, eller med en majoritet av övriga delägare skulle kunna komma att betraktas som arbetstagare i bolaget. Slutsatsen blir väl att kompanjonerna som förvärvare av "den nye arbetsgivaren" inte samtidigt ska behöva konkurrera om arbete hos honom på grund av bestämmelserna i 25 § LAS.

Risken för kringgående beaktades och diskuterades.

Det kan tänkas att arbetsdomstolen här försökte dölja den tyngd man lade vid konsekvenserna av ett ställningstagande till de två arbetstagarnas favör genom en fingerad lagstiftarorientering. I argumenteringen anknöts till en lagstiftaravsikt, men den dokumenterades inte med någon hänvisning till förarbetsuttalanden. Det finns säkert inga. Det konstaterades bara att avsikten *inte kan ha varit* att åstadkomma vissa effekter. Det

skulle kunna vara så att effekterna av arbetstagsidans tolkning inte befunnits böra godtas.³²²

Det kan ifrågasättas om inte arbetsdomstolen här utför en reduktion.³²³ Rekvisiten i 25 § tycks vara för handen. Det *är* fråga om ett förvärv av en rörelse; det *finns* en ny arbetsgivare. De sex personerna kan – åtminstone i en annan tvist – komma att vara att betrakta som arbetstagare. Ändå tillämpas inte regeln.

En annan – på sin tid mycket uppmärksammas dom – belyser frågan om domstolens sätt att förhålla sig till konsekvenser av det egna beslutsfattandet.

AD 150/80 (Lind) Målet gällde en tillämpning av MBLs regler om utsträckt förhandlingsrätt i fråga om regeringspropositioner till riksdagen. Domstolen hade att ta ställning till frågan, om staten hade rätt att vägra träda i förhandling med dåvarande TCO-S rörande två frågor med anknytning till läroplanen i den obligatorisk grundskolan, med hänvisning till att frågorna föll utanför förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.³²⁴ Domstolens principiella inställning, omfattad av en majoritet av fyra ledamöter, sammanfattades i en senare dom (AD 8/81) på följande sätt.³²⁵

”I det politiska beslutsfattandet uppträder regeringen, i likhet med vissa andra offentliga organ, inte sällan i en annan roll än arbetsgivarens. Regeringsbesluten faller i sådana situationer inte inom ramen för förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare även om beslutet kan få återverkningar för statsanställdas arbets – och anställningsförhållanden. Ett beslut kan anses angå arbetsgivar – arbetstagarrelationen enbart om beslutet direkt tar sikte på de statsanställdas förhållanden eller om arbetsgivar – arbetstagarinslaget i beslutsprocessen eljest objektivt sett är viktigt i förhållande till övriga aspekter på den fråga som beslutet rör.”

Majoriteteten angav som sin uppgift i målet att fastställa om de två frågorna kunde hänföras till förhållandet arbetsgivare – arbetstagare. Utgångspunkten togs i förarbetena till MBL. Dessa ansågs inte ge några ”direkta” anvisningar rörande relationen arbetsgivare – arbetstagare på den offentliga sektorn. Efter en jämförelse mellan å ena sidan beslut som fattas av affärsdrivande företag och å andra sidan beslut som fattas av offentliga arbetsgivare konstaterades att det låg i den offentliga verksamhetens natur ”att ett offentligt organ fattar beslut i s a s skilda roller”. När det gäller regeringen kan t.ex. beslut ibland direkt ta sikte på de statsanställda och deras förhållanden. Det offentliga organet träffar beslutet som arbetsgivare. I andra fall fattas

³²² Eklund, R, antar, 1992, s. 169, att utgången dikterats främst av billighetsskäl.

³²³ Beträffande reduktionsslut se t.ex. Strömholm 1996, s. 436f och 463.

³²⁴ Se även AD 8/81, 14/86 och 23/88.

³²⁵ AD 14/86.

beslut åtminstone i första hand av helt andra skäl än sådana som har att göra med beslutsfattarens roll som arbetsgivare. Den fortsatta argumenteringen innehöll bl.a. följande led. 1. En inställning som innebär att man förnekar den offentliga verksamhetens särskilda förutsättningar och sätt att fungera "kan...inte vara riktig". 2. Hur skulle bestämmelserna i 15 § MBL rörande förhandlingsskyldigheten egentligen tillämpas om man skulle utgå från att alla regeringsbeslut, som på något sätt får återverkningar för statsanställdas arbets- och anställningsförhållanden, utgör arbetsgivarbeslut fallande under förhandlingsskyldigheten? Det föreföll majoriteten "föga rimligt" med förhandlingsskyldighet syftande till överenskommelser beträffande regeringens politiska beslut. 3. Den politiska beslutsprocessen blir klarare och mera renodlad om man utgår från en icke – förhandlingsrätt när det gäller den politiska beslutsprocessen. 4. På den offentliga sektorn har man kunnat avvära en motsvarighet till 2 § MBL bl.a. därför att det där – på grund av den offentliga verksamhetens särskilda natur – står klart, att det finns skilda typer av beslut som inte fattas av det offentliga organet i dess egenskap av arbetsgivare. 5. Frånvaron i förarbetena av ett sådant resonemang som domstolen fört ("att en offentlig arbetsgivare, särskilt då regeringen, uppträder i så skilda roller") innebär inte att man kan dra slutsatsen att resonemanget strider mot lagstiftarens intentioner. Diverse förarbetsuttalanden refererades i samband med uttalandet om lagstiftarens intentioner. 6. De vittgående konsekvenserna av arbetstagarståndpunkten gör att man inte gärna kan ansluta sig till den utan uttryckliga anvisningar från lagstiftaren.

Majoriteten fann att det varit önskvärt att lagstiftaren givit utförligare anvisningar för hur man i rättstillämpningen skulle lösa den typ av tvistefrågor som var aktuella. Man drog slutsatsen att lagstiftaren utgått från att offentliga organ i vissa sammanhang uppträder i en annan roll än arbetsgivarens och att han överlämnat åt rättstillämpningen att göra en gränsdragnings mellan de fall när offentliga organ uppträder som arbetsgivare och de fall när de inte gör det. Ytterligare en slutsats formulerades: På den offentliga sektorn fattas beslut som inte rör förhållandet mellan arbetsgivare – arbetstagare, även om beslutet som sådant kan få återverkningar för statsanställdas arbets- och anställningsförhållanden. I fråga om sådana beslut finns ingen förhandlingsrätt.

Därefter penetrerades följande fråga: Kan det finnas en begränsad förhandlingsrätt när det gäller beslut som inte rör förhållandet arbetsgivare – arbetstagare? Efter en argumentering rörande främst gränsdragningsproblemet, frågan om det överhuvudtaget vore möjligt och om det bleve fråga om förhandling i lagens mening drogs ytterligare en slutsats: Det är inte möjligt att se saken så att en facklig organisation har förhandlingsrätt i fråga om vissa men inte alla de överväganden som ligger bakom ett visst bestämt beslut av ett offentligt organ.

Majoriteten var därmed framme vid en punkt där man ansåg sig kunna utesluta alla lösningar utom en: I varje särskilt fall måste avgöras om ett beslut fattas av det offentliga organet som arbetsgivare eller om det fattas av

det offentliga organet i någon annan egenskap. I det senare fallet förelåg som nyss framgått ingen förhandlingsrätt. Efter vilka kriterier skulle då avgöras om ett beslut är hänförligt till den ena eller den andra kategorin? Svaret var kategoriskt: ”I princip måste man därvid förfara så att man granskar vilka överväganden som ligger bakom beslutet och om dessa objektivt sett är sådana att de direkt tar sikte på statsanställda i denna deras egenskap. Av intresse är också att avgöra vem som är beslutets adressat ”dvs vilken kategori beslutet direkt tar sikte på”. Majoriteten fann att båda de omstridda frågorna låg utanför förhållandet arbetsgivare – arbetstagare.

Majoriteten tycks inte ha fäst något avseende vid den tidigare dom som minoriteten återopade.

Minoriteten (inkl v. ordf. Sköllerholm) redovisade en helt annan uppfattning än majoritetens, grundad bl.a. på ett annat sätt att läsa förarbetena. Man beaktade också en tidigare dom (som förefaller uppenbart relevant för rättsfrågan). Med hänvisning till uttalanden i förarbetena fann den att de offentligt anställdas inflytande i princip skulle bygga på samma regler som gäller för den övriga arbetsmarknaden, en princip som dock skulle vika när det krävdes av hänsyn till den politiska demokratin. Av särskilt intresse är minoritetens konstaterande av förhandlingsrättens begränsning till vad som rör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare och att i fråga om innebörden av denna begränsning i förarbetena till LOA hänvisats till förarbetena till MBL. Sammanfattningsvis drog minoriteten av förarbetena till medbestämmandelagstiftningen slutsatsen att lagstiftaren inte funnit förhandlingsrätten som sådan innebära något hot mot den politiska demokratin inom den offentliga sektorn. När det gällde de båda omtvistade frågorna ansågs ingen tvekan råda om att frågor av motsvarande natur inom den privata sektorn av arbetsmarknaden ansågs röra förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare i MBLs mening och därför omfattades av förhandlingsrätten. Frågan om förhandlingsrättens omfattning var att bedöma på samma sätt för den offentliga sektorns del. I den delen hänvisade man också till en tidigare samma år avkunnad dom (AD 34/80) med uttalandet att lagstiftaren tagit den ståndpunkten att MBLs förhandlingsregler i princip ska vara fullt ut tillämpliga också på den offentliga sektorn. Domstolen fann där bl.a. att förarbetenas redogörelse för den avsedda ordningen för förhandlingar enligt 11–14 §§ MBL inte lämnade utrymme för att förhandlingsrätten av hänsyn till den politiska demokratin skulle vara i något väsentligt hänseende begränsad på den offentliga sektorn i jämförelse med vad som i allmänhet gäller. Minoriteten påpekade att frågan om det nödvändiga skyddet för den politiska demokratin ingående behandlats i lagstiftningsärendet men lösts på annat sätt än att förhandlingsrätten begränsats i förhållande till vad som gällde på den privata sektorn. Man angav hur man uppfattat majoritetens ståndpunkt: det avgörande var huruvida arbetsgivar – arbetstagaraspekten hos frågorna kunde bedömas som underordnad eller mindre viktig i jämförelse med de övriga aspekter som borde läggas på dem. Konsekvenserna av ett sådant synsätt var, enligt minoriteten, att de offentliganställdas förhand-

lingsrätt skulle – *trots att förarbetena till lagen om offentlig anställning ger uttryck för en helt annan målsättning och uppfattning* – vara mycket begränsad i förhållande till vad som gäller på den privata sektorn. Ett uttalande i en arbetsfördelningsfråga gjordes: "Många kan kanske anse att en sådan begränsning är motiverad. Det avgörande är emellertid vilken uppfattning lagstiftaren har haft i denna fråga." Det är svårt att se detta som något annat än skrivet med referens till majoritetens ståndpunkt: den hade tagit ställning utifrån sin uppfattning om hur det borde vara. Minoriteten tog ställning utifrån sin uppfattning om gällande rättsläge. Slutklämnen i tolkningsfrågan lydde: "Och vi kan alltså inte finna att lagstiftningen ger uttryck för en sådan värdering."

Avslutningsvis berörde minoriteten också vissa konsekvenser av majoritetens ståndpunkt (s 939f). Den av majoriteten förordade avgränsningen måste ge upphov till en betydande osäkerhet rörande förhandlingsrättens omfattning och kunde leda till svårbedömda tvister mellan parterna på den offentliga sektorn, varvid det i sista hand skulle ankomma på domstolen att bedöma vilken vikt som olika aspekter på en fråga borde tillmätas i förhållande till varandra. Därefter vände man sig åter mot lagstiftaren: "Detta kan inte rimligen antas ha varit lagstiftarens avsikt."

Genomgången av domsmaterialet föranleder följande *slutsatser* rörande inom arbetsdomstolen förekommande rättstillämpningsvärderingar, varvid bör hållas i minnet att arbetsdomstolens sätt att argumentera innebär att det finns anledning att vara försiktig när det gäller uttalanden om vilken vikt konsekvenserna tillades i det enskilda fallet.

Uppfattningarna om i vilken utsträckning konsekvenser skulle beaktas varierade mellan olika ledamöter.

Att det förekom ett beaktande av konsekvenser som med den här använda terminologin innebär en konsekvensorientering förefaller klart. Det kan visserligen ofta vara svårt att avgöra i vilken utsträckning ett beaktande av konsekvenser kan sägas stå i strid med besked från lagstiftaren. Den som beaktat konsekvenser *kan* ofta (kanske alltid) göra gällande att den intagna ståndpunkten står i överensstämmelse med en viss läsning av lagtext eller förarbeten. Vilka slutsatser som ska dras av vad som står eller inte står i de sistnämnda är ju överlämnat till den rättslige beslutsfattaren att avgöra. Den som – för att ta ett exempel – skulle vilja hävda att i AD 150/80 ett beaktande av konsekvenser skedde på bekostnad av i lagtext och förarbeten givna lagstiftarbesked, har ett starkt stöd i minoritetens uttalanden. Det går dock att finna situationer där lagtextens ordalydelse utan tvekan fick stå tillbaka för oönskade konsekvenser, t.ex. AD 108/78.

Inställningen till ett beaktande av konsekvenser förefaller på sina håll ha varit ambivalent. Ett exempel är den ordförande (Lind) som i ett sam-

manhang förklarade att det inte är domstolens uppgift att ta ställning till effekter av lagstiftningens konstruktion, men som i ett annat nyss nämnt sammanhang (AD 150/80) genomförde ett resonemang som är svårt att förklara om man inte antar att konsekvenser beaktats.

4.4 Kommentarer i anslutning till arbetsdomstolens lagtolkning

4.4.1 Resultat av undersökningen

Om lagtolkning sägs ibland sådant som att den inte är någon exakt vetenskap eller att den inte kan reduceras till någon regelsamling eller att det skulle leda fel att se lagtolkning som bara en fråga om språkligt meningsfinnande.³²⁶ Undersökningsresultaten ger inte anledning att invända mot sådana uttalanden. Ibland omtalas den som en teknik eller som en konst. Oavsett vad man väljer att likna den vid framstår den – inte minst i ljuset av den här redovisade undersökningen – som en verksamhet inom vilken kan förekomma olika orienteringar.³²⁷ I den teoretiska ramen (kap 3) antogs två huvudorienteringar för det rättsliga beslutsfattandet, lagstiftarorientering och konsekvensorientering. Lagstiftarorienteringen antogs kunna ta sig uttryck i en orientering antingen mot lagtexten eller mot lagstiftaravsikten. Lagstiftaravsikten antogs i sin tur kunna avse antingen en bestämmelses språkliga innebörd eller dess ändamål. Konsekvensorienteringen, slutligen, antogs kunna vara stark eller svag. De fynd som gjorts i materialet har redovisats i avsnitten 4.2 och 4.3. Vissa slutsatser rörande inom arbetsdomstolen förekommande rättstillämpningsvärderingar har redovisats i slutet av varje avsnitt (4.2.1, 4.2.2.2, 4.2.2.3 och 4.3).

Det återstår att i detta avslutande avsnitt av kap 4 diskutera några frågor med anknytning till arbetsdomstolens lagtolkning.

Det är uppenbart att det fanns ett avsevärt utrymme i vilket olika orienteringar kunde komma till uttryck.³²⁸

³²⁶ Fuller 1969, särsk s. 91, talar om lagtolkning som en specifik typ av texttolkning, utförd i ett speciellt sammanhang innefattande bl.a. ett samspel mellan lag och tillämpare och idealt syftande till största möjliga överensstämmelse mellan text och tolkning.

³²⁷ Brown, s. 270ff, diskuterar "varying approaches". Jfr Eckhoff 1993, s. 12 : "Noen er f.eks. dristigere i sin lovtolking enn andre, noen føler seg sterkere bundet av prejudikater enn andre etc." Liknande i Bengtsson 1997, s. 118.

³²⁸ Wiklund talar, s. 24, om tolkningsutrymme som "den rättsliga auktoritet som är given till en rättstillämpare att företa ett val mellan två eller flera alternativ".

Westberg framhåller "den betydande argumentationsfrihet som domstolen har". Han noterar att det inte lagts ner så mycket möda på att redogöra för denna frihet. Och vidare: "Det är tunnssått med rättsvetenskapliga arbeten som har angripit lagtolkningsproblematiken från...utgångspunkten...att redogöra och argumentera för den frihet som domstolen har och bör ha att välja tolkningsmetod, tolkningsdata och tolkningsresultat."³²⁹

Som Gaarder påpekat är ett sakförhållande ofta sammansatt av flera moment, vilka drar i olika riktningar "og ved avveiningen av 'de kryssende hensyns relative styrke' kan dommeren ha det i sin makt å legge den avgjørende vekt på den ene eller annen side av det kompliserte faktum..."³³⁰

Några omständigheter som bidrog till att skapa detta utrymme ska nämnas.³³¹ Beslutsfattaren kunde till att börja med själv välja orientering när det gällde tolkningsstil, t.ex. orientering mot av lagstiftaren i lagtext eller förarbeten lämnade besked eller mot konsekvenserna av beslutsfattandet. Han kunde i det förra fallet välja att lägga vikt vid t.ex. avsedd innebörd eller avsett ändamål med ett stadgande.

Ordalydelsen kunde ofta ges två (ibland flera) innebörder. En majoritet och en minoritet kunde t.ex. båda vara inriktade på att fastställa den språkliga innebörden av ett uttryck, men olikheter i uppfattningen om rätt tillvägagångssätt när det gällde att utfinna den kunde leda till diametralt motsatta resultat (se t.ex. AD 32/82). Man kunde också ha olika uppfattningar om huruvida ett uttryck skulle anses ha samma eller annan innebörd än den det hade på ett annat håll i regelsystemet.³³² Möjligheten att välja mellan en extensiv och en restriktiv tolkning av en regel var också av betydelse.

Det fanns ibland utrymme för olika uppfattningar om vad som var syftet med en bestämmelse. Olika ledamöter kunde, tämligen fritt, utläsa olika syften ur de från lagstiftaren härrörande rättskällorna. Om olika syften kolliderade med varandra i samma tvist kunde det finnas olika uppfattningar om vilket av dem som skulle tillgodoses i första hand.

Samma förarbetsuttalande kunde uppfattas olika i fråga om klarhet –

³²⁹ Westberg 1988, s. 307. Beträffande tesen om ett enda korrekt svar på juridiska frågor, se t.ex. Peczenik 1997, s. 706. Aarnio konstaterar, 1997, s. 28: "Legal philosophers have for long been puzzled by the issue of the one right solution in legal decision making." Jfr Evers 1987, s. 37.

³³⁰ Gaarder, s. 230. En illustration till det utrymme för olika argumentationer som ledamöterna upplevde sig ha ges i AD 150/80.

³³¹ Adams & Brownsword 1992, s. 131, kommenterar situationen för Dworkin's Herkules: "Where the legal materials are complex, it seems altogether too easy for Hercules to articulate the law in more than one way, each such statement of the law satisfying the requirement of fit."

³³² T.ex. AD 128/83, 4/84, 14/84 och 55/85.

oklarhet eller tydlighet – otydlighet.

Olika auktoritet kunde också tillmätas ett förarbetsuttalande med hänsyn till dess placering i lagstiftningsärendet.

En tystnad från lagstiftarens sida i en viss fråga kunde användas på olika sätt. Den tolkades.³³³

Några kortfattade påminnelser ska ges. I AD 7/75 fäste majoritet och minoritet olika vikt vid uttalanden i förarbetsuttalanden och kom till olika slut. I AD 194/77 kom majoritet och minoritet, trots påtaglig lagstiftarorientering, till olika slutsatser. Majoriteten hänvisade till lagens ”grundsyn” medan minoriteten återopade ”lagens klara ordalydelse”. I AD 65/78 lästes samma förarbeten på olika sätt. Majoriteten citerade ordagrant ur propositionen och fann den aktuella bestämmelsens tillämpningsområde vara snävt. Minoriteten valde att referera i stället för att citera och fann (efter att ha justerat uttalandet) att regelns tillämpningsområde borde göras betydligt mera vidsträckt. I AD 165/78 var majoriteten ändamålsinriktad och minoriteten formalistisk. I AD 5/79 ansågs lagtextens ordalag och vissa förarbetsuttalanden peka i en riktning medan det primära syftet med den lagregel som skulle tillämpas befanns peka i en annan riktning. Ett antaget ”primärt” syfte tilläts överflygla såväl lagtext som förarbetsuttalanden. I AD 118/79 demonstrerades på ett åskådligt sätt hur vida ramarna kan vara för användning av förarbeten. Den rättslige beslutsfattaren bestämmer själv vilken del han ska använda i sin argumentation. a) Inställningen till förarbetsuttalanden rörande 2 § MBL. Majoriteten såg ett där förefintligt uttalande som gjort ”i anslutning till helt andra bestämmelser i [MBL] än den tvisten rör” och ansåg därför att man inte kunde dra några ”för målet avgörande slutsatser” på grundval av det. Minoriteten ansåg att departementschefen i specialmotiveringen till 2 § hade ”tangerat den i målet aktuella frågeställningen”. Att man sedan inte ville dra några särskilda slutsatser av motivuttalandet berodde inte på att det gjorts i anslutning till någon annan paragraf än 11 §. b) Lagstiftarens tystnad gavs olika tolkningar (jfr från analogikapitlet AD 94/77.) c) Uttalandet i förarbetena om rättstillämpningens roll vid bestämmelsens tolkning tillmättes helt olika betydelse. I AD 149/79 använde majoriteten och en av minoriteterna (Lindeborg) förarbetena samma formulering för att uttröna avsikten. De slutsatser som drogs av dem var helt olika. I AD 72/80 beskrevs två alternativa synsätt rörande tolkningen av ”viktigare förändring av verksamheten”. I AD 87/83 förekom tre olika argumentationer för två olika domslut utan att någon, ur juridisk synvinkel, kan sägas vara felaktig. Domen visar också hur man kan gå till väga när syftet inte ger

³³³ Några exempel på olika sätt att tolka lagstiftarens tystnad ges i AD 94/77, 97/77, 65/78, 165/78, 118/79, 72/80, 150/80, 87/83, 73/87 och 94/83. Resonemanget i AD 55/85 utgående från att lagstiftaren överhuvudtaget inte tänkt på situationen i fråga, kan jämföras med uttalandet i AD 63/84 där just det förhållandet att lagstiftaren inte tänkt på en viss situation anfördes som ett argument för att arbetsdomstolen skulle gripa in.

någon ledning (båda tolkningarna tillgodoser syftet lika bra). I AD 150/80 är skillnaden i uppfattning om hur tvisten ska lösas så stor mellan majoritet och minoritet att majoritetens argumentering skulle kunna ses som ett led i ett nyskapande, medan minoritetens argumentering snarare för tankarna till tolkning. I AD 131/87 kom majoritet och minoritet till olika slut utifrån försök att fastställa syftet med de tillämpade bestämmelserna.

Utrymmet belyses också av svårigheten att finna ett kriterium enligt vilket en argumentation skulle kunna sägas vara felaktig. I en debatt om den tidigare behandlade domen AD 150/80³³⁴ ifrågasattes t.ex. "om domslutet var riktigt och i samklang med lagstiftarens intentioner"³³⁵ – dock utan att det angavs hur frågan om riktighet skulle avgöras. Domen har för övrigt i ett annat sammanhang uppfattats som ett exempel på "hur fri AD står i förhållande till de formella texter som rättskällorna utgör".³³⁶

Utrymmet för olika uppfattningar i samband med lagtolkningen och det faktum att beslutsfattarna i viss utsträckning hade olika värderingar i frågor rörande beslutsfattandet gjorde att utgången av ett mål ofta var oviss – och att det när domslutet förelåg kunde vara vanskligt att avgöra om det var "riktigt" eller "oriktigt". Situationen skulle kunna uttryckas som att det före avgörandet inte fanns en enda *riktig* tolkning, men att det efter avgörandet givits en enda *auktoritativ* tolkning. Den gjorda tolkningen kom sedan normalt att spela en roll i den fortsatta tillämpningen av regeln – allt inom ramen för den prejudikatlära som senare beslutsfattare omfattade. En sådan bild strider mot vad som enligt Kelsen ingår i den vanliga tolkningsteorin, nämligen att lagen, tillämpad på ett enskilt fall ger *ett* riktigt avgörande och att "riktigheten" är grundad i lagen själv.

"Den framställer tolkningens förlopp som om det därvid handlade om en intellektuell akt av klargörande eller förståelse, som om uttolkaren endast hade att sätta sitt förstånd men inte sin vilja i rörelse och som om genom en ren förståndsverksamhet ett riktigt, den positiva rätten motsvarande, val skulle kunna träffas bland de föreliggande möjligheterna."³³⁷

En sådan tolkningsteori förefaller stå i överensstämmelse med uttalanden om att "dömandet grundas på lag och ingenting annat", att domstolen "tolkar lagen" och att resultatet av överväganden i samband därmed "ute-

³³⁴ För synpunkter på domen se Edlund 1981; Göransson 1981a, 1981b, 1981c och 1981d; Seth & Svensson, s. 36ff; Svensson 1981a, 1981b och 1985, s. 75ff;

³³⁵ Seth & Svensson, s. 38ff.

³³⁶ Flodgren 1982, s. 128.

³³⁷ För citat och kommentarer se Evers 1987, s. 37f. För en diskussion av Dworkins tes om "det enda rätta svaret", se Peczenik 1995b, s. 92ff. Tesen förutsätter en Herkules, vilket gör den svår att relatera till vanlig domstolsverksamhet; jfr Bergholtz 1990, s. 166.

slutande haft sin grund i rättsliga analyser”.³³⁸ Att en sådan beskrivning av vad rättsligt beslutsfattande kan innefatta lämnar en del övrigt att önska har framgått av den tidigare genomgången av olika situationer i vilka sådant beslutsfattande förekommer. Detsamma kan sägas om uttalandet att det för den arbetsgivare eller förtroendeman som vill ha reda på hur en lagregel skall tolkas skulle finnas ”en ’sanning’ som går att leta fram i skrifterna”.³³⁹ Här skymtar fiktionen om ”det rätta svaret”.

Aarnio har tecknat en – som det vill synas – mera realistisk bild.

”Lag är vad som däri läses, är ett gammalt folkligt talesätt. Också om vi inte tar ordstävet bokstavligt, så har det i ett visst hänseende något viktigt att säga oss. Det är ett djupt antilegalistiskt talesätt: lagen erbjuder mer än ett riktigt tolkningsalternativ. Lagen är ofta oklar, mångtydig, motstridig eller har luckor. Svaret finner man i dessa fall – begreppsénligt – inte i lagen. I ett fall där olika tolkningar är möjliga är det ingen motivering att säga att *lagen* fordrar den framlagda lösningen. Det är som att lyfta sig själv i håret. Man måste alltså söka grunderna för att ge företräde åt en viss tolkning någon annanstans.”³⁴⁰

Det faktum att det inom domstolen fanns olika värderingar rörande lämpligt tillvägagångssätt i samband med lagtolkning reser frågan om det finns grund för påståendet att där skulle ha existerat någon ”sedvanlig tolkningsstil” el dyl.³⁴¹ Att någon samsyn inte existerade i alla detaljfrågor har framgått. Samtidigt går det att finna dominerande inslag i beslutsfattandet. Ett sådant är den mot lagtext och förarbeten visade uppmärksamheten, särskilt i syfte att utleta en ”lagstiftaravsikt”.³⁴² Att det fanns inslag av både lagtextorientering och konsekvensorientering rubbar inte huvudintrycket.³⁴³ Att gå så långt som till att hävda att lagtolkning genomgående skulle ha genomförts ”på sedvanligt sätt”³⁴⁴ framstår dock som svårt att förena med den i domstolen förekommande praktiken.

I fråga om avsedd språklig innebörd hänvisades i första hand till lag-

³³⁸ Lind 1984, s. 34f.

³³⁹ Ahlberg 1988, s. 4.

³⁴⁰ Aarnio 1984, s. 12.

³⁴¹ För en karaktäristik av Högsta domstolens rättstillämpning se Peczenik 1980, s. 172. I AD 148/79, s. 866, talas om ”vedertagna lagtolkningsprinciper” och i AD 8/82 om ”en naturlig tolkning” av en bestämmelse i MBL. Jfr Wennström, s. 44, med liknande exempel. Se också ARK, s. 584, där det talas om ”gängse” rättskällor och ”gängse” tolkningsmetoder.

³⁴² Jfr Geijer & Schmidt, s. 374, rörande ämbetsmännen i arbetsdomstolen. Sigeman framhåller i 1977a, s. 216, att arbetsdomstolens praxis kännetecknas av stark bundenhet vid lagförarbeten.

³⁴³ En mera påtaglig lagtextorientering kom till uttryck företrädesvis i minoritetsvota.

³⁴⁴ AD 4/84.

text och förarbeten men, ibland, till enbart (eller främst) förarbeten. Uttalanden i förarbetena om extension eller restriktion vägde tungt.

Att förarbetsuttalanden tillades en avsevärd vikt framgår inte minst av att de kunde föranleda en tolkning av lagtext som klart avvek från vanligt språkbruk. Det förekom också fall där en klar lagtext stred mot ett klart förarbetsuttalande och där arbetsdomstolen inte utan vidare tillade den förra den större tyngden. Förarbetsuttalanden kunde ges – inte bara i det allra närmaste samma,³⁴⁵ utan t.o.m. – större genomslagskraft än en klar lagregel. Den för en lagtextorienterad beslutsfattare naturliga utgångspunkten att lagtextens ordalydelse sätter en gräns för vad som kan åstadkommas genom tolkning, var alltså inte oomstridd inom domstolen. Inte ens en klar lagtext ägde något ovillkorligt vitsord gentemot motivuttalanden. Om lagtext och förarbetsuttalanden pekade i samma riktning förefaller det dock ha skapat en känsla av stark bundenhet hos domstolsledamöterna.

Den i litteraturen mycket debatterade (deskriptivt och normativt) frågan om fastställande av lagreglers ändamål ter sig i fråga om arbetsdomstolen i sina huvuddrag relativt odramatisk. Ändamålet med en bestämmelse fastställdes ofta genom specificerade hänvisningar till förarbetsuttalanden, men hänvisningen kunde också vara ospecificerad.

Det är vanligt med uttalanden i litteraturen som framhäver förarbetenas betydelse i samband med lagtolkning, t.ex. att förarbeten i stor utsträckning kommer till användning – och ofta blir det viktigaste hjälpmedlet – i samband med tolkningen³⁴⁶ och att förarbetena begagnas inte bara när de direkt uttalar, hur ett stadgande är avsett att tolkas, utan ofta också när de anger vad syftet med ett stadgande kan vara.³⁴⁷ Intresset för lagförarbeten när det gäller att fastställa lagstiftarens syfte kan ses som ett naturligt – kanske rent av nödvändigt inslag i ett demokratiskt samhälle.³⁴⁸ Det är en naturlig konsekvens av den arbetsfördelning mellan lagstiftare och rättstillämpare som är konstitutionellt förutsatt.

När det gäller mindre dominerande inslag i beslutsfattandet kan sägas att den som intog en lagtextorienterad position ofta också återopade konsekvenserna till stöd för sitt ställningstagande. Två ”objektiva” moment fick samverka för att uppväga en tolkning byggd på lagstiftaravsikten.

Konsekvenser beaktades i vissa situationer men synen på vilken vikt

³⁴⁵ Jfr Strömholm 1979a, s. 151f.

³⁴⁶ Hellner 1994, s. 81f. Sigeman, 1997b, s. 266, talar om ”den relativt starka bundenheten till uttalanden i lagmotiv” som ett särdrag för arbetsrätten.

³⁴⁷ Hellner 1988, s. 67.

³⁴⁸ Jfr Bergholtz, s. 375f, som anser att svenska domstolar i betydande omfattning använder sig av en subjektiv metod vid lagtolkning.

som skulle tilläggas bl.a. negativa effekter av en tolkning tycks ha varierat.

Mottagarledets betydelse för utgången av lagtolkningen är omdiskuterad.³⁴⁹ Att det spelar en roll för den rättslige beslutsfattaren har ofta antagits inom rättsvetenskapen. Tolkaren kan t.ex. tänkas eftersträva *mänskligt godtagbara* avgöranden.³⁵⁰ En annan möjlighet som antagits är, att man i det rättsliga beslutsfattandet skulle – åtminstone i ett visst rättskälleläge – beakta den samhälleliga acceptans som avgörandet kommer att möta.³⁵¹ I linje med sådana antaganden förefaller ligga tanken att arbetsdomstolen skulle vara obenägen att låta värderingar som inte är förankrade hos arbetsmarknadens parter påverka rättstillämpningen.³⁵² Det i undersökningen ingående materialet pekar närmast i riktning mot att bakom fallen av konsekvensorientering legat en strävan att åstadkomma ett resultat som framstod som rimligt eller lämpligt. Exempel på ställningstaganden som torde ha en väsentlig del av bakgrunden i en önskan att åstadkomma en klar gränsdragning och undvika tolkningsproblem i framtiden finns i AD 74/80 och 150/80.

När det gäller möjligheterna att fastställa en konsekvensorientering ska sägas att argumenteringen i arbetsdomstolens domskäl visserligen vanligen var mycket utförlig. Den kunde dock ibland framstå som oekonomisk, eventuellt döljande en längre gående konsekvensorientering än vad man öppet ville vidgå. Det förefaller som om domstolens språkbruk i viss utsträckning var avsett att, åtminstone ibland, tona ned konsekvensernas betydelse för beslutsfattandet.³⁵³

Det utrymme som fanns för olika utgångar kunde naturligtvis utnyttjas i olika syften. Ur undersökningssynpunkt föreligger här ett problem såtillvida som en argumentation till förmån för ett visst slut praktiskt taget alltid kan göras lagstiftarorienterad.

Det kan också noteras, att när arbetsgivar – eller arbetstagarledamöter intog en lagtextorienterad position skedde det inte i något fall på ett sätt som stod i strid med den egna sidans intressen. Arbetsgivarledamöter valde t.ex. en tolkning som skulle ha inskränkt arbetstagsidans befogenheter medan arbetstagarledamöter valde en tolkning som skulle ha utvidgat arbetstagsidans befogenheter. Partsledamöter var inte skiljaktiga när majoriteten kom till ett slut som gynnade den egna sidan. Det

³⁴⁹ Uttrycket "mottagarledet" är lånat från Strömholm 1989, s. 25, där det står för allmänheten (parter, jurister och tingsmenighet).

³⁵⁰ A st.

³⁵¹ Flodgren 1982, s. 135.

³⁵² Källström 1993, s. 201.

³⁵³ Se vidare 11.2.2.3 och 11.2.2.4.

fanns inget som hindrade den som ville ändra sig i fråga om rättstillämpningsvärderingar från ett mål till ett annat från att göra det.³⁵⁴

Utan ställningstagande i frågan om en eventuell förekomst av partiskhet i arbetsdomstolen kan också konstateras, att partiskhet inte utesluter korrekt juridisk argumentering. I domskälen kan tolkningar framställas som resultat av ställningstaganden i frågor rörande metanormer. Man kan t.ex. välja att ge lagtextens ordalydelse en viss språklig innebörd eller hänvisa till syftet bakom bestämmelserna för att motivera ett ställningstagande.

Mot bakgrund av vad som framkommit om synsätt inom arbetsdomstolen i frågor rörande lagtolkning ska kort diskuteras en aspekt av en i litteraturen framförd uppfattning om viktning av rättskällor. Peczenik har genomfört en tredelning av de "formella" rättskällorna i sådana som skall, bör respektive får åberopas.³⁵⁵ Han formulerar "rättskällennormer" som innebär bl.a. följande (en avgränsning görs här till vad som har särskilt intresse ur undersökningens synpunkt). Lagar *skall* och lagförarbeten och prejudikat *bör* beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation.³⁵⁶ Tredelningen sägs vara en "idealbild", med syfte att underlätta förståelsen av den juridiska argumentationen.³⁵⁷ Det kan mot bakgrund av undersökningsresultaten ifrågasättas om den gjorda tredelningen är ägnad att underlätta en sådan förståelse – åtminstone såvitt angår den argumentation som förekommer inom rättstillämpningen. Det kan finnas en risk att den i stället skapar ett felaktigt intryck av denna argumentation. Det finns i alla fall inget som tyder på man inom arbetsdomstolen – annat än undantagsvis – skulle göra någon skarp skillnad mellan t.ex. lagtext och förarbeten när det gäller deras "bindande" kraft. Intrycket är snarare att man där ser lagtext och förarbeten som ett språkligt sammanhang som tillsammans utgör en viktig utgångspunkt för ställningstaganden i de i målet aktuella rättsfrågorna. Att framställa det som att domstolen "skall" tillämpa den ena men bara "bör" tillämpa den andra rättskällan framstår som alltför kategoriskt.³⁵⁸

4.4.2 Skäl för och emot olika orienteringar vid lagtolkning

Ledamöternas val av orientering kommer i många fall att vara avgörande för utgången i ett mål. Det finns därför anledning att se på vad som kan

³⁵⁴ Se vidare 11.3.3.

³⁵⁵ För det följande se Peczenik 1995a, s. 214ff.

³⁵⁶ Från rättskällor som *får* beaktas bortses här.

³⁵⁷ A. a. s. 222.

³⁵⁸ Jfr Sandström & Peterson, s. 166f. Jfr nedan under 6.2.

anföras till stöd för det ena eller andra ställningstagandet i metafrågan.

En omständighet som talar för *lagtextorientering* är att lagtexten i sin helhet beslutats av den lagstiftande församlingen och att den därigenom framstår som väl förenlig med en parlamentarisk demokrati. Den kan också tänkas främja förutsebarheten av beslutsfattandet. Resultatet av beslutsfattandet kommer att hamna inom gränserna för "normalt språkbruk". Den låter också lagstiftaren ta konsekvenserna av sitt lagstiftningsbeslut och kan därigenom främja att lagtexten utformas med omsorg. Lagstiftaren kan inte förlita sig på att eventuella brister i lagtexten kommer att botas av den rättsliga beslutsfattaren.

Mot en lagtextorientering talar att de rättsliga beslutsfattarna genom att bortse från t.ex. konsekvenser och endast se till ordalydelsen riskerar att bli "agents of injustice".³⁵⁹ Det kan också ses som en nackdel att bortse från den stora mängd synpunkter som kan finnas i förarbetena. Det är lättare att göra lagtexten rättvisa om man ser den i ljuset av de synpunkter som finns framförda där. Ett viktigt skäl mot en långt driven lagtextorientering är – i en rättsordning sådan som den svenska – också att man från lagstiftningshåll förutsätter att förarbetsuttalanden beaktas. Att så sker är i själva verket ofta en förutsättning för sättet att utforma lagtexten.

Till stöd för en orientering mot *lagstiftaravsikten*, med en betoning av förarbetenas roll i tolkningen, kan anföras främst det som nyss anförts mot lagtextorienteringen.³⁶⁰ Användningen av lagförarbeten i svensk rättsskipning står i överensstämmelse med "lojalitetsprincipen".³⁶¹

Som skäl mot en sådan orientering kan anföras att det finns en risk att något som formulerats av en tjänsteman under lagstiftningsärendet får stor genomslagskraft trots att det inte uppmärksammats vid den politiska prövningen av lagförslaget.³⁶² Vidare är förarbeten inte tillgängliga för allmänheten på samma sätt som lagtexten.³⁶³ En risk skulle också kunna vara att förarbeten ibland innehåller så många synpunkter att tolkaren (särskilt om han är skicklig) kan åstadkomma ungefär vilket slut som helst, med en oklanderlig argumentation som grund. I något så när komplicerade fall skulle resonemang grundade på förarbetsuttalanden kunna tjäna som täckmantel för en konsekvensorientering med utrymme för godtycke eller partiskhet.³⁶⁴

³⁵⁹ Adams & Brownsword 1992, s. 128.

³⁶⁰ Ett antal skäl för att beakta förarbeten ges i Peczenik 1988, s. 261f.

³⁶¹ Se Frändberg 1973, s. 159f. Principen innebär bl.a. att myndigheter och förvaltning i sitt beslutsfattande ska vara lojala mot lagstiftaren.

³⁶² Hellner 1994, s. 84.

³⁶³ A st.

Till stöd för ett *konsekvensorienterat beslutsfattande* kan anföras att det ger möjlighet att fokusera det enskilda fallet och uppnå en materiellt tillfredsställande lösning av det. Det möjliggör också för beslutsfattaren att nå ett resultat som inte står i strid med hans uppfattning om det lämpliga.³⁶⁵

Mot en konsekvensorientering talar att den ger större utrymme för beslutsfattarens egna värderingar och minskar förutsebarheten i beslutsfattandet. Många torde ifrågasätta det lämpliga i att ge större utrymme för beslutsfattarens egna värderingar – särskilt om det sker på bekostnad av ett beaktande av värderingar som uttryckts i lagtext eller förarbeten. Risken för att de ska uppfattas som partiska är uppenbar. Gränsen mellan politik och juridik kan bli svår att urskilja. Den kan också äventyra konsistensen i rättssystemet. En viktig invändning mot konsekvensorienteringen (åtminstone en långtgående sådan) inom det rättsliga beslutsfattandet är också, att den kräver ställningstaganden i kausala frågor i långt större omfattning än vad som är försvarligt. Att bedöma effekter av beslut (eller andra handlingar) i sociala sammanhang är svårt, ofta omöjligt. Det finns ingenting som säger att den rättslige beslutsfattaren skulle ha särskilt goda förutsättningar att göra välgrundade ställningstaganden i sådana frågor.³⁶⁶

De olika orienteringarna skulle kunna ses som uttryck för en mer eller mindre fri eller bunden tolkningsstil, varvid graden av frihet eller bundenhet relateras till beslutsfattarens sätt att handskas med rättskällorna, främst lagtext och förarbeten. Följande argument *för* en friare tolkningsstil har föreslagits³⁶⁷:

1. Lagar och förarbeten kan bli omoderna. Lagtexten kan behöva anpassas till livets krav.
2. Ett avgörande efter bokstaven skulle kunna strida mot "allt sunt förnuft".
3. Rättsregler bör påverkas av domarens värdeomdömen, som uppstått "i praktiken".
4. Domare bör ha frihet att tolkningsvis skydda människor mot den centrala statsapparatus herravälde.
5. Ett alltför juridiskt – tekniskt resonerande förstås inte av lekmän.
6. I det traditionella beslutsfattandet har man kamouflerat de värderingar som lagtolkningen bygger på. De har tillskrivits lagstiftaren eller förtigits. Det kan innebära risker att förtiga eller förenkla värderingar, t.ex. att värderingsfrågor inte blir tillräckligt belysta och att fördomar och ogrundade

³⁶⁴ Adams & Brownsword 1992, s. 128f, talar om möjligheten av att "purposive formalism becomes a crypto-realist approach as judges ultimately follow their own lights...".

³⁶⁵ För ytterligare synpunkter se Adams & Brownsword a. st.

³⁶⁶ Se t.ex. Kellgren, s. 84.

³⁶⁷ Peczenik 1980, s. 169f.

antaganden får ett friare spelrum. Det kan också skapa problem i juristutbildningen. Studenterna får lätt ett felaktigt intryck av vad juridiska problem är när värderingsfrågor formuleras som kunskapsfrågor.

7. Domarna slipper syssla med ”tekniska” detaljer. Deras uppmärksamhet kunde riktas mot ”relevanta sociologiska data”.

I samma framställning anges också ett antal argument *mot* en friare rättsbildning.

1. Lagar och förarbeten är väl genomtänkta.

2. Lagen är beslutad av en demokratiskt vald församling. Domaren är tjänsteman.

3. En fri tolkningsstil äventyrar rättssäkerheten. Skilda domare skulle kunna nå helt olika lösningar i samma tolkningsfråga.

4. Den fria stilen är oprecis och kan inte formuleras efter entydiga regler.

5. Sämre garantier mot partiskhet.

6. Den traditionella tolkningsmetoden har praktiserats länge och utan större problem. En *mycket* friare tolkning skulle innebära en revolution. En sådan kräver goda skäl.

7. En alltför fri lagtolkning skulle framkalla en reaktion från lagstiftaren i form av detaljerad lagstiftning.³⁶⁸

Vid ett ställningstagande till olika orienteringar är det naturligt att beakta det förutsatta samspelet mellan lagstiftare och rättsliga beslutsfattare. Man har att göra med två typer av beslutsfattande, lagstiftning och rätts-tillämpning, som bör komplettera varandra. Ingen beslutsfattare är ofelbar. Varken lagstiftare eller rättsliga beslutsfattare är allvetande. De har att tillsammans utföra en samhällstjänst. Den rättslige beslutsfattaren bör inte bortse från existensen av lagstiftaren. I lagstiftningsarbetet ingår som en självklar förutsättning tillämpningsledet.

I kap 11 kommer att diskuteras några frågor med anknytning till vad som behandlats i kap 4. (11.2.2.2, 11.2.2.3, 11.2.2.4 och 11.3.3).

³⁶⁸ Till detta fogas ytterligare några argument, a. a. s. 170. Beträffande för- och nackdelar med olika tolkningsstilar se också Twining & Miers, s. 168f.

5 Precisering av avvägningssnormer

5.1 Inledning

Precisering som en typ av rättsligt beslutsfattande avgränsades i 2.3 i anslutning till avvägningssnormer. Dessa sågs som exempel på en typ av normer, vilka ur tolkningssynpunkt framträder med en så låg grad av precision att det i samband med beslutsfattandet mindre är fråga om att ta ställning till deras språkliga innebörd än att i tillämpningen ge dem en sådan. Situationen skulle kunna beskrivas som fullgörandet av ett till rättsstillämparen från lagstiftaren delegerat uppdrag att medverka i utformningen av regelsystemet.³⁶⁹

Den fortsatta framställningen avgränsas, som aviserats i 1.3 och 2.3, till två avvägningssnormer i LAS. Den ena återfinns i 22 § och utsäger att en arbetstagare med längre anställningstid hos en arbetsgivare, vid uppsägning p.g.a. arbetsbrist,³⁷⁰ har företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid under förutsättning att han har ”tillräckliga kvalifikationer” för det fortsatta arbetet. Den andra regeln återfinns i 25 § och ger den som sagts upp på grund av arbetsbrist en företrädesrätt till ny anställning under förutsättning att arbetstagaren i fråga har ”tillräckliga kvalifikationer” för den nya anställningen. Avvägningsmarkören är i båda fallen ”tillräckliga”. Den avvägning som ska företas är främst den mellan å ena sidan arbetstagarnas intresse av anställningsskydd och å andra sidan arbetsgivarnas intresse av kompetent arbetskraft och av att inte tvingas till alltför stora utgifter för upplärning eller utbildning av icke kompetent arbetskraft. Avvägningen tydliggörs i följande dom.

AD 146/82 (Stark) Ett antal arbetstagare vid ett sågverk permitterades under en kortare tid (korttidsvecka under sammanlagt tio dagar). Vid permitteringen gavs vissa arbetstagare företräde till fortsatt arbete framför andra arbetstagare med längre anställningstid. Arbetsgivaren gjorde gällande att de permitterade arbetstagarna inte hade tillräckliga kvalifikationer för det fortsatta arbetet och att det inte hade varit rimligt att för de kortvariga per-

³⁶⁹ Se t.ex. Esping, s. 46, om ramlagar som ”en delegation till förvaltningsdomstolar att genom prejudikat precisera innehållet...”.

³⁷⁰ Fram till den 1 januari 1985 omfattade 22 § LAS både uppsägning och permittering, SFS 1984:1008.

mitteringarna först ge dem utbildning för de nya arbetsuppgifterna. Arbets- tagarsidan menade att de berörda arbetstagarna hade sådana kvalifikationer att de skulle ha beretts arbete under permitteringen och att arbetsgivaren varit skyldig att acceptera en viss upplärningstid även vid kortvariga permitte- ringar. Arbetsdomstolen refererade de uttalanden som görs i förarbetena (propositionen) och fann dem ge uttryck för ”den avvägning som bör göras mellan de olika intressen som gör sig gällande i sammanhanget”. Bestäm- melseernas karaktär av i första hand trygghetsregler för de anställda innebar å ena sidan att domstolen inte kunde anta någon allmän norm om att arbetsgi- vare inte skulle behöva ge arbetstagare möjlighet till upplärning i sådana situationer. Å andra sidan ville man inte bortse från den tidrymd som per- mitteringen avsåg. Prövningen av vad som i det särskilda fallet kunde krävas i fråga om upplärning var beroende av omständigheterna.

Riktlinjer för bedömningen av det enskilda fallet återfinns i ett uttalande i propositionen rörande 22 § LAS, som vid tiden för avgörandet reglerade situationen även vid permittering (prop 1973:129 s. 158f).

”Det är uppenbart, att turordningsreglerna inte får ge det resultatet att en arbetstagare skall ha företrädesrätt till ett arbete som han inte kan sköta. Som villkor för att en arbetstagare skall få stanna kvar i arbetet måste därför gälla, antingen att han får behålla sina arbetsuppgifter eller – om detta inte är möjligt – att han kan ges ett annat arbete för vilket han har tillräckliga kvalifikationer. Jag vill emellertid betona, att kravet på tillräckliga kvalifika- tioner inte får ges en vidare innebörd än att arbetstagaren skall ha de all- männa kvalifikationer som normalt ställs på den som söker det arbete det är fråga om. En viss kortare inläringstid torde ofta få accepteras.”

I specialmotiveringen (anf proposition s. 260) upprepas temat med den variationen att det inte kan krävas att arbetstagaren fullständigt behärskar sina nya arbetsuppgifter från början utan endast att han har möjlighet att inom rimlig tid lära sig dem.

Här ska också – med tanke på den senare framställningen – återges riktlinjerna till 25 § LAS (prop 1973:129 s. 165; se även s. 265f).

”Uppenbarligen måste man ställa upp det villkoret för företrädesrätt till en viss anställning att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det nya arbetet...[Jag vill] understryka att kravet på tillräckliga kvalifikationer inte bör avse annat än att arbetstagaren skall ha de allmänna kvalifikationer som normalt krävs av den som söker en sådan anställning som det är fråga om. Eftersom arbetssökandena ofta får genomgå viss upplärningstid, betyder detta att en arbetsgivare inte kan vägra återanställning på den grunden att arbetstagaren inte från första dagen fullständigt behärskar de nya arbetsupp- gifterna. Företrädesrätt föreligger alltså...om arbetstagaren har den kompe- tens som arbetsgivaren i allmänhet fordrar av dem som söker ett sådant arbete.”

Beskeden i förarbetena till de två lagrummen om att med tillräckliga kvalifikationer inte får avses annat än att arbetstagaren ska ha de allmänna kvalifikationer som normalt krävs av den som söker en sådan anställning som det är frågan om kan ses som exempel på sådana extrajudiciella handlingsmönster som ansetts utmärkande för den här typen av normer.³⁷¹

5.2 Exemplet ”tillräckliga kvalifikationer” i 22 och 25 §§ LAS.

5.2.1 Tillräckliga kvalifikationer i 22 § LAS

Arbetsdomstolen har ställt vissa krav på arbetstagarnas kompetens vid tolkningen av uttrycket ”tillräckliga kvalifikationer”.³⁷²

I AD 26/76 (Stark) var en av rättsfrågorna om en arbetstagare P hade tillräckliga kvalifikationer för arbete som andre inspektör vid en djurpark, ett arbete som enligt vad som befanns utrett krävde lång erfarenhet av djur. P saknade utbildning på området och hade ingen vana vid djurskötsel. Han befanns sakna tillräckliga kvalifikationer för arbetet.

Efter konstaterandet att det aktuella arbetet krävde lång erfarenhet av djur framstod situationen som okomplicerad ur tillämpningssynpunkt och den genom tillämpningen av regeln vunna preciseringen får betraktas som ringa. Fallet visar väl att även en avvägningsnorm kan ha en språklig innebörd. Det hade nog fått anses strida mot ”normalt språkbruk” att påstå att P hade tillräckliga kvalifikationer för de arbetsuppgifter som här var aktuella, men framför allt hade det stritt mot beskedet i propositionen att arbetstagaren i fråga ska kunna sköta det arbete som är aktuellt – åtminstone efter en kortare inlärningsperiod.

I AD 159/77 (Wallén) hävdade en arbetstagare S att han sagts upp i strid med 22 § LAS eftersom han haft längre anställningstid än fem andra anställda som inte sagts upp och att han haft tillräckliga kvalifikationer att omedelbart eller efter kortare inskolningstid överta dessas arbetsuppgifter. Domstolen jämförde S med B. Det klargjordes till att börja med att det är förhållandena vid uppsägningstillfället som ska vara avgörande för om det har förekommit ett turordningsfel. S och B befanns under en lång följd av år

³⁷¹ Sigeman 1977a, s. 227.

³⁷² Se uttalande av departementschefen i prop 1981/82:71 s. 62.

ha haft likvärdiga arbetsuppgifter, vilket medförde att skillnaderna dem emellan i fråga om teoretisk utbildning inte tillmättes någon större betydelse i kompetensfrågan. Det klargjordes genom bevisning att S haft tillräckliga kvalifikationer för att utföra det arbete som B fått.

Det är alltså förhållandena vid uppsägningstillfället som är avgörande för bedömningen av om det förekommit ett turordningsfel.

Två arbetstagare har nu jämförts med varandra. Den jämförelsen kan komma att tjäna som vägledning om liknande fall aktualiseras i framtiden. Bl.a. ges en vink om hur utbildning kan komma att avvägas mot praktisk erfarenhet när det gäller arbetsuppgifter av det slag som var aktuella i målet.

I AD 215/77 (Stark) gjordes från arbetsgivarsidan gällande att ett antal tjänstemän som sagts upp på grund av påstådd arbetsbrist inte hade tillräckliga kvalifikationer. Domstolen gick inte närmare in på utredningen och partsargumentationen i frågan utan fann att "det måste hållas för visst" att om tjänstemän med kortare anställningstid i stället sagts upp så hade de uppsagda med längre anställningstid varit kvalificerade för de kvarvarande arbetsuppgifterna. Stöd för den uppfattningen fann man dels i det förhållandet att de uppsagda tjänstemännen hade mycket långvarig och välmeriterad tjänst hos bolaget, dels att de genom utbildning och under sin anställningstid skaffat sig kunskaper och erfarenhet på ett mycket brett område. Det förhållandet att de tagit verksam del i företagets uppbyggnad nämndes också i domskälen.

Ytterligare ett enkelt fall, som inte ger så mycket i preciseringshänseende. Det är uppenbart att de uppsagda arbetstagarna hade tillräckliga kvalifikationer.

I AD 84/78 (Stark). Elmontören N sades upp på grund av arbetsbrist och gjorde gällande att i stället den senare anställda B skulle ha sagts upp. Personalsituationen var sådan att det skulle avgöras om N haft tillräckliga kvalifikationer att arbeta som ensam anställd montör hos arbetsgivaren. Arbetsdomstolen började med att – i nära anslutning till de propositionsuttalanden för vilka redogjorts ovan – ange "den principiella innebörden" i kravet på tillräckliga kvalifikationer. För bedömningen av den aktuella arbetstagarens kvalifikationer gick man först till tillämpligt kollektivavtal. Avtalet i förening med visst agerande från arbetsgivarens sida samt viss muntlig bevisning ledde till bedömningen att det inte kunde anses styrkt att N saknat tillräckliga kvalifikationer för arbetet. Det klargjordes att det "i princip" är arbetsgivaren som är bevisskyldig för påståenden om att en arbetstagare saknar tillräckliga kvalifikationer. Ett påstående från arbetsgivarsidan föranledde arbetsdomstolen att slå fast att turordningsreglerna inte tillåter en arbetsgivare att med avvikelse från lagens turordningsregler välja den mest kvalificerade av två arbetstagare.

Arbetsgivaren har i princip bevisbördan för påståenden om att arbetstagaren saknar tillräckliga kvalifikationer.³⁷³ Påpekandet att turordningsreglerna inte innebär rätt för arbetsgivaren att välja den mest kvalificerade av två arbetstagare i en uppsägningssituation är ett näst intill överflödigt påpekande. Det kan vara ett exempel på hur noggrann domstolen är när det gäller att beakta partsargumentationen.

AD 96/79 (Lind) S arbetade som ritare och konstruktör vid en armaturfabrik. S blev tillsammans med två andra tjänstemän uppsagd på grund av arbetsbrist. S gjorde gällande att han bort omplaceras till en befattning som försäljningskontorist. Arbetsgivarens främsta invändning mot S var att denne saknade tillräckliga kunskaper i engelska och tyska. Det krav på språkkunskaper som ställdes (motsvarande studentexamen i engelska och tyska) bedömdes som "rimligt" med hänsyn till de aktuella arbetsuppgifterna. Det utreddes att S inte hade sådana språkkunskaper som arbetsgivaren "med fog" krävde för befattningen. Arbetstagsidan hävdade att S haft rätt till en viss upplärningstid, bl.a. för att genomgå en intensivkurs i engelska. Det torde ha ansetts utrett att det skulle ha tagit lång tid för S att tillägna sig de behövliga språkkunskaperna och att den var alltför lång för att omfattas av den i förarbetena omnämnda upplärningstiden.

Arbetstagaren saknade erforderlig utbildning. Den tid det skulle ta att reparera bristen föll utanför vad som kunde krävas av arbetsgivaren. Det är svårt att utifrån fallet formulera en precisering av mera allmängiltigt slag. Fallet visar ändå att omständigheterna utreds ordentligt och att kompetensen ställs i relation till arbetsuppgifterna.

Av den ovan (5.1) refererade domen AD 146/82 (Stark) framgår att arbetsgivaren i vissa situationer hade en skyldighet att bereda arbetstagare möjlighet till viss upplärning även när det var fråga om kortvarig permittering. Domstolen angav bestämmelsernas karaktär som "i första hand trygghetsregler" för de anställda.

I AD 51/83 (Bouvin). En ingenjör I med lång anställningstid sades upp på grund av arbetsbrist. Han hävdade genom sitt förbund att i stället den nyligen anställde Ö bort sägas upp. Arbetsdomstolen konstaterade att ett ställningstagande till om arbetsgivaren brutit mot turordningsbestämmelserna krävde en avvägning mellan å ena sidan arbetsgivarens intresse av största

³⁷³ Se även AD 66/91 och 14/92. En viss nyansering av regeln görs i AD 1/94. Domstolen fann där inte utredningen ge stöd för annat än att arbetsgivaren vid bedömandet av arbetstagarens kvalifikationer grundat sig på sådana faktorer som i och för sig naturligt hör hemma under beteckningen "kvalifikationer" i sakligt hänseende för visst arbete. Man konstaterar att det "inte ens gjorts sannolikt" att arbetsgivaren låtit sig påverkas av ovidkommande skäl så som arbetstagaren påstått. Här skymtar en fördelning av bevisbördan liknande den som gäller vid föreningsrättskränkningar.

möjliga lämplighet och effektivitet och å den andra sidan den först anställdes intresse av skydd. Arbetsgivaren kunde tvingas godta vissa kostnader och olägenheter för att arbetstagare med längre anställningstid skulle få rimlig möjlighet att lära sig eller anpassa sig till ett arbete. Domstolen formulerade också – i nära anslutning till de förarbetsuttalanden som ovan refererats – ”den principiella innebörden” av kravet på tillräckliga kvalifikationer: kravet får inte ges en vidare innebörd än att arbetstagaren ska ha de allmänna kvalifikationer som normalt krävs av den som söker det arbete det är fråga om. Det krävs inte att arbetstagaren fullständigt behärskar de nya arbetsuppgifterna från början utan endast att han har möjlighet att inom rimlig tid lära sig dem. Det konstaterades också att det ”i första hand” åvilar arbetsgivaren att visa grund för sitt påstående att arbetstagaren saknar tillräckliga kvalifikationer (jfr AD 84/78).

Avvägningen ska avse å ena sidan arbetsgivarens intresse av största lämplighet och effektivitet och å andra sidan skyddet för den först anställda arbetstagaren. Kravet på tillräckliga kvalifikationer får inte ges en vidare innebörd än att arbetstagaren ska ha de allmänna kvalifikationer som normalt krävs av den som söker det arbete det är fråga om.

Bevisbörderegeln formulerades den här gången som att det ”i första hand” åvilar arbetsgivaren att visa grund för sitt påstående att arbetstagaren saknar tillräckliga kvalifikationer för det arbete som tvisten avser.

I AD 133/84 (Nilsson) illustrerades främst det inslag i avvägningsnormen som avser ”omständigheterna i det särskilda fallet”. Här tillkommer emellertid också en ny aspekt av frågan om en arbetstagares tillräckliga kvalifikationer. Stansoperatrisen T hade i olika sammanhang – och innan någon arbetsbristsituation uppkommit – fått pröva vissa andra arbetsuppgifter, bl.a. systemoperativa, än de som tillhörde hennes befattning som stansoperatris. T gjorde gällande att hon hade tillräckliga kvalifikationer för befattningen som systemoperatör och att det ålegat arbetsgivaren att på förhand göra klart för T att hon prövades för andra arbetsuppgifter. Arbetsgivarsidan ansåg det omöjligt att använda T som systemoperatör bl.a. på grund av hennes bristande kunskaper i datorsystemets användning, engelska språket och bolagets kontoplan. Inställningen var den samma i fråga om hennes möjligheter att klara arbete som ekonomiassistent eller receptionist. Arbetsdomstolen konstaterade att T inte blivit upplyst om att hon riskerade att bli uppsagd om hon inte klarade av de nya arbetsuppgifter som hon fick pröva på. Domstolen riktade viss kritik mot arbetsgivaren för att man inte gjort klart för T det allvarliga i hennes belägenhet. Det slogs också fast att en sådan underlåtenhet kan tillmätas rättslig betydelse om det kan antas att arbetstagaren efter ett sådant klarläggande skulle ha utfört arbetsuppgifterna på ett annat och bättre sätt.

Om en arbetsgivare inför en förestående eller redan inträffad arbetsbrist-situation vill pröva en arbetstagare som riskerar att sägas upp på grund av arbetsbristen i nya arbetsuppgifter för att kunna bedöma arbetstagarens kvalifikationer för dessa arbetsuppgifter, så bör arbetstagaren underrättas om "det allvarliga i [sin] belägenhet". Skulle arbetsgivaren underlåta detta får det emellertid rättslig betydelse först om det kan antas att arbets-tagaren efter ett sådant klarläggande skulle ha utfört arbetsuppgifterna på ett annat och bättre sätt.

AD 144/84 (Stark). I samband med uppsägning av ett större antal arbetsta-gare vid ett företag uppkom fråga beträffande fyra arbetstagare, som kunde beredas fortsatt arbete endast efter omplacering, om de haft tillräckliga kva-lifikationer för vissa arbetsuppgifter. Efter ett referat av de tidigare nämnda förarbetsuttalandena gjorde arbetsdomstolen denna gång en sammanfatt-ning. De sades "enkelt uttryckt" innebära att

"arbetstagaren måste uppfylla en slags miniminivå i fråga om de allmänna kvalifikationer, framför allt då utbildning och erfarenhet, som befattningen ställer."

Bakgrunden till utformningen av 22 § LAS angavs. Bestämmelserna hade sina rötter i "de allmänna syftena" med LAS, varav skyddet för äldre arbets-tagare och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga var ett av de viktigaste. Bestämmelserna var emellertid avsedda att tillgodose även andra intressen.

"Tydligt är...att en enbart på detta sätt bestämd turordning, som kan medföra att arbetstagare måste omplaceras för att kunna beredas fortsatt arbete, skulle kunna få till följd att arbetstagare ställdes inför uppgifter som han eller hon inte har förutsättningar att sköta. Det viktiga undantaget från de generella företrädesreglerna gäller därför att om arbetstagare efter en drifts-inskränkning inte kan få behålla sina dittillsvarande arbetsuppgifter denne kan göra anspråk på företräde endast om han eller hon har tillräckliga kvali-fikationer för det fortsatta arbetet."

I uttalandet markerades momentet av intresseavvägning, denna gång mellan å ena sidan äldre arbetstagare och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga och å andra sidan arbetsgivarens intresse av kompetent arbetskraft. En annan fråga som belystes i målet var betydelsen av arbets-tagares hälsotillstånd för bedömningen av kvalifikationer. Arbetsdomsto-lens resonemang i den delen illustrerar både avvägningen av motstående intressen och betydelsen av omständigheterna i det särskilda fallet.

"Enligt arbetsdomstolens mening låter sig detta spörsmål knappast besvaras på ett entydigt sätt. Det kan visserligen inte råda någon tvekan om att sådana förhållanden som att arbetstagare p g a sjukdom håller en lägre arbetstakt

eller har en högre frånvaro från arbetet än andra arbetstagare i regel inte kan tillmätas större betydelse i detta sammanhang än de skulle ha gjort vid en prövning av om förhållandet hade utgjort saklig grund för uppsägning p g a personliga skäl. Men anta att en befattning ställer särskilda krav på exempelvis kroppsstyrka. Det kan inte gärna göras gällande att den som saknar den kroppsstyrkan – oavsett anledningen därtill – har tillräckliga kvalifikationer för arbetet. I en sådan situation kan således sjukdom som inte är tillfällig få betydelse för möjligheten att göra gällande företräde till fortsatt arbete. Var gränsen närmare går mellan den förra och den senare kategorin torde inte kunna bestämmas generellt utan får avgöras från fall till fall. Tydligt är dock att den prövningen måste ta intryck av de grundsatser som bär upp turordningsreglerna, dvs bl a att bereda äldre arbetstagare och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga ett särskilt skydd i anställningen.”

I ytterligare en fråga lämnas ett bidrag till klarläggande av rättsläget.

Ett spørsmål som knyter an till det nu anförda är vilket avseende som skall tillmätas arbetstagarens egen uppfattning om betydelsen av hans eller hennes hälsotillstånd för förmågan att fullgöra ett visst arbete. Enligt arbetsdomstolens mening kan man visserligen inte bortse från de synpunkter som den berörde arbetstagaren själv kan föra fram, men ytterst måste bedömningen grundas på objektiva skäl. Detta betyder att arbetsgivaren i ett visst fall kan ha skäl för att mot arbetstagarens vilja vägra att omplacera denne till viss syssla, om det finns grundad anledning att anta att en sådan omplacering skulle skada arbetstagaren eller eljest vara direkt olämplig för honom med hänsyn till hans hälsotillstånd.

Förarbetsuttalandena sammanfattades i en koncis formulering. Två aspekter av kvalifikationer nämndes särskilt, utbildning och erfarenhet. (För en tredje aspekt, personliga egenskaper, se AD 133/84.)

Betydelsen av arbetstagarens hälsotillstånd belystes. Det förhållandet att en arbetstagare p.g.a. sjukdom håller en lägre arbetstakt eller har en högre frånvaro från arbetet än andra arbetstagare kan i regel inte tillmätas större betydelse i detta sammanhang än vid en prövning av om förhållandet hade utgjort saklig grund för uppsägning p.g.a. personliga skäl. Här kan det få betydelse att en befattning ställer särskilda krav. I det aktuella fallet behandlades ”kroppsstyrka”. Om en befattning ställer särskilda krav på kroppsstyrka så kan sjukdom som inte är tillfällig få betydelse för möjligheten att göra gällande företrädesrätt till arbete. Den närmare gränsdragningen får ske utifrån ”de grundsatser som bär upp turordningsreglerna”.

Bedömningen av en arbetstagares förmåga att fullgöra ett visst arbete ska ytterst grundas på objektiva skäl.

När det gäller att dra *slutsatser* av domsmaterialet rörande inom arbetsdomstolen förekommande rättstillämpningsvärderingar vid precisering av avvägningsnormer kan sägas att det pekar i riktning mot en lagstiftarorientering. Förarbetsuttalanden till 22 § LAS återopades, t.ex. AD 84/78, 96/79, 146/82, 51/83 och 144/84.

Med tanke på det sätt på vilket "avvägningsnorm" avgränsades i 2.3 ska också sägas något om den extrajudiciella måttstock som använts vid tillämpning av lagstadgandet. I AD 96/79 ansågs t.ex. den upplärningstid som diskuterades som alltför lång för att arbetsgivaren skulle anses skyldig att bekosta den. I AD 51/83 angavs att kravet på tillräckliga kvalifikationer inte fick ges en vidare innebörd än att arbetstagaren skulle ha de allmänna kvalifikationer som normalt krävs av den som söker det arbete det är fråga om. Här hänvisades alltså till ett bruk eller en sedvänja. Det samma gäller hänvisningen i AD 144/84 till "en slags miniminivå" i fråga om de allmänna kvalifikationer som befattningen ställde.

Det kan noteras att arbetsdomstolen inte klargör om det är bruk eller sedvänjan inom branschen eller på arbetsplatsen som är avgörande.

5.2.2 Tillräckliga kvalifikationer i 25 § LAS.

En arbetstagare som blivit uppsagd på grund av arbetsbrist eller som anställts för viss tid, viss säsong eller visst arbete och inte får fortsatt arbete på grund av arbetsbrist har under ett år efter anställningens upphörande företrädesrätt till ny anställning inom den verksamhet där han tidigare var sysselsatt. Företrädesrätten är dock på det sättet villkorad att arbetstagaren ska ha tillräckliga kvalifikationer för det nya arbetet.

AD 77/76 (Stark) En arbetstagare D anställdes den 10 juli 1972 som vikarie-
rande socialassistent vid en socialbyrå. I september samma år övergick hon
till uppsökande verksamhet bland pensionärerna i kommunen. Anställ-
ningen upphörde den 31 mars 1974. Hon anställdes på nytt för tiden den 2
maj – 25 augusti 1974 som vikarierande socialassistent och för tiden 2 sep-
tember – 20 september 1974 för att upprätta statistiska uppgifter angående
åldringsvården i kommunen. Under 1975 beslutade kommunen om anställ-
ning av andra personer än D på en socialassistenttjänst. Ds fackliga organi-
sation hävdade att kommunen härigenom åsidosatt Ds företrädesrätt enligt
25 § LAS. Utgångspunkten för arbetsdomstolens argumentering i domskäl-
len var lagtextens bestämmelse om tillräckliga kvalifikationer som en förut-
sättning för företrädesrätt till ny anställning samt ett uttalande i propositio-
nen till lagen att kravet på tillräckliga kvalifikationer innebär att arbetstaga-
ren ska ha de allmänna kvalifikationer som normalt krävs av den som söker
en sådan anställning som det är frågan om. I detta ingår bl.a. att arbetsgiva-
ren får acceptera en viss upplärningstid precis som när det gäller andra

arbets sökande.³⁷⁴ Arbetsgivaren hade i den aktuella situationen krävt att den som sökte tjänst som socialassistent skulle ha avlagt socionomexamen. Arbetsdomstolen fastslog att arbetsgivaren inte undantagslöst fick ställa upp ett sådant kompetenskrav. Detta följde enligt domstolen redan av att det i författning inte uppställts krav på viss utbildning eller andra kvalifikationer för att få arbeta som socialassistent. Likvärdig utbildning borde också grunda rätt till återanställning. Praktisk erfarenhet av arbete som socialassistent skulle tillmätas betydelse. En noggrann genomgång av Ds teoretiska utbildning och praktiska erfarenhet gav vid handen att D inte kunde anses ha tillräckliga kvalifikationer för tjänst varken som ordinarie eller som vikarie-
rande socialassistent.

Arbetsgivaren får inte undantagslöst uppställa krav på viss examen för en befattning. Finns inte krav på viss utbildning eller andra kvalifikationer uppställda i författning får arbetstagarens kvalifikationer, bl.a. teoretisk utbildning och praktisk erfarenhet, i det enskilda fallet prövas mot arbetsuppgifterna. Likvärdig utbildning och praktisk erfarenhet kan kompensera brister i fråga om examen. Det kan möjligen ifrågasättas om ställningstagandet står i överensstämmelse med det av domstolen åberopade uttalandet i propositionen att arbetstagaren ska ha "den kompetens som arbetsgivaren i allmänhet fordrar" av den som söker sådant arbete som är i fråga. Propositionsuttalandet tyder närmast på att det är arbetsgivaren som fastställer vilka kompetenskrav som ska gälla "i allmänhet" och att det är mot dessa som, i ett fall som det här aktuella, prövningen av om en viss person har tillräckliga kvalifikationer ska ske.³⁷⁵ Arbetsdomstolen ansåg sig här ha befogenhet att pröva om de av arbetsgivaren uppställda kompetenskraven var berättigade.

I AD 162/78 (Stark) hade en arbetsgivare som drev en konserverfabrik och en livsmedelsbutik sagt upp två arbetstagare A och L på grund av arbetsbrist. L återanställdes. A hävdade att han i stället borde ha återanställts eftersom han hade längre anställningstid hos arbetsgivaren. Ls nya anställning gällde arbete som butiksbiträde. Arbetsgivarens invändning mot A var att han huvudsakligen sysslat med diversearbete men främst att han var för långsam och att arbetsgivaren saknade förtroende för honom. Arbetsdomstolen fann utrett att A kunde på ett godtagbart sätt utföra det stora flertalet av de arbetsuppgifter som ankom på ett butiksbiträde och att han, åtminstone efter viss upplärningstid, skulle ha kunnat klara även övriga förekommande uppgifter.

³⁷⁴ I AD 58/86 uttalades att propositionsuttalandena blivit vägledande för rättsutvecklingen.

³⁷⁵ Jfr AD 14/92, av vilken dom framgår att till arbete som kräver särskild behörighet saknar arbetstagare utan den behörigheten företräde.

När bevisfrågorna klarats av framstår fallet som en fråga om en relativt enkel subsumtion. Den situation som beskrivs i domskälen (en arbetstagare kan på ett godtagbart sätt utföra det stora flertalet av de arbetsuppgifter som var aktuella och skulle efter viss upplärningstid klara av de övriga) stämmer väl överens med den situation som beskrivs i propositionen ("arbetstagaren skall ha de allmänna kvalifikationer som normalt krävs av den som söker en sådan anställning som det är fråga om"). Där talas också om "viss upplärningstid" och om att en arbetsgivare inte kan vägra återanställning därför att arbetstagaren "inte från första dagen fullständigt behärskar de nya arbetsuppgifterna".

I AD 46/86 (Eklundh) hade en arbetsgivare (en sågverksrörelse) sagt upp två arbetstagare, S och E, på grund av arbetsbrist. S hade längre anställningstid än E. E återanställdes som smörjare. S hävdade att han hade tillräckliga kvalifikationer för befattningen. Avgörande för utgången i målet var att arbetsgivaren inte kunde fullgöra sin bevisskyldighet med avseende på Ss förmåta avsaknad av tillräckliga kvalifikationer. Domstolen sade sig ha fått den uppfattningen att arbetsgivaren i själva verket aldrig gjort någon egentlig bedömning av Ss kvalifikationer. Arbetsgivaren kunde inte – med bortseende från anställningstid – välja den bland flera företrädesberättigade som enligt hans uppfattning är bäst kvalificerad för den nya anställningen (jfr AD 84/78).

Domen visar främst hur ingående prövningen av kvalifikationerna är.

AD 55/86 (Bergqvist) S sades upp från sin anställning som skyltmontör på grund av arbetsbrist. Under den tid då S hade företrädesrätt till ny anställning enligt 25 § LAS anställdes P, som tidigare haft en ungdomsplats hos företaget. Arbetsgivaren gjorde i målet gällande att Ps anställning hade en sådan bakgrund och sådan särskild utformning att Ss företrädesrätt inte kunde göras gällande. S saknade tillräckliga kvalifikationer för en sådan särskilt inrättad utbildningsplats som P fick. Arbetsdomstolen konstaterade att det i och för sig var klart att S i sin egenskap av fullt utbildad och yrkeserfaren montör inte kunde komma i fråga för en lärlingsplats, men att därav inte följde att han saknade tillräckliga kvalifikationer för anställningen i fråga. S var väl kvalificerad för det arbete som skulle utföras. Frågan belystes också ur en annan synvinkel. Var skillnaden mellan en lärlings och en fullt utbildad och erfaren montörs arbete sådan, att det inte förelåg någon *uthytbarhet* i den meningen att man genom anställning av en lärling tar i anspråk en möjlighet till sysselsättning som på något meningsfullt sätt, t.ex. genom en deltidsanställning, skulle kunna erbjudas montören? I det aktuella fallet befanns det arbete som P skulle utföra motsvara *ett mått av arbetsuppgifter* även åt en montör för vilken inte lärlingsutbildning kom i fråga. Om det inte fanns underlag för anställning på heltid borde arbetstagaren i stället erbjudas anställning på deltid innan arbetsgivaren förfogade över arbetstillfället. Det

markerades att ställningstagandet gällde under de förutsättningar som förelåg i målet och att annat kunde gälla i andra fack och under andra omständigheter.

Kravet på tillräckliga kvalifikationer gällde i fall som det prövade endast arbetsuppgifterna. Arbetsgivaren kunde inte genom att anställa en lärling för utförande av arbetsuppgifterna undanta dem från bestämmelsens tillämpningsområde.

AD 58/86 (Sköllerholm) avsåg prövning av en tvist om en nyinrättad befattning på chefsnivå i ett mindre företag. Arbetsuppgifterna var förhållandevis specialiserade.³⁷⁶ I domskälen konstaterades att de ovan refererade propositionsuttalandena rörande 25 § LAS blivit vägledande för rättstillämpningen. En del av rättsläget beträffande regeln om tillräckliga kvalifikationer gavs också en pregnant formulering genom konstaterandet att det av uttalandena framgår att arbetsgivaren inte får tillämpa andra eller strängare kvalifikationskrav gentemot en arbetstagare som gör gällande rätt till ny anställning än vad han normalt tillämpar för en sådan tjänst som återanställningen gäller. På grund av beskaftenheten av det fall som prövades (befattningen var nyinrättad, den låg på chefsnivå och avsåg förhållandevis specialiserade arbetsuppgifter) ansåg sig domstolen inte kunna utan vidare tillämpa propositionsuttalandet. Det framstod inte som ändamålsenligt med frågor om vilka kvalifikationer arbetsgivaren "normalt" eller "i allmänhet" krävde. Domstolen formulerade i stället vad den ansåg vara själva den grundsats som kom till uttryck i motivuttalandena: *arbetsgivaren kan inte till förfång för en företrädesberättigad arbetstagare åberopa kvalifikationskrav som framstår som obefogade eller överdrivna*.³⁷⁷ Då kunde bedömningen komma att avse vad som "på arbetsmarknaden" vanligen krävs i fråga om kvalifikationer för likartade befattningar.

Från lagstiftarens tanke på att utgångspunkten ska vara vad "arbetsgivaren" i allmänhet fordrar har man alltså via formulerandet av en "grundsats" fått tillgång till en annan utgångspunkt för jämförelsen, nämligen vad som vanligen krävs på "arbetsmarknaden" i fråga om kvalifikationer för likartade befattningar.

Den genomförda utvidgningen reducerades sedan genom uttalandet att hänsyn måste tas till förhållandena i det särskilda fallet – såväl i skärpande som i mildrande riktning. Ännu en gång uppmärksammades att det var fråga om ett arbete på chefsnivå. Betydelsen av att det rörde ett mindre företag poängterades.

³⁷⁶ För sammanfattning se AD 1/92, s. 41.

³⁷⁷ Jfr AD 96/79 där det vid tillämpningen av 22 § LAS diskuteras vad arbetsgivaren "med fog" kan kräva.

Ett uppställt krav på yrkeserfarenhet granskades ingående. I samband med frågan om en konstaterad brist i fråga om yrkeserfarenhet hade kunnat avhjälpas genom arbete under rimlig inskolningstid användes uttrycket "en bristande allmän kvalifikation". Det förefaller som om domstolen här avsåg en brist av den karaktären att den överhuvudtaget inte skulle kunna botas med hjälp av en rimlig inskolningstid. Formella behörighetskrav diskuterades som om den som inte uppfyller ett sådant överhuvud taget aldrig kunde med framgång hävda att han har tillräckliga kvalifikationer.

Åberopade förarbetsuttalanden sammanfattades i följande formulering: arbetsgivaren får inte tillämpa andra eller strängare kvalifikationskrav gentemot en arbetstagare som gör gällande rätt till ny anställning än vad han normalt tillämpar för en sådan tjänst som återanställningen gäller.

Det fall som prövades var speciellt (befattningen var nyinrättad, den låg på chefsnivå och avsåg förhållandevis specialiserade arbetsuppgifter), varför propositionsuttalandet inte utan vidare kunde tillämpas. Det framstod inte som ändamålsenligt med frågor om vilka kvalifikationer arbetsgivaren "normalt" eller "i allmänhet" krävde. Domstolen formulerade i stället vad den ansåg vara själva den grundsats som kom till uttryck i motivuttalandena: arbetsgivaren kan inte till förfång för en företrädesberättigad arbetstagare åberopa kvalifikationskrav som framstår som obefogade eller överdrivna. Domen är i denna del ytterligare ett steg i den i AD 77/76 uttagna riktningen, innebärande en befogenhet för arbetsdomstolen att pröva om de av arbetsgivaren i det enskilda fallet uppställda kompetenskraven är berättigade.

I AD 160/88 (Bergqvist) gjorde en arbetstagare K, som på grund av ett antal visstidsanställningar uppfyllde kravet på viss minsta anställningstid enligt 25 § LAS, gällande att han hade företrädesrätt till en anställning som processoperatör. Arbetsgivaren hade som krav vid annonseringen av anställningen angivit bl.a. fullgjord militärtjänstgöring och hävdade i målet att K inte hade tillräckliga kvalifikationer för befattningen eftersom han ännu inte fullgjort sin militärtjänst. Arbetsdomstolen konstaterade att det säkert kunde förekomma att arbetsgivaren hade ett intresse av att den som skulle anställas inte inom kort behövde ledigt för att fullgöra militärtjänst under en längre period, men att det inte fanns utrymme för att beakta ett sådant intresse vid tillämpningen av bestämmelserna i 25 § LAS om tillräckliga kvalifikationer. Det arbetsgivarintresse som var avsett att tillgodoses genom dessa bestämmelser var att arbetstagaren är kompetent att utföra arbetsuppgifterna. Domstolen gjorde klart att man vid avvägningen mellan arbetstagarens och arbetsgivarens intressen inte kände sig oförhindrad att beakta vilka intressen som helst. Domstolen påpekade att det arbetsgivarintresse som här stod i förgrunden tillgodoses genom bestämmelsen i 5 § p 4 LAS om att det är tillåtet med visstidsanställning för tiden intill dess att arbetstagaren ska

påbörja värnplikstjänstgöring för längre tid än tre månader. Kravet på tillräckliga kvalifikationer avser "arbetstagarens förmåga att utföra det arbete som kommer i fråga".

Intresseavvägningen får bara gälla vissa intressen. Det arbetsgivarintresse som är avsett att tillgodoses genom bestämmelserna i 25 § om tillräckliga kvalifikationer är att arbetstagaren är kompetent att utföra arbetsuppgifterna.

Ett tredje lagrum som aktualiserar rekvisitet "tillräckliga kvalifikationer" är 7 § andra stycket LAS, enligt vilket saklig grund för uppsägning inte föreligger om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig. Denna omplaceringsregel är, även om det inte framgår av lagtexten, begränsad till att gälla arbete för vilket arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer.³⁷⁸ I prop 1973:129 s. 121 uttalas bl.a.:

"Omplaceringsskyldigheten bör...gälla endast i fråga om arbete för vilket arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer. Detta betyder att arbetsgivaren inte skall behöva överväga en förflyttning till ett arbete som arbetstagaren inte har förutsättningar att sköta. Vad nu sagts får emellertid inte tolkas så att arbetstagaren redan första dagen skall behärska de nya arbetsuppgifterna. En viss upplärningstid är vanlig vid rekrytering av arbetskraft och en sådan upplärningstid bör arbetsgivaren acceptera även när det är fråga om förflyttning av arbetskraft för att undvika friställningar."

I AD 1/94 (Sköllerholm) diskuterades förhållandet mellan bestämmelserna i 7 § andra stycket LAS och 22 § LAS. Främst klargjordes här i vilka olika situationer dessa olika bestämmelser är tillämpliga. Omplaceringsskyldigheten enligt 7 § andra stycket LAS sades förutsätta att omplaceringen kan ske utan att någon annan arbetstagare friställs. Bestämmelserna i 22 § LAS tar i stället sikte på den situationen att flera arbetstagare hos arbetsgivaren vid en uppkommen arbetsbrist konkurrerar om de arbetstillfällen som kommer att finnas kvar efter neddragningen.

Slutsatsen rörande inom arbetsdomstolen förekommande rättstillämpningsvärderingar vid precisering av avvägningssnormer är även här en påtaglig lagstiftarorientering. I förarbetena gjorda uttalanden användes så långt möjligt, t.ex. AD 77/76, 162/78, 58/86, 160/88.

När det gäller den extrajudiciella måttstock som använts vid tillämpning av lagstadgandet kan konstateras, att arbetsdomstolen i AD 58/86 formulerade den grundsats som man ansåg uttryckt i de ovan citerade motivuttalandena. Kvalifikationskraven fick inte framstå som obefogade eller överdrivna. I sammanhanget talades om vad som vanligen krävdes

³⁷⁸ AD 19/84, s. 170.

”på arbetsmarknaden”. Uttrycket ger intryck av att avse sedvänjan inom branschen. Formuleringar av intresse i sammanhanget finns också i AD 77/76, där domstolen talar om att arbetsgivaren får acceptera en viss utbildningstid precis som när det gäller andra arbetssökande.

5.3 Kommentarer i anslutning till precisering i arbetsdomstolen

Arbetsdomstolens precisering av avvägningsnormerna i 22 och 25 §§ LAS gav ytterligare belägg för den tidigare konstaterade lagstiftarorienteringen. Lagtextens utformning lämnade knappast något utrymme för en lagtextorientering av det slag som förutsätts i den teoretiska ramen, men uttalanden gjorda i propositionen uppmärksammades och återopades flitigt. Avgörandena ger intryck av att den rättslige beslutsfattaren velat främja det av lagstiftaren angivna syftet med bestämmelserna.³⁷⁹

En i sammanhanget särskilt intressant aspekt av precisering är att den ställer domstolens uppgift som tillämpare av regler på sin spets. Hur vag kan en regel göras utan att det blir frågan om en delegering till den rättslige beslutsfattaren av uppgiften att utforma en regel snarare än tillämpning av regeln? När det gäller de avvägningsnormer som här undersökts bör dock hållas i minnet den måttstock som finns angiven i lagförarbetena och som berörts ovan. Det förefaller som om det normalt är fråga om att söka ledning i sedvänjan inom branschen.³⁸⁰

Så länge uttalanden i förarbeten tilläggs betydelse kan de få en särskild betydelse i brist på hållpunkter i lagtexten. Den lagstiftarorientering som påvisats i samband med precisering av avvägningsnormer bekräftar följande uttalande: ”Förarbetsuttalanden får...alldeles särskild betydelse när man...har att tillämpa en mycket allmänt hållen lagtext.”³⁸¹

Avslutningsvis ska här – även om det inte direkt föranleds av syftet med avhandlingen – ges några exempel på arbetsdomstolens bidrag till utvecklingen av regelsystemet när det gäller ”tillräckliga kvalifikationer” i 22 och 25 §§ LAS. Rättsläget har i ett antal avseenden klarlagts genom formuleringar som framträder som ”regeldelar”.

³⁷⁹ Det är lätt att hitta andra exempel på lagstiftarorientering i samband med precisering, se t.ex. AD 94/76 med tillämpning av regeln om erforderlighet i FML 6 § första stycket; tolkningen innefattade ”mera allmänna överväganden med beaktande av de syften som ligger till grund för lagstiftningen.”

³⁸⁰ Om betydelsen av ”den goda sedvänjan” inom arbetsrätten se Sigeman 1997b, s. 265.

³⁸¹ Lind 1993, s. 307. Se även Nordenson, s. 397, för likartad uppfattning.

Rättsläget beträffande 22 § LAS klargjordes på ett antal punkter.

a) I samtliga refererade fall gjorde domstolen en ingående prövning av omständigheterna i det särskilda fallet. Den rättsliga prövning som arbetsgivarens bedömning av en arbetstagares kvalifikationer kan komma att underkastas är mycket ingående. Arbetsgivarens bevisbörda var avsevärd.

b) Det var förhållandena vid uppsägningstillfället som var avgörande för om det skulle anses ha förekommit ett turordningsfel, AD 159/77.

c) Vid bedömningen av om en arbetstagare har tillräckliga kvalifikationer var tidigare erfarenheter av ifrågavarande arbetsuppgifter samt teoretisk utbildning av betydelse, AD 159/77 och 144/84, och i vissa fall även ”personliga egenskaper”, AD 133/84.

d) Även om det ”i princip” var arbetsgivaren som hade bevisskyldigheten för påståenden om att en arbetstagare saknade tillräckliga kvalifikationer, så fritogs inte arbetstagaren från skyldigheten att i vissa fall åtminstone göra sannolikt att av honom framförda påståenden om bakgrunden till uppsägningen var korrekta, AD 84/78 och 51/83.

e) En arbetsgivare fick inte – med avvikelse från lagens turordningsregler – välja den mest kvalificerade av två arbetstagare, AD 84/78.

f) I arbetstagarens krav på viss upplärningstid ingick normalt inte en relativt omfattande språkutbildning, AD 96/79.

g) Skyldighet att bereda en arbetstagare möjlighet till upplärning kunde föreligga även i en situation sådan som den vid en kortvarig permittering, AD 146/82.

h) Om en arbetsgivare inför en förestående eller redan inträffad arbetsbristsituation ville pröva en arbetstagare, som riskerade att sägas upp på grund av arbetsbristen i nya arbetsuppgifter för att kunna bedöma arbetstagarens kvalifikationer för dessa arbetsuppgifter, så borde arbetstagaren underrättas om ”det allvarliga i sin belägenhet”, AD 133/84.

i) Sjukdom kunde – under vissa förhållanden – få betydelse för en arbetstagares möjlighet att göra gällande rätt till företräde till fortsatt arbete. Prövningen av sjukdomens betydelse i det enskilda fallet påverkades av de grundsatser som bär upp turordningsreglerna, bl.a. den att bereda äldre arbetstagare och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga ett särskilt skydd i anställningen. Bedömningen av betydelsen av en arbetstagares hälsotillstånd för förmågan att fullgöra ett visst arbete skulle grundas på objektiva skäl, AD 144/84.

Även tillämpningen av bestämmelsen i 25 § LAS om tillräckliga kvalifikationer medförde en precisering av rättsläget.

a) Prövningen av omständigheterna i det enskilda fallet var ingående i samtliga refererade fall.

b) Arbetsgivaren hade inte rätt att ställa upp vilka behörighetskrav som helst för en befattning. Arbetsdomstolen kunde pröva de uppställda kraven, AD 77/76. Den grundsats som ligger till grund för propositionsutskottens uttalanden rörande bestämmelsen om tillräckliga kvalifikationer som en förutsättning för rätt till återanställning enligt 25 § var, att arbetsgivaren inte kunde – till förfång för en företrädesberättigad arbetstagare – åberopa kvalifikationskrav som framstår som obefogade eller överdrivna, AD 58/86.

c) Det var i princip arbetsgivaren som skulle styrka att en arbetstagare saknade tillräckliga kvalifikationer enligt 25 §, AD 162/78, 46/86.

d) Arbetsgivaren kunde inte – med bortseende från anställningstid – välja den bland flera företrädesberättigade som enligt hans uppfattning var bäst kvalificerad för den nya anställningen, AD 46/86.

e) Arbetsgivaren kunde i visst fall inte genom att anställa en lärling för utförande av arbetsuppgifterna undanta dem från bestämmelsens tillämpningsområde. Kravet på tillräckliga kvalifikationer ansågs gälla endast arbetsuppgifterna, AD 55/86.

f) Intresseavvägningen fick bara avse vissa intressen. Det arbetsgivarintresse som är avsett att tillgodoses genom bestämmelserna i 25 § om tillräckliga kvalifikationer ansågs vara att arbetstagaren är kompetent att utföra de aktuella arbetsuppgifterna. Att en företrädesberättigad arbetstagare inte fullgjort sin militärtjänst kunde t.ex. inte beaktas, AD 160/88.

De preciseringar, innebärande en utveckling av regelsystemet, som noterats ovan tyder på att arbetsdomstolen accepterat den aktiva roll för det rättsliga beslutsfattandet som är en förutsättning för användandet av avvägningsnormer.

6 Viktning av rättskällor i litteraturen och i arbetsdomstolen

6.1 Lagtext, förarbeten och rättspraxis

6.1.1 Inledning

Uttalanden i frågor om lagtolkning är vanligt förekommande i rättsvetenskaplig litteratur – ibland som en del av en beskriven eller rekommenderad "rättskällelära". Det råder delade uppfattningar om vad en sådan lära ska anses omfatta,³⁸² men en uppgift anses av många vara att söka fastställa en rangordning mellan olika typer av rättskällor.³⁸³ En del av det som nu ska tas upp ur perspektivet av viktning av rättskällor har belysts i kap 3–5 i termer av orientering. Det främsta skälet till att nu välja det förstnämnda perspektivet är att det underlättar en jämförelse mellan uppfattningar framförda i arbetsdomstolen och uppfattningar framförda i litteraturen. I litteraturen har vanligtvis det som här framställts som en fråga om orientering diskuterats som en fråga om viktning av rättskällor.³⁸⁴

I detta första avsnitt ställs lagtext i relation till först förarbeten och sedan rättspraxis.³⁸⁵

³⁸² Se t.ex. Peczenik 1980, s. 49f, 1990a, kap 6 och 1995a, s. 213f; Strömholm 1996, s. 330ff; Eckhoff 1993, s. 11f. Sigeman ser rättskälleläran som "en flerdimensionell egenkapsrymd", Sigeman 1997b, s. 262.

³⁸³ Se t.ex. Strömholm a. a. s. 390ff om rättskällefaktorerers inbördes rangordning. En av de av Sigeman åsyftade dimensionerna är "den som redovisar rättskällorna och anger dessas inbördes vikt", a. st. Se även Sigeman 1977a, s. 207f och dens 1989-90, s. 204, med synpunkter på en "lära om rättskällor och dessas hierarki". Blume, s. 872, hävdar att rättskällorna i praktiken används på ett icke-hierarkiskt sätt.

³⁸⁴ Bjarup har, 1987, s. 161, sett "a theory of reasoning" som intressantare än "a theory of interpretation of law".

³⁸⁵ Det kan förekomma att olika lagtexter är svåra eller rent av omöjliga att förena med varandra. Exempel på uttalanden rörande vissa sådana situationer är att speciallag bryter allmän lag, Strömholm a. a. s. 221, och att om en tidigare lagregel är oförenlig med en senare, den senare bör tillämpas, Peczenik 1990a, s. 178. Se om *lex posterior*-principen i Eckhoff 1993, s. 288f. Det undersökta materialet ger inte anledning att gå närmare in på frågor av denna typ. Frågor om harmonisering av rättsregler behandlas utförligt i Eckhoff a. a. s. 266ff.

6.1.2 Lagtext – förarbeten

Förhållandet mellan *lagtext och lagförarbeten* har sagts vara ”det praktiska kärnproblemet i den normativa metoddebatten”.³⁸⁶ Båda typerna av text härrör från lagstiftaren i vid mening. Medan det är klart vad som är lagtext, kan ibland tveksamhet eller oenighet råda om vad som ska räknas till förarbetena – och särskilt om vad som ska anses vara i ett visst sammanhang relevanta förarbeten. Material som kan komma ifråga är direktiv, kommittébetänkanden, remissvar, departementschefsuttalanden, lagrådsutlåtanden, motioner från riksdagsledamöter och uttalanden i riksdagsdebatter.³⁸⁷ Så har t.ex. remissyttranden i ett sammanhang förmodats sakna självständig betydelse³⁸⁸ medan de i ett annat sagts böra beaktas³⁸⁹.

Vanligen uppfattas förarbetena som ett komplement till lagtexten. Att de är avsedda att användas i lagtolkningen kan knappast betvivlas.³⁹⁰ I många fall är bestämmelser i lagtext i själva verket utformade på ett sådant sätt att den avsedda innebörden framgår först vid studiet av förarbetena. Vad som ska placeras i lagtext och vad som ska utsägas i förarbetena är inte alltid klart.³⁹¹

Enligt en ofta återopad ståndpunkt ska lagtexten alltid vara så utformad att den rymmer de till rättstillämparen riktade anvisningar som lagstiftaren lämnat i förarbetena.³⁹² Att en sådan ståndpunkt skulle ha fotfäste inom arbetsdomstolen kan inte utan vidare antas.

AD 88/78 Arbetsdomstolen fann att en av arbetstagarsidan intagen ståndpunkt i fråga om genomförandet av samverkansförhandlingar inom kommuner i vissa situationer skulle ha förutsatt ett ingrepp i den hittills tillämpade kommunala beslutsordningen. Ett sådant ingrepp kunde, enligt domstolen, inte antas ha varit avsett om det inte fanns ett klart stöd för det ”åtminstone i medbestämmandelagstiftningens förarbeten”. Sådant stöd saknades.

Enligt ett annat i litteraturen gjort uttalande som också rör förhållandet

³⁸⁶ Strömholm 1979a, s. 146.

³⁸⁷ Strömholm 1996, s. 358ff. Peczenik 1995a, s. 252, ger synpunkter på vad som bör eller får beaktas som auktoritetsskäl i fråga om olika typer av förarbeten.

³⁸⁸ Hellner 1988, s. 66. Jfr dock Hellner 1994, s. 83.

³⁸⁹ Peczenik 1990a, s. 168.

³⁹⁰ Strömholm 1996, s. 368.

³⁹¹ Lind 1993, s. 309, tar upp frågan om inte en i motiven i visst fall uttryckt princip borde ha tagits in i lagtexten. Gunnarsson noterar, s. 266, att om man jämför en lagtext med dess proposition, finner man att endast en liten del av de regler som finns i propositionen även förekommer i lagtexten.

³⁹² Schmidt 1955, återgiven i Strömholm 1996, s. 372. Se också Peczenik 1988, s. 264, och dens 1990a, s. 169f, om lagstiftning genom förarbeten. I Strömholm 1976, s. 469, ges exempel på bristande genomslagskraft när det gäller rekommendationen.

mellan lagtext och förarbeten är det inte lämpligt att i förarbeten ge anvisningar till rättstillämpningen i frågor som faller utanför området för den lagstiftning som är aktuell.³⁹³ Till stöd för att denna rekommendation fått ett "avsevärt inflytande" har åberopats ett uttalande från lagstiftarhåll.³⁹⁴ Det vore för rättstillämpningen "av utomordentlig vikt att ändring av gällande rätt från lagstiftarens sida sker genom föreskrifter i lag eller genom motivedes gjorda uttalanden i anslutning till antagandet av ny eller ändrad lagtext och inte genom allmänna uttalanden i lagstiftningsärenden som inte gäller det lagrum som uttalandena avser".³⁹⁵ Uppfattningen får stöd i ett uttalande enligt vilket ett motivuttalande får rang som rättskälla endast om uttalandet görs i samband med att man beslutar om ändringar i just den lagtext som motivuttalandet anknyter till.³⁹⁶

Några exempel på fall där arbetsdomstolen haft anledning att ta ställning i frågan är följande.

I AD 3/76 tillades förarbeten till annan lag än den som skulle tillämpas vikt. I AD 118/79, hade ett visst motivuttalande som kunde uppfattas som att lagstiftaren föreställde sig att primär förhandlingsskyldighet förelåg inför beslut om chefstillsättningar, gjorts i anslutning till helt andra bestämmelser i MBL än den tvisten rörde. Därför kunde man inte dra några för målet avgörande slutsatser på grundval av motivuttalandet. I AD 137/79 ansågs ett departementschefsuttalande som tillkommit i ett helt annat sammanhang än det som var aktuellt i målet men ändå i samband med tillkomsten av en lag som innehöll bestämmelser som i sak överensstämde med de i målet omtvistade reglerna ha "begränsat intresse".

Det har också ansetts att lagstiftaren inte bör använda motivuttalanden i ett senare lagstiftningsärende för att försöka ändra eller påverka den praxis som utbildats i anslutning till ett tidigare utfärdat stadgande.³⁹⁷

Svensk rättsordning kännetecknas av "den skrivna lagens primat".³⁹⁸ Den förhärskande uppfattningen torde vara att bestämmelser i skriven lag bör beaktas vid lösning av konkreta tvister.³⁹⁹ I rangordningshänseende brukar de sättas först. "Den största tyngden som rättskälla har givetvis lagbestämmelser som är tillämpliga enligt ordalagen, eller enligt måttfull

³⁹³ Strömholm 1996, s. 372.

³⁹⁴ A. a. s. 373.

³⁹⁵ JuU 1976/77:15 s. 6.

³⁹⁶ Lind 1993, s. 309.

³⁹⁷ Strömholm a. a. s. 373.

³⁹⁸ Strömholm a. a. s. 473. Peczenik 1995a, s. 228, om varför lagen bör ha en dominerande ställning.

³⁹⁹ Strömholm a. a. s. 334; Lehrberg, s. 70ff. Jfr dock Ekelöf 1994, s. 75f, om reduktionslut.

extensiv tolkning.”⁴⁰⁰ Att lagtext allmänt antas väga tyngre än förarbeten sammanhänger med ”den demokratiska ideologin och dess syn på samhällsordningens legitimation”.⁴⁰¹ De senare framställer inte samma absoluta lydnadskrav utan har endast anspråk på beaktande.⁴⁰² I ett uttalande som ofta åberopats sägs att direktiv i förarbeten inte har samma bindande verkan som direktiv i lagtext.⁴⁰³ Ett motivuttalande som står i strid med lagtextens klara ordalag ska inte följas.⁴⁰⁴ Uppfattningen om förarbetens subsidiaritet i förhållande till lagen förefaller vara allmänt omfattad.

Det sagda betyder alls inte att förarbeten skulle sakna betydelse vid tolkning av lag. Det har tvärtom sagts att förarbetena i Sverige har större betydelse än i andra europeiska stater,⁴⁰⁵ t.o.m. att svenska domstolar skulle inta en särställning i hela världen genom sitt beroende av förarbetena.⁴⁰⁶ Det är svårt att veta hur sådana uppskattningar kan användas vid ett försök att ange lagförarbetens relativa vikt i det svenska rättssystemet. Att en viss försiktighet är påkallad påminns man om av ett uttalande av Bengtsson, som nyligen hävdat att förarbetena nog i realiteten spelar en mindre och doktrinen en större roll än man tror!⁴⁰⁷ Hans intryck är att lagmotiven visserligen åberopas ofta, men att de blir avgörande – utom när de ger uttryck för en huvudtanke bakom lagstiftningen – ”framför allt när de har särskilt god kvalitet eller man i det praktiska rättslivet inrättat sig efter det rättsläge de anger.”⁴⁰⁸ Lind anger som sin uppfattning att man åtminstone i icke atypiska situationer bör fästa betydande vikt vid uttalanden i förarbetena.⁴⁰⁹ Som exempel på atypiska situationer nämns att ett uttalande i förarbetena strider mot lagtexten, att ett förarbetsuttalande inte går ihop med ett annat till samma lagverk och att ett förarbetsuttalande utan förankring i lagtexten står i konflikt med allmänna rätts-

⁴⁰⁰ Sigeman 1997b, s. 262.

⁴⁰¹ Strömholm a. a. s. 334.

⁴⁰² Strömholm, a. a. s. 358. Peczenik 1980, s. 116, uttalar med avseende på det moderna Europa: ”Inte i någon stat anses förarbeten vara lika bindande som själva lagen.”

⁴⁰³ Strömholm a. a. s. 372 om det i Schmidt 1955 gjorda uttalandet. I Heuman & Westberg, s. 111, sägs utgångspunkten böra vara att lagen är den främsta rättskällan, men att det förekommer att klara motivuttalanden läggs till grund för en dom, ”trots att lagen närmast anvisar en annan lösning”.

⁴⁰⁴ Lehrberg, s. 93.

⁴⁰⁵ Peczenik 1980, s. 117. Liknande uppfattning i Leijonhufvud, s. 90.

⁴⁰⁶ Conradi, s. 79. Se även Kellgren, s. 164, not 588, med vidare litteraturhänvisningar.

⁴⁰⁷ Bengtsson 1997, s. 111. När det gäller Högsta domstolen finner Strömholm i a. a. s. 374, att dess praxis från de senaste åren (efter 1971) visar på en friare hållning gentemot motivuttalanden. Men han finner underlaget för en bedömning av frågan ännu ej tillräckligt omfattande för att medge några bestämda slutsatser.

⁴⁰⁸ Doublet & Bernt, s. 149, tar upp frågan om ”kvalitetssensur” av förarbetsuttalanden.

⁴⁰⁹ Lind 1993, s. 305.

grundsatser. De nämnda fallen ses som exempel på konfliktsituationer, medförande att förarbetsuttalandet "desarmeras".

Åtskilliga skäl har anförts till förmån för ett beaktande av förarbeten. Ett beslutsfattande i strid med motivuttalanden kan, för det första, komma att leda till ingripande av lagstiftaren. Risken är alltså att det leder till ett rättsläge av kort varaktighet. Ett andra skäl är att ett beaktande av uttalanden i förarbeten är ägnat att främja enhetlighet i rättskipningen.⁴¹⁰

Frågan om en sådan enhetlighet är dock komplicerad – inte minst av skäl som sammanhänger med språket. Ett uttryck kan ofta ha – eller ges – flera innebörder. Ur en så omfattande textmassa som förarbetena till en lag ofta utgör, går det normalt att utläsa olika saker. Resultatet av läsningen beror bl.a. av den vikt man tillägger olika delar av materialet. Om man fäster stort avseende vid det allmänna syftet el dyl med en lag kan detta t.ex. färga av sig vid läsningen av andra delar av texten. Ett av problemen när det gäller enhetligheten är väl lättheten att hitta motsägelsefulla eller oklara uttalanden. Den rättslige beslutsfattaren kan också lägga in argument som att "det kan inte ha varit avsett av lagstiftaren". För att uppnå enhetlighet skulle alltså krävas en viss enhetlighet också i *principerna för nyttjandet av förarbeten*.⁴¹¹ Kanske skulle rent av krävas "en tämligen utvecklad argumentationsteknik just i vad gäller motsägelsefulla eller oklara förarbetsuttalanden".⁴¹²

Lind påpekar, att förutsebarheten ökar om förarbetsuttalanden respekteras – med det viktiga tillägget att det förutsätter "att domstolarna är konsekventa och inte väljer och vrakar bland förarbetsuttalandena".⁴¹³

Ett tredje skäl rör förarbetens tillkomstsätt. De som deltar i lagstiftningsarbetet arbetar oftast under lång tid och med stor omsorg. Det sagda pekar i riktning mot arbetsekonomi och rättssäkerhet.⁴¹⁴

Andra skäl som anförts till stöd för uppfattningen att förarbeten bör beaktas är att man vid lagtolkning bör beakta en så stor mängd data som möjligt; att man vid lagtolkning bör beakta lagens ändamål och då behövs förarbetena; att förarbetena är en produkt av den demokratiska lagstiftningsprocessen; att hänsyn till rättvisa och rättssäkerhet kräver det (här anges som villkor en uniformitet, som främjas "genom att alla som tolkar lagen beaktar samma förarbeten..."); att där kan finnas väl motive-

⁴¹⁰ Strömholm 1979a, s. 149 och Conradi, s. 79.

⁴¹¹ Strömholm 1996, s. 371. För en illustration till det sagda se t.ex. AD 150/80 med dess olika uppfattningar om hur förarbetena borde läsas och tolkas.

⁴¹² A st.

⁴¹³ Lind 1993, s. 317f.

⁴¹⁴ Strömholm 1979a, s. 153f.

rade förslag; att lagstiftaren räknar med att förarbetena beaktas.⁴¹⁵

Lind anger ytterligare några skäl att respektera förarbetsuttalanden (och menar då ”s a s. normala och rejäla förarbetsuttalanden som inte står i strid med lagtext, allmänna rättsgrundsatser eller andra förarbetsuttalanden till samma lag”). Man undviker att få en mycket utförlig och svårtillgänglig lagtext.⁴¹⁶ Därtill kommer att normgivningsmakten ligger hos riksdagen och i viss mån hos regeringen och att det då är välbetänkt att ta hänsyn till deras inställning. Från domstolens synpunkt är det också bra att det klargörs att domen inte är ett uttryck för domarens privata värderingar utan grundas på överväganden som ytterst gjorts av de politiker som har att besluta om lagstiftning.⁴¹⁷

Rent allmänt kan sägas att tillskyndare av subjektiverande inslag i rättstillämpningen – med ty åtföljande sökande av *äsyftad* mening eller ändamål – torde ha svårt att bortse från i förarbetena publicerade uttalanden. En text förstås bäst insatt i sin kontext. Att motivuttalandena är en viktig del av lagtextens kontext är svårt att förneka.

I sammanhanget finns anledning att uppmärksamma de skillnader som ofta görs mellan olika typer av förarbetsuttalanden. Samma förarbetsuttalande kan, som tidigare framgått, också tilläggas olika vikt av olika beslutsfattare.⁴¹⁸

Det är en vanlig uppfattning att förarbeten bör rangordnas.⁴¹⁹ Ett kriterium kan vara uttalandets plats i lagstiftningsärendet⁴²⁰ (t.ex. kommittébetänkande och proposition). Av det domsmaterial som analyserats framgår ibland att olika förarbeten tillades olika vikt, som i exemplet där ”lagstiftaren” sades ha underkänt ett kommittéförslag i visst avseende och hänvisning gjordes till föredragande departementschefen⁴²¹. Att till en lag hörande proposition, utskottsbetänkande och – med vissa reservationer – kommittébetänkande är relevanta förarbeten för fastställande av lagstiftaravsikt är i stort sett oomstritt. Ibland används uttrycket ”förarbetena” dock med en mera vidsträckt innebörd. I AD 118/79 inkluderades mate-

⁴¹⁵ Peczenik 1990a, s. 164ff. Som förutsättning anges att de är ”utförliga och väl genomtänkta”. För ytterligare fyra skäl att beakta förarbeten till ”relativt ny” lagstiftning se a. a. s. 166. Skäl mot att förarbeten tillmäts ”stor” vikt anges a. a. s. 165. Även Lind 1993, s. 317.

⁴¹⁶ Frågan om lagtexters begriplighet behandlas i Gunnarsson, se t.ex. s. 263ff.

⁴¹⁷ Lind 1993, s. 316ff.

⁴¹⁸ När det gäller det sist påpekade förhållandet se t.ex. AD 7/75, 118/79 och 150/80.

⁴¹⁹ Se t.ex. Lögdberg, s. 8ff, Lehrberg, s. 92 och Sigeman 1977a, s. 216.

⁴²⁰ Strömholm 1996, s. 370. I Schmidt 1955, s. 274, sägs ”de olika personkretsarna” ha olika auktoritet, ”politiskt och fackmannamässigt”.

⁴²¹ AD 120/84.

rial från "arbetsrättskommittén, remissinstanserna, departementschefen, lagrådet [och] inrikesutskottet". I samma dom beaktades till och med uttalanden under riksdagsdebatten, en typ av material som vanligtvis inte anses relevant i tolkningssammanhang.

Man kan också göra skillnad mellan olika (eventuellt motstridiga) uttalanden i samma förarbeten, t.ex. mellan allmän motivering och specialmotivering. Enligt någon skulle det vara en allmän uppfattning att den allmänna motiveringen "oftast" har högre dignitet som rättskälla än specialmotiveringen.⁴²² Vissa uttalanden betecknas ibland som "auktori-tativa".⁴²³ En illustration till det sagda är följande uttalande.

"[D]är i ett lagstiftningsärende...sådana agerande i proceduren som departementschef och riksdagsutskott uttalat en någorlunda klar och entydig uppfattning om hur en regel rätteligen bör förstås, där kan ingen tvekan råda om att uttalandet i praktiken får i det allra närmaste samma genomslagskraft som en lagregel."⁴²⁴

Här utpekas ett par aktörer i lagstiftningsarbetet, departementschef och riksdagsutskott, som särskilt betydelsefulla.

Andra kriterier är uttalandets ålder⁴²⁵ eller dess kvalitet⁴²⁶.

Frågan om en rangordning mellan olika typer av förarbeten aktualiseras ofrånkomligen om de skulle innehålla motstridiga besked i tillämpningsfrågor.⁴²⁷ Det lär vara svårt att finna detaljerade rekommendationer⁴²⁸, men vissa försök att uppställa sådana har gjorts. Ett exempel är följande "kollisionsnorm" för den situationen att det inte är möjligt att

⁴²² Lehrberg, s. 92.

⁴²³ Strömholm 1996, s. 297f, med ett exempel från Högsta domstolen. Från arbetsdomstolen se t.ex. AD 160/78 där man markerade en skillnad mellan "kommitté" och "lagstiftare". Enligt Hellner 1994, s. 83, beror betydelsen av ett betänkande ofta av propositionens utformning.

⁴²⁴ Strömholm a. a. s. 374. I Lind 1993, s. 309f, ges ett exempel på hur Högsta domstolen lät sig ledas av ett motivuttalande "i samma utsträckning som fallet skulle ha blivit om motivuttalandet i stället hade arbetats in i lagtexten". Ett exempel på den vikt som i vissa sammanhang kan tilläggas förarbeten återfinns i ett i Strömholm, a. a. s. 297, omnämnt minoritetsvotum i RÅ 1953 s. 27: uttalanden om skattelagstiftningens innebörd, som förekommit under riksdagsbehandlingen, borde – med hänsyn till riksdagens exklusiva beskattningsmakt – anses "nära nog likvärdiga med en lagförklaring". I Hellner 1991-92, s. 262f, ges exempel på tillämpning av motiv "såsom om de vore lag". I Bratt & Tiberger 1989, s. 707ff, diskuteras "en extrem motivanvändning".

⁴²⁵ Lögdberg, s. 8.

⁴²⁶ T.ex. Bengtsson 1997, s. 111.

⁴²⁷ För exempel på motstridiga förarbetsuttalanden se Eklund, R, 1997, s. 218f.

⁴²⁸ Strömholm 1976, s. 465.

harmonisera olika delar av förarbetena⁴²⁹:

- Riksdagsutskottets betänkande och departementschefens anförande går före övrigt material.
- Oförenlighet försvagar auktoriteten hos alla de oförenliga uttalandena i förarbetena: den största betydelsen har således de icke emotsagda uttalandena.

När det gäller *arbetsdomstolens* syn på hithörande frågor kan konstateras att klara besked från lagstiftningshåll, klar lagtext i kombination med entydiga förarbeten, i flera fall vägde tungt.

I AD 25/80 fann arbetsdomstolen att lagtextens ordalydelse och under förarbetena gjorda klargörande uttalanden gav utrymme för endast en slutsats i lagtolkningsfrågan.

AD 21/82 En fråga i målet gällde om ett krav på ersättning enligt lagen om rätten till arbetstagares uppfinningar omfattades av 35 § MBL. Arbetsdomstolen undersökte förarbetena till lagrummet. Vad som utspelat sig i dialogen mellan departementschef och lagråd ansågs tyda på viss avsikt med paragrafen. Därtill lades att lagtexten var "helt entydig" och pekade i samma riktning som förbetsuttalandena. Domstolen uttalade att det i den föreliggande situationen *inte fanns någon möjlighet* att vid rättstillämpningen begränsa paragrafens tillämpningsområde på visst, av ena parten föreslaget, sätt.

AD 21/85 (Stark) En arbetsgivare var bunden av kollektivavtal gentemot en facklig organisation (A). Hos arbetsgivaren var ett antal arbetstagare anslutna till en icke kollektivavtalsbärande organisation (B). Arbetsgivaren vägrade B tillgång till protokoll från lokala förhandlingar mellan arbetsgivaren och A. B menade att 19 § MBL, som ålägger arbetsgivare att ge kollektivavtalsbärande organisationer viss information fortlöpande, skulle tillämpas analogt beträffande B. Arbetsdomstolen ansåg sig inte kunna bifalla Bs talan och återopade förbetsuttalanden. Av dessa sades framgå dels att rätten till information enligt 19 § MBL är exklusiv, dels att det varit lagstiftarens avsikt att icke kollektivavtalsbärande organisations intresse av information skulle tillgodoses endast inom förhandlingsrättens ram. Uttalandena sades spegla vad redan lagtextens ordalydelse gav vid handen. "Som framgår av vad som nu har anförts kan...talan inte bifallas."

I AD 129/86 uppkom frågan om huruvida två arbetstagare A och M skulle

⁴²⁹ Peczenik 1990a, s. 179f. Se också a. a. s. 168ff, och dens 1980, s. 118ff, med "[n]ärmare regler för lagtolkning influerad av förarbeten". I Peczenik 1990a, s. 144ff förekommer en uppräknig av rättskällor som "*skall, bör, respektive får beaktas*". Förarbeten hänförs till bör-kategorin. Peczenik sägs i Strömholm 1976, s. 465, vara den som gått längst när det gäller att uppställa rekommendationer för den rättstillämpande juristen.

anses ha fullgjort vad som krävs av en underrättelse enligt 40 § första stycket LAS, där det sägs att en arbetstagare som avser att yrka ogiltigförklaring av en uppsägning ska underrätta arbetsgivaren om detta senast två veckor efter det att uppsägningen skedde. A och M hade i ett brev till arbetsgivaren endast förklarat att saklig grund för uppsägningarna inte förelegat. Domstolen konstaterade att lagtexten otvetydigt föreskriver att underrättelsen ska gälla arbetstagarens *avsikt* att yrka ogiltigförklaring. Av förarbetsuttalanden slöt sig domstolen också till att man genom att göra avkall på det kravet skulle avlägsna sig från den ordning som lagstiftaren åsyftat. Detta tillsammans med beaktandet av vissa effekter ledde fram till konstaterandet att slutsatsen "måste bli" att ett krav på uttryckligt besked om avsikten att yrka ogiltigförklaring måste upprätthållas.

I AD 14/88 (Bergqvist) pekade lagtext, förarbeten och konsekvenser i samma riktning (s 91 f).

Det kunde dock inträffa situationer där inte ens så klara besked från lagstiftarhåll som nu refererats ansetts tillräckliga för att diktera domslutet.

AD 51/82 (Stark) 25 § LAS tockades och tillämpades med åberopande av vissa förarbetsuttalanden. Den innebörd som framkom genom läsning av förarbetena sades vara "väl förenlig med lagtextens ordalydelse". Tolkningen innebar att företrädesrätten enligt lagrummet tidsbegränsades på visst sätt. Efter att ha funnit förarbeten och lagtext samstämmigt peka mot en viss tolkning tillade domstolen: "något vägande skäl synes inte kunna åberopas mot att tidsmässigt avgränsa företrädesrätten på detta sätt".

Tillägget tyder på att domstolen hade kunnat tänka sig en tolkning i strid med förarbeten och lagtext – *om vägande skäl för en sådan tolkning förelegat*. Beskaffenheten av de skäl som kunnat uppväga de två samstämmiga rättskällorna berördes inte.

I AD 5/79 pekade lagtextens ordalag (och vissa förarbetsuttalanden) i en riktning. Det primära syftet med den lagregel som skulle tillämpas pekade i en annan riktning. Domstolen lät ett antaget "primärt" syfte överflygla såväl lagtext som förarbetsuttalanden.

En klar lagtext vägde tungt. Förarbeten som bedömdes som oklara vägde lätt.

I AD 7/75 ansågs inte lagtexten ge något stöd för arbetstagaridans ståndpunkt (att facklig förtroendeman hade rätt till ersättning för facklig verksamhet som ägde rum under tid då förtroendemannen annars inte skulle ha varit i arbete). Lagens förarbeten i allmänhet befanns inte heller ge något belägg för att avsikten med bestämmelserna kunde åberopas till stöd för

arbetstagsidans ståndpunkt. Ett departementschefsuttalande, som i och för sig kunde uppfattas som ett stöd för arbetstagsidans ståndpunkt, tillmättes inte avgörande betydelse, mot lagens klara ordalag.

Lagens klara ordalag ansågs i den föreliggande situationen böra gå före vissa förarbetsuttalanden. Det förefaller av domstolens sätt att formulera sig som om förarbetenas oklarhet haft en viss betydelse för utgången. Det kan inte uteslutas att entydiga förarbetsuttalanden hade givit en annan utgång – även om de inte gått att förena med ”lagens klara ordalag”.⁴³⁰ Att saken inte varit avgjord redan genom konstaterandet att lagtexten var klart formulerad framgår av den noggranna genomgången av förarbetsuttalandena, med en distinktion mellan uttalanden ”i allmänhet” och vissa andra uttalanden. Ett uttalande av denna senare kategori ansågs vara av den karaktären att det fanns ”övertygande skäl” för att uppfatta det som stöd för arbetstagsidans ståndpunkt, men det tillmättes ”med hänsyn till omständigheterna” inte avgörande betydelse. Dessa omständigheter torde vara just de omständigheter som gjorde uttalandet oklart. Närmast tyder väl majoritetens uttalanden här på att *om* det funnits klara förarbetsuttalanden så hade utgången blivit en annan. En klar lagtext tillmättes alltså stor vikt – men inte större än att klara förarbetsuttalanden kunde ha rubbat dess auktoritet.⁴³¹

Vad som ska anses vara ett fall av ”klar” lagtext kan ibland diskuteras. Det är domstolens sätt att uppfatta de använda texterna som är betydelsefullt. Domstolen uttalade sig ibland om när den ansåg en text vara klar – eller oklar.

I AD 96/76 med tillämpning av 7 § tredje stycket FML var bedömningen av tvistefrågan beroende av om det kunde anses bero på arbetsgivaren att förhandlingar förlagts till viss plats. Arbetsdomstolen fann att det i lagtexten använda uttrycket ”beror på arbetsgivaren” hade en vidare innebörd än vissa i förarbetena använda uttryckssätt. En vidare tolkning av bestämmelserna ansågs vinna stöd även av andra omständigheter än lagtextens utformning. En av dessa omständigheter är hänförlig till kategorin konsekvenser. En annan omständighet är snarast hänförlig till ändamålet med lagstiftningen: enligt föredragande statsrådet var det naturligt att fackligt arbete av det slag som var aktuellt i målet förlades till arbetstid och att kostnaderna bars av arbetsgivaren.

⁴³⁰ Minoriteten läste både lagtext och förarbeten på annat sätt än majoriteten. Den tycks inte ha uppfattat lagtextens ordalag som lika klara.

⁴³¹ Domen har i annat sammanhang uppfattats som ett exempel på domstolens självständighet gentemot lagförarbeten och anslutning till ”den allmänna rättskällelärans princip om lagtextens överhöghet”, Sigeman 1989–90, s. 204.

Lagtexten gavs försteg framför vissa förarbetsuttalanden. Den utgång som anvisades av "själva lagtexten" stöddes visserligen av ytterligare omständigheter, men den innebörd som framgick av i lagtext använda uttryck förefaller ha vägt tungt.

AD 62/75 Arbetsgiversidan yrkade arbetsdomstolens förklaring att arbetstagar inte hade rätt till bibehållna anställningsförmåner enligt 7 § första stycket FML. Fråga uppkom bl.a. huruvida arbetsgivarparterna haft att instämma inte bara berörd avdelning på arbetstagsarsidan utan även arbetstagarförbundet. Enligt uttalanden i propositionen till FML (prop 1974:88 s. 228) skulle arbetstagsarsidans talan i arbetsdomstolen rörande tillämpningen av lagen föras av den lokala arbetstagarorganisationen. Mot detta stod 4 kap 5 § andra stycket LRA med en bestämmelse enligt vilken den som vill föra talan vid arbetsdomstolen mot medlem eller förutvarande medlem i förening av arbetsgivare eller arbetstagar ska instämma även föreningen. Underorganisation skulle enligt bestämmelse i sista stycket samma paragraf betraktas som medlem i huvudorganisationen. Domstolen konstaterade att förarbetsuttalandet "således inte [kunde] anses vägledande".

En klart utformad lagtext tog över ett klart utformat förarbetsuttalande. Det framgår inte om det spelade någon roll att förarbetsuttalandet gjorts i anslutning till materiell lagstiftning medan lagtexten fanns i processuell lagstiftning.

AD 17/77 Enligt en bestämmelse i dåvarande statstjänstemannalagen skulle förordnande om tidsbegränsad anställning, som meddelats i strid med lag, på yrkande av arbetstagaren förklaras gälla tills vidare. Arbetsgivarparten anförde att det innebar att talan om sådan förklaring måste väckas före förordnandetidens utgång vid äventyr att anspråket på tillsvidareanställning annars preskriberades. Till stöd för ståndpunkten åberopades ett uttalande i förarbetena till LOA. Arbetsdomstolen hänvisade till en tidigare dom (AD 88/76), enligt vilken det måste ställas stränga krav på tydlighet för att man i avsaknad av uttrycklig lagregel, skulle kunna lägga andra regler i lagen eller uttalanden i förarbetena till grund för slutsatsen att en sådan regel gällde.

Lagtextens utformning tillmättes stor vikt. Vissa frågor tycks vara av sådan art att arbetsdomstolen anser att det bör framgå av lagtexten hur de ska bedömas. Lagtexten får särskild tyngd i förhållande till andra rättskällor. Ett exempel är preskriptionsregler. I fråga om preskription skulle då lagtextens utformning vara av särskild betydelse.

Conradi ger ett exempel på viktning av förarbeten och lagtext i Högsta domstolen. Ett visst krav framgick inte av lagtexten, men det framgick av förarbetena att meningen var att kravet skulle gälla. HD gick på lagtexten "efter-

som det här är fråga om fatalitetid och rättssäkerheten således i hög grad berörs”.⁴³²

Lagtext och förarbeten kan alltså väga olika tungt beroende på vilken typ av fråga som provas.

AD 98/77 (Stark) I målet prövades bl.a. om en arbetsgivare genom att inte påföljande säsong bereda en säsonganställd arbetstagare fortsatt anställning hade åsidosatt bestämmelserna i LAS om företrädesrätt till ny anställning. En majoritet ansåg att av lagtexten framgick att säsonganställd som på grund av arbetsbrist inte fått fortsatt anställning hade en på visst sätt utformad företrädesrätt till ny anställning. I det till bedömning föreliggande fallet hade arbetstagaren inte erbjudits fortsatt anställning av skäl som var hänförliga till hans person. Mot lagtextens ordalydelse ställdes dels grunderna för anställningsskyddslagen, dels vissa förarbetsuttalanden. Domstolen gjorde en tolkning som – sammanfattningsvis – innebar att en arbetsgivare som gör gällande att skäl som är hänförliga till den anställdes person är orsaken till att nytt arbete inte erbjuds måste visa att det finns saklig grund för den ståndpunkten. Om arbetsgivaren inte förmår visa sådan grund ”måste antas att det är enbart arbetsbrist som är orsaken till att den tidigare anställningen upphörde...”.

Det skulle kunna hävdas att domstolen här håller sig inom ramen för lagtextens ordalydelse, men att det kan ske bara genom att den fingerar ett sakförhållande. I det aktuella fallet var det nämligen inte fråga om arbetsbrist. Arbetsgivaren behövde – och skaffade – en annan arbetstagare för just de arbetsuppgifter som den icke återanställde tidigare utfört.

En minoritet (innehållande bl.a. ordföranden Stark) uttalade: ”I själva verket innebär majoritetens ståndpunkt att avsteg görs från lagtextens klara ordalydelse.”

Lagtextens ordalydelse tillmättes stor vikt. Hos majoriteten visade det sig genom att man fann sig nödsakad att fingera ett sakförhållande för att inte hamna utanför lagtextens ordalydelse. Hos minoriteten tog det sig uttryck bl.a. i form av en avståndstagande beskrivning av majoritetens ståndpunkt: Den innebar att avsteg gjordes från ”lagtextens klara ordalydelse.”

En minoritet i AD 55/85 (inkl v ordf Nilsson) markerade att en klar lagtext, som inte motsägs av uttalanden i förarbetena, väge tungt.

Den situationen att lagtext och förarbetsuttalanden befunnits peka i olika riktningar kan bidra till att klargöra hur arbetsdomstolen ser på vikt-

⁴³² Conradi, s. 81, som också ger ett exempel på att man gått ifrån lagtexten när ”rättssäkerhetshänsyn eller därmed likartade synpunkter” gjorde sig gällande.

ningen av de två rättskällorna. Det framgår att inte ens en klar lagtext hade någon ovillkorlig auktoritet.

I AD 45/78 togs förarbetsuttalanden till intäkt för en tolkning av termen ”kortvarig” som klart avviker från vanligt språkbruk.

I AD 76/78 (Stark) diskuterades bl.a. permitteringslönebestämmelserna i 21 § första stycket i 1974 års LAS enligt vilka utgick permitteringslön till arbetstagare som varit permitterad mer än två veckor i följd (tvåveckorsregeln) eller sammanlagt mer än 30 dagar under samma kalenderår (trettiogångsregeln). Tvisten i målet gällde i vad mån tvåveckorsregeln kunde åberopas i en situation där avbrott i permitteringen förekommit. Under en åttaveckorsperiod hade arbete utförts under veckorna 2, 4 och 6. Arbetstagsarsidan hävdade i första hand att permitteringsperioden var att anse som sammanhängande. I andra hand hävdades att förläggningen av permitteringen inte hade motiverats av produktionstekniska skäl utan förlagts med avbrott för arbete bara för att arbetsgivaren skulle slippa betala permitteringslön och att det skulle strida mot syftet med och grunderna för LAS att tillämpa tvåveckorsregeln så att arbetsgivaren slapp att betala permitteringslön efter två veckors permittering. Arbetsdomstolen konstaterade att utformningen av permitteringslönebestämmelserna inbjöd till en förläggning av en permittering för att undgå skyldighet att betala permitteringslön – och att problemet uppmärksammats av lagstiftaren vid LASs tillkomst. Vissa situationer hade uppmärksammats i förarbetena som exempel på kringgående. Den i målet aktuella situationen ansågs emellertid ”knappast direkt jämförbar” med dessa situationer utan ansågs mera jämförbar med intermittenta permitteringar. Ett uttalande rörande dessa senare anfördes: vid permittering i form av korttidsvecka får arbetstagare tillgodoräkna sig varje dag som har gjorts arbetsfri som en permitteringsdag. Det blir då inte aktuellt att tillämpa tvåveckorsregeln, eftersom den förutsätter att det är fråga om en sammanhängande permitteringsperiod. Departementschefens kategoriska uttalande tillmättes avsevärd betydelse – men inte enbart därför att det var kategoriskt utan också mot bakgrund av att ”det rimligen måste ha stått klart vid lagstiftningens utarbetande att en arbetsgivare kan ha anledning att välja intermittent permittering just i syfte att undgå tillämpning av tvåveckorsregeln.” Arbetsdomstolen var också skeptisk till en ordning som grundades på att det hade avgörande betydelse vilka närmare skäl (t.ex. produktionstekniska) som föranlett en viss förläggning av en permittering. Den skulle bli svårtillämpad i praktiken och ägnad att leda till tvister.

Lagtexten är ju egentligen klar: det ska vara frågan om en permittering mer än två veckor ”i följd”. Det går inte att beskriva den i målet aktuella situationen med lagtextens ord. Men i propositionen till lagen behandlas vissa avbrott i permittering (permittering del av dag och återintagande av arbetstagare i arbete en dag varanna vecka). Sådana avbrott ska inte utesluta tillämpning av tvåveckorsregeln. Var den aktuella situationen jäm-

förlig med sådana avbrott? Det ansåg inte arbetsdomstolen. Den i målet föreliggande situationen sades i stället påminna om den som uppkommer vid intermittert permittering, t.ex. korttidsvecka. Lagstiftarens sätt att formulera sig i förarbetena hade betydelse. Ett kategoriskt uttalande vägde tungt. En annan omständighet som beaktades är vad som måste ha stått klart vid lagstiftningens utarbetande. Men frågan är om inte det i domskälen sist anförda argumentet var det som vägde tyngst: man ville inte ha en svårilläpbad ordning, ägnad att leda till tvister.

AD 92/78 En alltför formell tolkning av lagrummet bedömdes kunna motverka syftet med detsamma. Syftet blev – trots att bestämmelsens ordalydelse pekade i annan riktning – bestämmande för utgången i målet.

Syftet med regeln tilläts ta över lagtextens ordalydelse. Domstolen var mycket tydlig (s 752): "Ordalydelsen förutsätter...Syftet med lagrummet är emellertid..." Även om det inte utsägs, så får syftet med bestämmelsen antas vara något som framgick av förarbetena till lagen.

I AD 165/78 ansågs 8 § MBL, som enligt domstolens bedömning otvivelaktigt avsåg förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare, tillämplig på en situation där något anställningsförhållande inte förelåg. Två skäl för standpunkten redovisades. Det ena var utformat som en erinran om att domstolen i ett par fall funnit att vägran att återanställa säsongsanställd arbetstagare utgjort föreningsrättskränkning, trots att föreningsrätten endast gäller i förhållandet arbetsgivare – arbetstagare och alltså inte gäller arbetssökande. Vilken vikt arbetsdomstolen tillade detta från ett annat regelområde hämtade exempel är svårt att bedöma. Att exemplet inte saknat betydelse för bedömningen måste dock antas. Det andra skälet var "de allmänna synpunkter som arbetarskyddslagstiftningen avser att tillgodose". Med utnyttjande av förarbetena till lagen (propositionen) utläste domstolen "en grundtanke" bakom lagen ("att berörda arbetstagare skulle ha möjligheter att påverka arbetsmiljön och förhållandena på arbetsplatsen") och "det yttersta syftet" med arbetarskyddslagstiftningen ("en så god arbetsmiljö som möjligt"). Domstolen ställde sig frågan om i ett fall sådant som det förevarande de grundläggande synpunkterna bakom arbetarskyddslagstiftningen "typiskt sett" kunde tillgodoses med den av arbetsgivarvidan gjorda tolkningen av lagen. Efter en grundlig genomgång av de i målet föreliggande faktiska omständigheterna gav domstolen arbetstagarsidan rätt i fråga om den principiella innebörden av de omtvistade bestämmelserna ("i ett sådant fall som är aktuellt i detta mål").

En minoritet bestående av arbetsgivarledamöter fäste avgörande vikt vid lagtext och förarbeten och beaktade även konsekvenser (betydande praktiska svårigheter skulle kunna uppkomma...)

Utgången står i strid med klar lagtext. Det förefaller som om man velat

beakta ”en grundtanke” bakom lagen och tillgodose ”det yttersta syftet” med den tillämpliga lagstiftningen. Även om domstolen fann en viss ståndpunkt otvivelaktigt vinna stöd i själva lagtextens avfattning, ansågs det alltså finnas skäl – t.ex. förarbetsuttalanden – som uppvägde ordalysens tyngd.

I AD 33/79 (Stark) hade ett mål om betalningsföreläggande hänskjutits som tvistigt till rättegång vid tingsrätt. Tingsrätten hade utan att regeln i 2 § lagen om lagsökning och betalningsföreläggande för fordringsanspråk i anställningsförhållande (fordringslagen) var tillämplig överlämnat målet till arbetsdomstolen på yrkande av svarandesidan. I domen angavs först innebörden av fordringslagens bestämmelser i den del som nu var aktuell ”efter ordalagen”, men det ifrågasattes om lagens avfattning stod i överensstämmelse med lagstiftarens avsikt. Till utrönande av denna avsikt gjordes en genomgång av förarbetena (propositionen), som utmynnade i konstaterandet att avsikten inte framgick på ett entydigt sätt av propositionen. En promemoria som legat till grund för lagstiftningsärendet sades inte innehålla något ägnat att ytterligare belysa frågan. Vissa ändamålssynpunkter anfördes till stöd för en utgång som låg i linje med lagtextens ordalydelse. Ett tidigare beslut i samma mål sades peka i samma riktning. Vissa av part framförda argument avfärdades. Domstolen fann inte skäl förelägga för ett ställningstagande ”i strid med lagtextens avfattning”, men uttalandet gjordes med hänvisning till vad som anförts bl.a. beträffande förarbeten och ändamålssynpunkter.

Sättet att resonera på ger intryck av att domstolen inte skulle ha ansett sig förhindrad att döma i strid med lagtextens ordalydelse om omständigheterna hade varit annorlunda.

I AD 137/79 fann arbetsdomstolen en i målet tillämplig lagtext inte så entydigt avfattad att man enbart av den måste dra slutsatsen att tvistefrågan måste lösas på visst sätt.

Det förefaller som om en entydigt avfattad lagtext skulle ha vägt tungt. En lagtext *skulle kunna* vara så entydigt avfattad att en viss slutsats vore ofrånkomlig.

I AD 72/80 beskrev en majoritet två alternativa synsätt som utkristalliserats i diskussionen om tolkningen av uttrycket ”viktigare förändring av verksamheten” i 11 § MBL. Det ena synsättet låg ”nära i linje med lagtextens innehåll enligt allmänt språkbruk”: beslut om viktigare förändringar av arbetsgivarens verksamhet avsåg beslut om yttre, faktiska eller mätbara ingrepp i organisationen eller arbetsformerna av större betydelse för de anställda. Med det andra synsättet (”som står friare i förhållande till lagtextens lydelse”) fästes avgörande vikt vid om beslutet med hänsyn till sin omfatt-

ning och sina verkningar för de anställda typiskt sett har sådan betydelse för dem att den fackliga organisationen måste antas vilja förhandla i frågan. Företrädare för detta senare synsätt åberopade till stöd för sin uppfattning att en sådan tolkning stod i överensstämmelse med lagstiftaravsikten sådan den framträdde i förarbetena till lagen.

De av majoriteten åberopade skälen för den gjorda tolkningen ansågs så tungt vägande att den godtogs trots att den inte hade ”full täckning i lagtextens ordalag”. Lagförarbeten kunde i vissa fall ta över klar lagtext. En minoritet ville hålla sig inom ramen för lagtexten.

I AD 111/86 (Bergqvist) I samband med tolkning av en bestämmelse i 3 kap 1 § LOA konstaterades att det inte rädde full kongruens mellan uttalanden i propositionen och lagregeln. Domstolen uttalade: ”Härav följer naturligtvis inte att motiven inte så långt möjligt bör tas till ledning vid tolkningen av lagen.”

Det ligger nära till hands att uppfatta uttalandet som ett uttryck för att förarbetena tillmätts en avsevärd betydelse för tolkning av lagtext.⁴³³

AD 15/86 (Stark). I domen klargjordes bl.a. innebörden av dåvarande 14 kap 3 § LOA i visst avseende. Paragrafen hade följande lydelse:

”Har åtgärd vidtagits för att anställa åtal mot arbetstagare, får myndighet ej inleda eller fortsätta disciplinärt förfarande enligt denna lag i fråga om förseelse som avses med åtgärden.”

Fråga uppkom om vilken betydelse som skulle tillmätas det förhållandet att åklagare inlett förundersökning mot en arbetstagare (E). Lagtextens ordalydelse ansågs tala för att en påbörjad förundersökning utgjorde ett bestående hinder för Es arbetsgivare (en myndighet) att inleda ett disciplinärt förfarande mot E. Ett förarbetsuttalande gav dock vid handen att avsikten med bestämmelsen kanske inte var den som tycktes framgå av lagtextens ordlydelse. Det visade snarare att hindret mot åläggande av disciplinpåföljd var avsedd att bortfalla om den straffrättsliga bedömningen utmynnade i att det inte var fråga om ett brott. Till förmån för en sådan tolkning ansågs också tala effekterna av ett annat synsätt.

Förarbetsuttalanden tillades avsevärd vikt i förhållande till lagtextens ordalydelse. Man torde ha velat tillgodose ändamålet med bestämmelsen.

I AD 148/87 (Bergqvist) demonstrerades hur en vitt utformad lagregels tillämpningsområde kan snävas in genom förarbetsuttalanden. Tvisten gällde om en provanställning stred mot 6 § LAS, särskilt med beaktande av att

⁴³³ Se även den i 4.2.2.3 refererade AD 88/85 med hänvisning till AD 72/80.

arbetstagaren vid anställningstillfället sedan en tid arbetade hos arbetsgivaren. I lagen uppställs inte några särskilda villkor, utöver en begränsning av provotidens längd, för att en provanställning ska få användas. Av uttalanden i propositionen till LAS framgår dock att anställningsformen är tänkt för de fall där arbetsgivaren verkligen avser att pröva arbetstagaren. Domstolen konstaterade att lagens regel om provanställning "inte i sig själv" gav utrymme för en rättslig prövning av om provobehovet var större eller mindre i det enskilda fallet, men att "avsikten" var att regeln skulle ge möjligheter att ingripa mot försök att kringgå lagens huvudregel om tillsvidareanställning.

Här stod väl egentligen klar lagtext mot motivuttalanden, eller – om man så vill – ord mot avsikt. Motivuttalandena tilläts inskränka den obegränsade rätt att inom sexmånadersramen använda provanställning som tycks följa av lagtexten. Förarbetsuttalanden vägde tungt. De kan dock eventuellt sägas ligga rätt väl i linje med lagtextens ordalydelse, som ju talar om *provanställning*.⁴³⁴

I AD 131/87 hävdade en minoritet att det skulle leda till av lagstiftaren icke avsedda konsekvenser om man bortsåg från "de redovisade motiven" och lät "den formella ordalydelsen vara uteslutande avgörande" vid bedömningen av förhandlingsskyldighetens omfattning.

En ståndpunkt som inte kunde grundas på rättskällorna kunde ha svårt att vinna gehör.

I AD 135/88 (Laurén) hävdades från ena parten att en tillämpning av 27 § andra stycket skiljemannalagen förutsatte att endera parten skulle ha orsakat hinder mot skiljedom. Domstolen konstaterade att ståndpunkten saknade stöd i såväl lagtext som förarbeten.

AD 160/88 (Bergqvist) En viss tillämpning avvisades: "Ett i och för sig avgörande skäl för detta är att tillämpningen knappast kan förenas med lagens avfattning och saknar stöd i vad som har uttalats i förarbetena och tidigare rättspraxis...".

Det ofta framförda påståendet att olika typer av förarbetsuttalanden tillmäts olika vikt vinner stöd i materialet. Det spelade till att börja med roll varifrån ett uttalande härrörde.

I AD 160/78 (Stark) skulle tillämpas en bestämmelse i MBL. I arbetsrättskommitténs uppdrag hade ingått att söka finna en lösning på frågan om sym-

⁴³⁴ Säkert är det dock inte. I AD 40/91 ansåg en enhällig domstol att lagens regel om provanställning inte "i sig själv" gav utrymme för en rättslig prövning, men att det enligt motiven var "äsyftat" att det skulle finnas viss möjlighet till sådan.

patiåtgärder med internationell bakgrund. Kommittén hade föreslagit en lagreglering av frågan. Arbetsdomstolen konstaterade att förslaget inte godtagits av "lagstiftaren".

Det spelade också roll vilken relation ett förarbetsuttalande hade till en bestämmelse i lagtexten.

AD 139/78 (Lind) Vissa departementschefsuttalanden konstaterades vara gjorda i samband med att en i målet tillämplig bestämmelse (7 § LAS) motiverades. Det ansågs "därför" nödvändigt att tillmäta dem "den största betydelse".

Ett motivuttalande som gjorts i anslutning till helt andra bestämmelser än den som tvisten rörde kunde också tillmätas vikt.

I AD 143/80 (Bouvin) gjorde ett konkursbo gällande, att i konkurs varsel om uppsägning kunde lämnas samtidigt som uppsägningen skedde eller i vart fall inom kort tid därefter. Arbetsdomstolen hade att ta ställning till bl.a. frågan om i vilken mån en konkursförvaltare kunde utnyttja undantagsregeln i 30 § 1974 års LAS för att förkorta varsel tiden ("Föreligger hinder [i vissa angivna situationer] att varsla inom föreskriven tid, skall varsel i stället lämnas så snart det kan ske."). Arbetsdomstolen fann inga uttalanden i förarbetena till LAS som tillät några egentliga slutsatser i fråga om konkurssituationen. I en proposition (1975/76:19) med förslag till ändring i lagen om statlig lönegaranti vid konkurs m m hade emellertid gjorts ett uttalande om 30 § LAS som enligt domstolen bedömning "onekligen" pekade i riktning mot konkursboets ståndpunkt i målet. Uttalandet var klart och entydigt: Om hinder föreligger att varsla inom föreskriven tid, så ska enligt 30 § LAS varsel i stället lämnas så snart det kan ske. Eftersom vid konkurs sådant hinder föreligger för förvaltaren skulle varsel kunna lämnas samtidigt med uppsägningen. Tolkningen hade godtagits av Riksskatteverket som i en handbok hänvisat till departementschefsuttalandet och av Svea Hovrätt i ett beslut. I hovrättens beslut uttalades att ett konkursbo med stöd av 30 § LAS kan varsla arbetstagarorganisation om uppsägning på grund av arbetsbrist t.o.m. samtidigt med uppsägning av arbetstagarna. Arbetsdomstolen fann likväl att det inte fanns anledning att dra "alltför vittgående slutsatser om rättsläget" på grund av departementschefsuttalandet. För det första avsåg det inte regler som var direkt aktuella i lagstiftningsärendet rörande statlig lönegaranti eller dessa reglers förhållande till annan lagstiftning. För det andra motsades uttalandet i viss mån av senare förarbetsuttalanden och av arbetsdomstolens egen praxis. Domstolens genomgång av ett tidigare rättsfall (AD 3/76) och propositionsuttalanden i detta senare lagstiftningsärende ger intrycket att domstolen uppfattat det tidigare uttalandet (i propositionen rörande statlig lönegaranti) som alltför kategoriskt. Ett departementschefsuttalande från den senare propositionen citerades: "frågor av detta slag måste bedömas med ledning av den aktuella konkurssituationen" och låter sig därför inte

besvaras generellt. Arbetsdomstolen fann också att i denna senare proposition fanns en belysning av konflikten mellan å ena sidan den arbetsrättsliga lagstiftningens föreskrifter och å andra sidan konkursförvaltarens skyldigheter att tillvarata borgenärens intresse att minimera konkurskostnaderna. Uttalandet, som bl.a. gjorts mot bakgrund av uttalandet i prop 1975/76:19, befanns böra tillmätas särskild tyngd. Det konstaterades också att uttalandet överensstämde med AD-domen.

Efter denna nedtoning av det första departementschefsuttalandet konstaterades dock att det sagda inte innebar att uttalandet eller uppgifterna i handboken eller hovrättens beslut "skulle sakna varje betydelse" – "särskilt inte när det gäller en eventuell skadeståndsbedömning". I den delen uttalade domstolen att konkursboet "inte minst med hänsyn till uttalandet i propositionen 1975/76:19 haft fog för sin ståndpunkt...".

I domen ställdes två motstridiga förarbetsuttalanden mot varandra, ett kortfattat, kategoriskt och ett nyanserat, motiverat och till synes övertänkt. Det förstnämnda synes ha vägt relativt lätt. Domstolen ville visserligen inte fränkänna det "varje betydelse". Det förefaller dock som om dess viktigaste roll i målet varit att mildra den av uttalandet vilseledda partens skadeståndsansvar. Det andra uttalandet hade också gjorts i en proposition till en lag som inte skulle tillämpas i målet, men i det resonemang som förs av departementschefen berörs frågor av betydelse för den prövning som skulle göras i målet. Uttalandet stod dessutom i överensstämmelse med uttalanden i en dom från arbetsdomstolen.

Som nyss framgick kunde förarbetsuttalanden tilläggas vikt, även om de gjorts i ett annat lagstiftningsärende än det som resulterade i den tillämpliga bestämmelsen.

I AD 14/84 fästes avseende vid uttalanden gjorda i förarbetena till en annan lag än den som skulle tillämpas.

Men det kunde, som också framgått ovan, komma att väga lättare än det hade gjort om det hänfört sig till i målet tillämpliga bestämmelser.

AD 118/79 Ett visst motivuttalande som kunde uppfattas som att lagstiftaren föreställde sig att primär förhandlingsskyldighet förelåg inför beslut om chefsställsättningar, hade gjorts i anslutning till helt andra bestämmelser i MBL än den tvisten rörde. Därför kunde man inte dra några för målet avgörande slutsatser på grundval av motivuttalandet.

Domen kom att diskuteras i olika sammanhang, bl.a. av Boel Flodgren i en artikel om arbetsdomstolen som rättsbildare.⁴³⁵ Hennes kommentarer

⁴³⁵ Flodgren 1982, s. 114ff.

till domskälen föranledde ordföranden i målet Johan Lind att i ett brev till henne bl.a. peka på ett resonemang i domskälen som anknöt till ett uttalande i specialmotiveringen till 11 § MBL, "där departementschefen klargör att uttrycket 'ändring av verksamheten' skall läsas på ett mycket speciellt sätt." Lind lämnar sedan följande upplysning: "Det är enligt min mening en helt öppen fråga hur domstolen skulle ha dömt om detta uttalande i specialmotiveringen inte hade funnits." Uttalandet belyser bl.a. svårigheten att avgöra vilken vikt som i en viss situation tillagts ett visst argument.

I AD 131/87 åberopade en minoritet uttalanden i ett kommittébetänkande som aldrig ledde till lagstiftning – eller ens en proposition.

Att det sammanhang i vilket ett motivuttalande gjorts hade betydelse för dess vikt i samband med rättsligt beslutsfattande framgår också av följande dom.

I AD 137/79 (Lind) hade en arbetsgivare enligt kollektivavtal rätt att tillämpa längre ordinarie arbetstid än som följde av arbetstidslagen. Under tillfälligt avtalslöst tillstånd uppkom frågan om arbetstidsbestämmelserna i det tidigare gällande kollektivavtalet fortfarande kunde tillämpas eller om arbetsgivaren var skyldig att följa bestämmelserna om ordinarie arbetstid i arbetstidslagen. Arbetsdomstolen fann en i målet tillämplig lagtext inte så entydigt avfattad att man enbart av den måste dra slutsatsen att tvistefrågan måste lösas på visst sätt. Uttalanden gjorda av en utredning som utarbetat förslag till en föregångare till den lagstiftning som gällde och vars tillämpning var uppe till prövning i målet tillmättes inte någon avgörande betydelse i lagtolkningsfrågan när förslaget inte lett till lagstiftning.

Ett departementschefsuttalande som tillkommit i ett helt annat sammanhang än det som var aktuellt i målet men ändå i samband med tillkomsten av en lag som innehöll bestämmelser som i sak överensstämde med de i målet omtvistade reglerna ansågs ha "begränsat intresse".

Att ett visst uttalande inte tillmätts "någon avgörande betydelse" säger inte mycket om hur lätt eller tungt det ansetts väga. Här var det fråga om a) kommittéuttalanden som inte lett till lagstiftning b) propositionsuttalanden till annan lagstiftning än den som var aktuell i målet. Av formuleringen ges dock intrycket att det finns förarbetsuttalanden som tillmätts "avgörande betydelse".

I AD 33/79 synes ett propositionsuttalande ha fått större tyngd genom att omnämnas i en sammanfattning: Det konstaterades att förslaget om ändring av fordringslagens regler "bedömts vara av sådan betydelse att förslaget erhållit ett självständigt omnämnande i den starkt förkortade redovisning av

propositionens huvudsakliga innehåll som finns återgiven i propositionens inledning.” En promemoria omnämndes på ett sätt som visar att om den innehållit uttalanden som varit ägnade att belysa frågan kunde de ha tillagts viss betydelse. I samma dom ges visst underlag för ett ställningstagande till det nyss nämnda påståendet att den allmänna motiveringen skulle ha högre dignitet som rättskälla än specialmotiveringen. Lagstiftaravsikten framgick inte på ett entydigt sätt av propositionen, vilket berodde på att uttalandena i specialmotivering och allmän motivering inte stämde överens. Det finns ingen antydning om att den ena typen av motivering skulle ha ansetts väga tyngre än den andra.

Genomgången av domsmaterialet ur ett viktningsperspektiv föranleder vissa *slutsatser*.

Att det tidigare (i 4.4.1) diskuterade utrymmet för olika utgångar var avsevärt bekräftas, se t.ex. AD 7/75, 165/78, 72/80 och 131/87, liksom att lagtext och förarbeten hade stor betydelse för beslutsfattandet. En ståndpunkt som inte kunde grundas på rättskällor hade t.ex. svårt att vinna gehör, AD 135/88 och 160/88.

Klara besked från lagstiftaren i såväl lagtext som förarbeten, som pekade i samma riktning, skapade en stark känsla av bundenhet hos tillämparen, AD 25/80, 21/82, 21/85, 129/86 och 14/88.

Det förekom dock situationer där även så klara besked från lagstiftarhåll kunde vägas upp av andra hänsyntaganden, AD 5/79 och 51/82.

I enlighet med vad som brukar antas, vägde också en som klar bedömd lagtext tungt, AD 7/75, 62/75, 96/76, 17/77, 98/77.

I flera fall tillerkändes dock inte ens en klar lagtext utan vidare en ovillkorlig auktoritet, AD 45/78, 76/78, 92/78, 165/78, 33/79, 72/80, och 15/86.

Lagtext och förarbeten kunde väga olika tungt beroende på vilken typ av fråga som prövades. Beträffande vissa frågor tillmättes lagtexten en speciell vikt, t.ex. preskriptionsfrågor, AD 17/77.

I ett antal fall ansågs lagförarbeten kunna ta över klar lagtext, AD 72/80, 88/85, 15/86 och 148/87.

Om domstolen fann att lagens avfattning inte gav ett korrekt uttryck för lagstiftarens avsikt kunde den i vissa situationer sättas åt sidan, AD 92/78, 165/78 och 33/79.⁴³⁶

Beskedet i fråga om förarbeten att de ”så långt det är möjligt” bör tas till ledning vid tolkningen av lagen kan kontrasteras mot i litteraturen

⁴³⁶ Jfr Gaarder, s. 230: Om det finns skäl att anta att lagstiftaren inte lyckats ge lagen en utformning som stämmer med dess syfte, kommer domaren att se med kritiska ögon på lagtexten.

gjorda uttalanden av innebörd att förarbetsuttalanden har eller bör ges liten vikt, AD 111/86, 131/87 och 148/87.

Utformningen av förarbetena hade betydelse för deras tyngd. Som oklara bedömda förarbeten vägde lätt, AD 7/75. Ett kategoriskt uttalande kunde väga tungt, AD 76/78. Ett nyanserat, motiverat och övertänkt uttalande vägde tyngre än ett kortfattat, kategoriskt, AD 143/80.

Det spelade också roll i vilket sammanhang ett förarbetsuttalande gjorts, AD 118/79 och 137/79. Ett departementschefsuttalande som gjorts i samband med att en föreslagen bestämmelse motiverades fick särskild tyngd i samband med tolkning av just den bestämmelsen, AD 139/78. Även ett motivuttalande som gjorts i anslutning till helt andra bestämmelser än den som tvisten rörde kunde emellertid tillmätas vikt, AD 143/80 och 14/84.

Betydelsen av vad som sagts i ett kommittébetänkande berodde i hög grad på hur det behandlats i det fortsatta arbetet med lagstiftningsärendet, AD 33/79. Uttalanden i utredningar vilkas förslag inte lett till lagstiftning vägde lätt – utan att för den skull fränkännas allt värde, AD 137/79, 131/87.

Frågan om huruvida förarbeten till annan lag än den som skall tillämpas bör tilläggas vikt belyses i AD 14/84 och 55/85. Det framgick där att de i vissa fall tillades betydelse.

Ett propositionsuttalande kunde få större tyngd genom att omnämnas i en sammanfattning, AD 33/79.

Det kan också noteras, att uttalanden i den allmänna motiveringen inte tycks ha vägt tyngre än sådana gjorda i specialmotiveringen, AD 33/79; se även kommentaren ovan till AD 118/79.

6.1.3 Lagtext – rättspraxis

Att arbetsdomstolens egen praxis väger tungt i beslutsfattandet har allmänt antagits.⁴³⁷ Samtidigt brukar förhållandet mellan lagtext och rättspraxis beskrivas som att lagtext tar över rättspraxis.⁴³⁸ En omständighet som måste beaktas är dock tidsaspekten. Till undvikande av missförstånd bör sägas att det är ny lag som tar över rättspraxis. När lagen väl börjat tillämpas kommer dess innebörd naturligtvis att påverkas av rättspraxis.

Strömholm tänker sig två situationer när prejudikat kan stå i strid med lagbestämmelser. I det första fallet framstår ett enstaka överrättsavgö-

⁴³⁷ I Rimsten 1993a, s. 25ff, redovisas en del av en tidigare debatt om bl.a. arbetsdomstolens bundenhet av egen rättspraxis.

⁴³⁸ Sigeman anser det, 1977a, s. 216, höjt över diskussion att rättsatser som grundas på prejudikat sätts ur kraft genom lagstiftning.

rande som felaktigt. Lagen sägs böra ha företräde. I det andra fallet utgör ett prejudikat resultatet av en lagtolkningsmetod som tillämparen i ett senare uppkommande fall ogillar. För det fallet förmodas ingen konfliktregel finnas.⁴³⁹

Sigeman har pekat på ett förhållande av intresse i sammanhanget, nämligen den särställning enligt prejudikatläran som tillkommer s.k. standardregler ("...normer som överlåter åt domstol att utforma rättstillämpningen i viss mån skönsmässigt ehuru under beaktande av något extrajudiciellt handlingsmönster såsom god sed på området eller liknande rättesnöre."). Av förarbetena till 7 § LAS framgår t.ex. att vad som ska anses utgöra saklig grund är beroende av utvecklingen och ändringar i rådande värderingar. Häri får anses ligga en uppfordran till domstolen att inte känna sig hårt bunden av sin framväxande praxis.⁴⁴⁰

Att arbetsdomstolen anser att ett på rättspraxis grundat rättsläge kan ändras genom ingripande av lagstiftaren är klart.⁴⁴¹ Även beslutad men ännu ej ikraftträdad lagstiftning kan komma att påverka ett rättsläge som bestämts av rättspraxis.

AD 33/76 (Stark) Målet gällde bl.a. frågan om ett avskedande som ägt rum före LASs ikraftträdande den 1 juli 1974 varit ur rättslig synvinkel godtagbart. I princip gällde vid tidpunkten för avskedandet en rätt för arbetsgivaren att säga upp arbetstagarens anställningsavtal. Vissa snävt formulerade inskränkningar i den fria uppsägningsrätten gällde dock. Domstolen åberopade en tidigare dom (AD 26/76) där det uttalats, att gränsdragningen mellan området för den fria uppsägningsrätten och det område inom vilket begränsningar i denna rätt gällde inte var en gång för alla given utan kunde påverkas vid förändringar av rättsuppfattningen på arbetsmarknaden rörande uppsägningars tillbörlighet i vissa situationer. Det var mot den bakgrunden som arbetsdomstolen övervägde betydelsen av nyss nämnda lagstiftning. Domstolen konstaterade att rättsläget på området inte kunde ha lämnats opåverkat av den.

En arbetsgivarledamot hade annan uppfattning och ansåg att den beslutade men ej ikraftträdade lagstiftningen "ej i nämnvärd utsträckning" kunde påverka avgörandet.

Den i princip fria rätten att säga upp anställningsavtal grundades på rättspraxis sedan lång tid tillbaka. Beslutad men ännu ej ikraftträdad lagstiftning tillmättes betydelse för bedömningen av rättsfrågan när det gällde ett område av samhället inom vilket förändringar av rättsuppfattningen

⁴³⁹ Strömholm 1996, s. 391f.

⁴⁴⁰ Sigeman 1977a, s. 227.

⁴⁴¹ Förhållandet lagstiftning – rättspraxis behandlas mera ingående i avdelning III.

anses ha betydelse för dömandet. Det ligger nära till hands att uppfatta domstolen som att den sett lagstiftningen som en omständighet av betydelse när det gällde att bedöma huruvida en förändring av rättsuppfattningen på arbetsmarknaden ägt rum eller inte.

Skillnaderna kan vara stora mellan olika ledamöter när det gäller den vikt man tillmäter rättspraxis i arbetsdomstolen. Det förekom t.ex. att ledamöter bortsåg från lagtext och förarbeten och fäste mycket stort avseende vid en enda tidigare dom.

I AD 74/80 berörde en minoritet av arbetstagarledamöter varken lagtext eller förarbeten utan hänvisade till *en* tidigare dom enligt vilken skulle beaktas att möjligheterna att göra jämförelser och utbyta erfarenheter från andra arbetsplatser i vissa sammanhang kunde vara av värde för den facklige förtröendemannens verksamhet på den egna arbetsplatsen.

Det förekom också att ledamöter bortsåg från tidigare avgöranden – även om de var färska och bekräftade.

I AD 72/80 uppkom återigen frågan om tolkningen av uttrycket ”viktigare förändring av verksamheten”. Majoriteten gjorde en förnyad analys av lagtext och förarbeten och fann att ”lagstiftaren med lagtextens uttryck ’viktigare förändring av verksamheten’ hade avsett att fånga in de typer av beslut som utmärks av att beslutet med hänsyn till sin omfattning och sina verkningar för de anställda har särskilt intresse för dessa och att lagstiftaren däremot inte fäst någon vikt vid om beslutet också utgör ingrepp i arbetsgivarens verksamhet.” Domstolen påpekade att frågeställningen ”mer eller mindre utpräglad” berörts i dess tidigare rättstillämpning och sammanfattade sju avgöranden av ”principiell karaktär”:

”Till grund för rättstillämpningen...ligger mer eller mindre uttalat synpunkten att vid uttolkningen av uttrycket viktigare förändring av verksamheten skall särskilt beaktas om frågan med hänsyn till verkningarna för de anställda typiskt sett har sådan betydelse för dessa att man kan vänta sig att den fackliga organisationen vill förhandla i frågan medan däremot frågeställningen i vad mån beslutet utgjort ett yttre ingrepp i arbetsgivarens verksamhet inte på samma sätt tillmätts betydelse.”

En minoritet bestående av vice ordföranden Ryman och två arbetsgivarledamöter låtsades inte om de tidigare avgörandena utan ville fortfarande *efter sju tidigare domar* gå direkt på lagtext och förarbeten vid tolkningen av nämnda uttryck. Man vidhöll därvid den tolkning av uttrycket som första gången hävdades av en minoritet bestående av tredje mannen Wallén och två arbetsgivarledamöter i AD 118/79. Argumenteringen var i båda fallen likartad.⁴⁴²

⁴⁴² Se även AD 125/82 och 88/85.

När det gäller att bedöma vilken vikt som tillmäts olika typer av praxis, ger det undersökta materialet mycket begränsad upplysning. Att arbetsdomstolens egen praxis väger tungt i beslutsfattandet har som nyss nämnts allmänt antagits.⁴⁴³ Exempel på att uttalanden gjorda i andra domstolar uppfattats som rättskälla av arbetsdomstolen finns i AD 83/82 (HD), 143/82 (HD), 129/84 (HD). I AD 165/87 förefaller vissa avgöranden i Högsta domstolen ha föranlett praxisändring i arbetsdomstolen. I AD 143/80 synes ett ställningstagande i Svea hovrätt ha vägt mycket lätt. Det finns också exempel på att arbetsdomstolen i visst fall vägrat godta regeringsrättens rättstillämpning och att regeringsrätten senare ändrat sig.⁴⁴⁴

Som ett kuriosum kan nämnas en notis i Göransson 1988, s. 261, (not 150): En svensk dom, AD 52/30, återopades i dansk rätt. Något exempel på motsvarande intresse för utländsk praxis har inte påträffats i materialet från arbetsdomstolen.

Några *slutsatser* rörande rättstillämpningsvärderingar i arbetsdomstolen ska formuleras.

Att ett på rättspraxis grundat rättsläge kan ändras genom ingripande av lagstiftaren antas allmänt och bekräftas av undersökningen. Förändringen inträder då normalt när den nya lagen träder i kraft. Det beaktande av beslutad men ännu ej ikraftträd lagstiftning som noterats ovan skedde i en situation där förändringar av rättsuppfattningen inom det aktuella samhällsområdet ansågs ha betydelse vid bedömningen av rättsfrågan, AD 33/76.

Arbetsdomstolens egen praxis vägde tungt. Praxis i andra domstolar beaktades i viss utsträckning.

Skillnaderna i fråga om vilken vikt man tillmätte rättspraxis kunde vara mycket stor mellan olika ledamöter i arbetsdomstolen. Det förekom att ledamöter i arbetsdomstolen bortsåg från tidigare avgöranden – även om de var färska och bekräftade, AD 72/80. I andra sammanhang kunde det förekomma att ledamöter bortsåg från lagtext och förarbeten och fäste avgörande avseende vid en enda tidigare dom, AD 74/80.

⁴⁴³ Det torde stämma även för den undersökta perioden. Se t.ex. AD 54/84, med återopande av "fast praxis" och AD 128/84 där "fast praxis" återopades i fråga om begränsningar i organisations behörighet att förfoga över medlems rätt och AD 137/84, "Arbetsdomstolen har tidigare uttalat...".

⁴⁴⁴ Lind 1989, s. 301f.

6.1.4 Förarbeten – rättspraxis

Det förefaller som om man i litteraturen i stort sett avstått från att formulera klara principer för hithörande situationer – åtminstone för de fall där motivuttalanden står i strid med överrättsavgöranden.⁴⁴⁵ Det anses inte klart i vilka fall prejudikat äger företräde framför motsatta åsikter i förarbetsuttalanden.⁴⁴⁶ Några uttalanden finns dock att redovisa. Enligt ett är uttalanden i förarbeten jämförbara med prejudikat.⁴⁴⁷ Enligt ett annat upphäver motivuttalanden som preciserar lagstiftnings innebörd verkan av prejudikat, förutsatt att uttalandena står oemotsagda eller utgör sista ordet under lagstiftningsproceduren.⁴⁴⁸ Enligt ett tredje uttalande skulle domstolarnas tendens att följa prejudikat vara så stor, att de vid sidan av lagen är den tyngst vägande rättskällan.⁴⁴⁹ Conradi konstaterar, att HD torde ha större frihet än underinstanserna att frångå lagmotiv. ”Sedan HD prövat rättsfrågan, är det nämligen HD:s utslag och inte förarbetena som i praktiken garanterar enhetligheten i den fortsatta rättstillämpningen.”⁴⁵⁰ Skulle HD ha ansett att vissa motivuttalanden inte bör följas respekterar underrätterna vanligen HDs uppfattning.⁴⁵¹

Det är en relativt vanlig uppfattning i dag bland dem som uttalat sig om förhållandet mellan lagstiftare och rättsliga beslutsfattare att de senare har att i stort sett ställa sig lojala till de synpunkter som kommit till uttryck i de från lagstiftaren härrörande rättskällorna. Det finns dock avvikande röster. Nyligen har t.ex. pläderats för en viss skepsis från domstolarnas sida i förhållande till lagförarbeten.⁴⁵² De har t.o.m. rekommenderats att inte tveka att avvika från en i motiven föreslagen lösning, ”om den finner att en annan lösning är att föredra”.⁴⁵³ Domstolarna skulle ha att i sista hand självständigt ta ställning till hur lagen ska tillämpas, inne-

⁴⁴⁵ Strömholm 1976, s. 465. I Strömholm 1996, s. 392f, tas som ex det fallet att ett avgörande av HD står i strid med förarbetsuttalanden utan att därför vara i konflikt med lagtexten. Ingen generell regel sägs kunna ställas upp, men vissa hållpunkter anges.

⁴⁴⁶ Peczenik 1990a, s. 165.

⁴⁴⁷ Schmidt 1955, s. 272.

⁴⁴⁸ Sigeman 1977a, s. 216.

⁴⁴⁹ Lehrberg, s. 94. Samme författares syn på förarbeten som rättskälla framgår av uttalanden i a. a. s. 92.

⁴⁵⁰ Conradi, s. 79.

⁴⁵¹ Heuman & Westberg, s. 111.

⁴⁵² Lehrberg, s. 91f.

⁴⁵³ A. a. s. 92. För synpunkter på frågan om vilken betydelse förarbeten bör ges i visst fall (tillämpning av jäml.) se Lindblom 1996, s. 183f.

bärande en befogenhet att "helt avvika från allt som sagts under förarbetena".⁴⁵⁴

En intressant iakttagelse om inställningen på lagstiftningshåll är att ARK tycks ha menat att dess utläggningar i skilda rättsfrågor under förarbetet på medbestämmandelagstiftningen skulle respekteras av arbetsdomstolen och därmed undantränga äldre praxis i den utsträckning som avvikelser rekommenderades. Synsättet förefaller ha accepterats på senare stadier i lagstiftningsärendet.⁴⁵⁵

Det är möjligt att dagens synsätt kommer att genomgå förändringar. Lindblom utgår från att lagförarbeten i framtiden kommer att få en minskad roll vid rättstillämpningen och att det kommer att medföra en ökad betydelse för praxis.⁴⁵⁶

När det gäller arbetsdomstolens inställning till lagstiftarens i förarbeten uttryckta uppfattningar kan konstateras att man ibland markerade en självständig hållning.

I AD 2/76 (Stark) redovisades bl.a. vissa i rättspraxis utbildade begränsningar i permitteringsrätten. Vilken betydelse för rättsläget hade tillkomsten av LAS? Vissa uttalanden av departementschefen i förarbetena till LAS konstaterades ge en rättvisande bild av rättsläget sådant detta kommit till uttryck i domstolens praxis.

Domstolen värderade alltså lagstiftarens redogörelse för rättsläget. Man var inte beredd att utan vidare godta ett uttalande om rättsläget endast av det skälet att det härrörde från lagstiftaren.⁴⁵⁷ En likartad inställning skymtar i ett uttalande av Nordenson. Han nämner ett fall där Högsta domstolen använt motiven för att utröna lagstiftarens syfte och tillägger

⁴⁵⁴ Lehrberg a. st. I bjärt kontrast till en sådan uppfattning står det i 1.3 citerade uttalandet från en hovrätt: "Vid lagens tillämpning har domstol att fästa vikt vid motivuttalanden som riksdagen godkänt." Från arbetsdomstolen se t.ex. AD 111/86 där i samband med ett konstaterande av att det inte rädde full kongruens mellan ett propositionsuttalande och en lagregel framgick att man inte fick dra slutsatsen att motiven inte så långt möjligt borde tas till ledning vid tolkningen av lagen. I AD 148/79 fastslås att motivuttalanden enligt "vedertagna lagtolkningsprinciper" har sin givna betydelse. Lind konstaterar, 1993, s. 316, att "det är en etablerad och fast praxis att vid tolkningen av lag fästa betydande vikt vid uttalanden i förarbetena". Enligt Nordenson, s. 397, fäster svenska domstolar mycket stort avseende vid uttalanden av de lagstiftande organen. Som Strömholm påpekat kan man som rättsvetenskapsman visserligen förorda att domare struntar i förarbetena, men man löper då risken att "inte längre vara med i spelet", Strömholm & Nycander, s. 41.

⁴⁵⁵ Sigeman a. a. s. 216f. Se AD 65/78.

⁴⁵⁶ Lindblom i 1993f, s. 96.

⁴⁵⁷ Jfr Peczenik 1980, s. 117, för ett annat ex på hur rättstillämparen kan förhålla sig kritisk till lagstiftaren: I NJA 1972 s. 296 tog Högsta domstolen avstånd från vissa uttalanden av departementschefen.

att domstolen därvid förutsättningslöst *prövat* ”bärkraften i de bedömningar som kommit till uttryck i lagmotiven.”⁴⁵⁸

I AD 51/77 (Stark) uttalade arbetsdomstolen att ett visst förarbetsuttalande kunde tänkas vara ”alltför kategoriskt”.

Uttalandet från lagstiftarhåll hade inte någon självskriven auktoritet enbart på grund av sitt ursprung, utan underkastades en bedömning med avseende på korrektheten.

AD 12/84 (Stark) En viss innebörd av lagen sades komma till uttryck i förarbetena – och sedan ha ”bekräftats i rättspraxis”.

I AD 84/86 (Sköllerholm) uttalades beträffande presumptionen enligt 3 § första stycket JämL att det – för att presumptionen skulle utlösas – skulle ha förelegat en relativt klar skillnad till den förbigångna arbetstagarens förmån. Detta grundades enligt domstolen på såväl förarbetena till jämställdhetslagen som på fast praxis.

De två rättskällorna förefaller ha jämförts.

Uttalanden i förarbeten med anledning av ny lagstiftning tog ibland över tidigare praxis. Det kunde i vissa fall räcka med ett uttalande i ett utredningsbetänkande.

I AD 65/78 (Lind) redogjordes för vissa rättsliga aspekter av permittering och konstaterades att arbetsdomstolen i sin rättspraxis före tillkomsten av LAS utgått från att arbetsgivaren i princip hade rätt att fritt permittera. LAS antogs ha inneburit en förändring därvidlag – dock utan att det kommit till uttryck i lagtexten. I det betänkande som låg till grund för lagförslaget hade uttalats att det låg i permitteringsinstitutets natur att permittering inte fick tillgripas annat än då objektivt godtagbara omständigheter förelåg. Uttalandet fanns i specialmotiveringen till en av utredningen föreslagen bestämmelse, som reglerade frågan om när permittering skulle få företas. Bestämmelsen hade aldrig tillförts lagen. Domstolen ansåg emellertid att det under departements- och riksdagsbehandling inte förekommit något som tydde på att statsmakterna velat ta avstånd från utredningens uttalande. Därtill kom domstolens bedömning att det vore osannolikt att lagstiftaren skulle ha haft en annan inställning när det som här varit fråga om att skapa ökad anställningstrygghet.

Tidigare praxis fick vika för förarbetsuttalanden.

AD 77/84 (Lind) 1974 års LAS innehöll en bestämmelse om att avtal om tidsbegränsad anställning fick träffas om det föranleddes av arbetsuppgifter-

⁴⁵⁸ Nordenson, s. 388.

nas särskilda beskaffenhet. Arbetsdomstolen fastslog i sin praxis att arbetsuppgifterna – för att bestämmelsen skulle vara tillämplig – skulle vara till sin natur på något sätt tidsbegränsade. Av propositionen till 1982 års LAS (prop 1981/82:71) kunde utläsas att lagstiftaren avsett att ge något större utrymme för tidsbegränsade anställningar än tidigare. Domstolen avsåg att med utgångspunkt i dessa förarbetsuttalanden ändra sin praxis.

Uttalanden i proposition med anledning av ny lagstiftning tog över tidigare praxis.

Men det finns också exempel på att även klara förarbetsuttalanden fick stå tillbaka för en i praxis fastlagd princip.

AD 148/79 (Lind) En i målet omtvistad regel (dåvarande statstjänstemannalagen 7 § tredje stycket) rörande arbetsuppgifternas särskilda beskaffenhet ansågs ha samma innebörd som motsvarande bestämmelse i en annan lag (5 § andra stycket LAS). Domstolen refererade den i tidigare praxis fastlagda allmänna principen att en begränsning av anställningstiden kan anses föranledd av arbetsuppgifternas särskilda beskaffenhet endast om arbetsuppgifterna till sin natur är på något sätt tidsbegränsade. Arbetsgivarparten åberopade ett uttalande i specialmotiveringen till propositionen till 7 § statstjänstemannalagen (prop 1974:88), i vilket som exempel på tjänstemän med arbetsuppgifter av särskild beskaffenhet nämns just den i målet aktuella kategorin tjänstemän (handelssekreterare⁴⁵⁹). Arbetsdomstolen fann att motivuttalandet inte kunde tillmätas sådan betydelse ”att det i och för sig kan föranleda domstolen att frångå den nyss berörda allmänna principen om förutsättningarna för visstidsförordnande”.

Två konstateranden gjordes i anslutning till ställningstagandet. Dels hade exemplet hämtats från det kommittébetänkande som låg till grund för lagstiftningen dels hade varken kommittén eller föredragande statsrådet förklarat närmare varför handelssekreterare skulle omfattas av undantagsregeln i 7 § statstjänstemannalagen.

I ett förarbetsuttalande hänfördes handelsattachéer uttryckligen till kategorin ”tjänstemän med arbetsuppgifter av särskild beskaffenhet”. En i praxis utformad princip vägdes mot klara motivuttalanden, varvid de senare av domstolen befanns väga lättare. Av betydelse torde ha varit att de aktuella uttalandena gjorts i ett kommittébetänkande. Arbetsdomstolen fäste också avseende vid att den i betänkandet intagna ståndpunkten inte motiverats varken av kommittén eller senare av departementschefen.

⁴⁵⁹ I propositionen talas om handelsattachéer, men dessa likställs av domstolen med handelssekreterare.

Genomgången föranleder följande *slutsatser* rörande inom arbetsdomstolen förekommande rättstillämpningsvärderingar.

Domstolen var inte utan vidare beredd att underkasta sig ett uttalande om rättsläget endast av det skälet att det härrörde från lagstiftaren, AD 2/76, 51/77 och 12/84.

Det ställdes också krav på lagstiftaren i fråga om tydlighet.

Uttalanden i förarbeten med anledning av ny lagstiftning kunde ta över tidigare praxis, AD 77/84. Men det kunde också vara så att klara motivuttalanden ansågs väga lättare än en i praxis utformad princip, AD 148/79.

Det spelade roll i vilket sammanhang ett förarbetsuttalande hade gjorts, AD 65/78 och 148/79. Ett uttalande i ett utredningsbetänkande kunde tillåtas ta över tidigare praxis, AD 65/78. Den i betänkandet intagna ståndpunkten kunde dock ha berövats sin auktoritet genom avståndstaganden under departements – och riksdagsbehandling.

6.2 Kommentarer i anslutning till arbetsdomstolens viktning av rättskällor

Allmänt kan sägas dels att det fanns olika uppfattningar om viktningen av rättskällor i konkreta fall inom arbetsdomstolen dels också att utrymmet för olika uppfattningar var avsevärt. Tanken på att generellt ange olika rättskällors vikt inom rättstillämpningen med någon som helst exakthet förefaller fåfäng. Därtill skiljer sig de olika situationer i vilka viktningar aktualiserades alltför mycket åt.

Den i 1.1 refererade iakttagelsen om olika uppfattningar i litteraturen i rättskällefrågor visar sig ha en motsvarighet när det gäller arbetsdomstolens ledamöter för den undersökta perioden.

Arbetsdomstolen var påtagligt fåordig när det gällde att ange vilka omständigheter som gjorde att lagtext i en viss situation vägde lätt och i andra situationer vägde tungt. Detsamma kan sägas i fråga om förarbetsuttalanden. Man verkar ha undvikit att skriva fast sig när det gäller metanormerna. En möjlig tolkning är att man värnat om sin frihet i samband med tolkningen av lag. Det finns anledning att vara försiktig med generaliserande omdömen när det gäller domstolens rättskällelära.

Det finns åtskilliga skillnader mellan vad som uttalats i litteraturen och de ståndpunkter som redovisats i arbetsdomstolens domskäl. Utöver vad som framkommit ovan kan nämnas, att inte heller vid en belysning utifrån viktningsspektivet finns något som tyder på att arbetsdomstolen skulle arbeta med en skillnad mellan rättskällor utifrån distinktionerna

”skall”, ”bör” och ”får”.⁴⁶⁰ Man förbehåller sig en relativt fri prövningsrätt när det gäller att använda argument från lagtext, förarbeten och rättspraxis.

⁴⁶⁰ Jfr ovan under 4.4.1.

III.

Lagstiftaren eller arbetsdomstolen?

Värderingar rörande rollfördelningen

7 Allmänt om samspelet mellan lagstiftning och rättsligt beslutsfattande.

Det ligger nära till hands att tänka sig en arbetsfördelning mellan lagstiftare och rättsliga beslutsfattare. Lagstiftaren skapar reglerna och domstolen tillämpar dem. Gränsen mellan lagstiftning och rättsligt beslutsfattande framstår dock vid närmare betraktande som långt ifrån skarp. Synen på hur arbetet med att utveckla rättssystemet bör fördelas mellan lagstiftare och rättstillämpare har t.ex. varierat och varierar – inte bara mellan olika rättssystem utan också inom samma rättssystem under olika perioder och mellan olika personer. Rättsutveckling genom domarmakten har under vissa tider, på vissa håll, setts som en normal företeelse, alls inte att uppfatta som maktmissbruk. Ett exempel är det program för rättskipning som kallats den fria rättsskolan, innebärande ett större utrymme för domarens fria rättsbildande verksamhet.⁴⁶¹ Domarens uppfattning om rättvisan och hans rättskänsla skulle vara avgörande för hans domar i långt högre grad än den skrivna lagen. Enligt en uppfattning (Ehrlich) skulle domaren vara bunden av lagens innebörd endast när det inte rådde något tvivel om den. Om domaren hyste tvivel om en lags mening hade han full frihet att direkt åberopa rättvisan och rättskänslan. Det var inte fråga om att försöka tolka lagen t.ex. enligt vanligt språkbruk eller i enlighet med lagstiftarens intentioner. Vissa företrädare för frirättsskolan ansåg t.o.m. att domaren skulle kunna gå emot skriven lag, nämligen om han ansåg det påkallat av allmänna intressen eller med hänsyn till sin rättskänsla. När lagen inte gav någon direkt vägledning skulle domaren inte spilla tid på att söka tolka den. I stället skulle han avgöra det enskilda fallet så som han ansåg rättvist eller ändamålsenligt.

Det har ibland bestritts att domstolar skapar – eller kan skapa – rätt.⁴⁶²

Till och med i ett land som England med dess common law har läran om domaren som icke-kreativ haft inflytelserika företrädare. Rätten var inte skapad av domarna, den var deklarerad.⁴⁶³ ”According to the old English

⁴⁶¹ Se för det närmast följande Ahlander 1952, s. 89ff.

⁴⁶² Eckhoff 1993, s. 175ff.

⁴⁶³ Griffith, s. 181.

view, as stated by Blackstone, the judges are 'not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one'. They are the depositaries of a body of customary principles which have only to be applied to each new case as it arises." Austin har talat om en sådan föreställning som "the childish fiction employed by our judges, that judiciary or common law is not made by them, but is a miraculous something made by nobody; existing from eternity, and merely declared, from time to time, by the judges."⁴⁶⁴

I dag förefaller den allmänna uppfattningen snarare vara att domstolarna lämnar väsentliga bidrag till rättsutvecklingen, även om omfattningen inte är kartlagd.⁴⁶⁵

Utveckling av regelsystemet genom rättsligt beslutsfattande kan beskrivas från olika perspektiv. Sättet att se på och beskriva – eller förneka möjligheten av – nyskapandet av regler torde bl.a. ha att göra med vad man uppfattar som tillåtet respektive inte tillåtet i samband med rättsligt beslutsfattande. Att uppfattningarna härom förändrats över tiden – och ibland snabbt – ska belysas med ett exempel. Domen AD 100/32 rörande fri uppsägningsrätt i anställningsförhållanden väckte när den kom stort uppeende och har därefter dryftats i otaliga sammanhang. I domen förklarades bl.a. att arbetsgivaren, liksom arbetaren, hade rätt att själv bestämma, om han genom uppsägning ville göra sig fri från anställningsförhållandet. Av domskälen framgår att domstolens majoritet ansåg sig tillämpa innehållet i en redan förefintlig allmän rättsgrundsats.

"Vad angår upphörande av arbetsavtal, som slutits för bestämd tid, råder...icke någon tvekan därom, att i Sverige lika väl som i andra länder

⁴⁶⁴ Th. E. Holland, citerad i Sjögren, s. 332. Se också Lord Reids uttalande i Griffith a st, "...we do not believe in fairy tales any more." Jfr Ogorek, s. 170, som talar om "die Vorstellung,...dass auch die freiesten Interpretationsvorgänge letztlich nur ein Verfahren zur Hebung und Weiterentwicklung der in der Rechtsquellen...schlummernden Gedanken und Entscheidungen sei."

⁴⁶⁵ Frågan om huruvida domstolar "kan" skapa rätt kommer inte att behandlas. Jfr Strömholm 1969, s. 30, som utifrån det av honom behandlade ämnet betecknar frågorna om domstolarna "faktiskt kunna 'skapa rätt' " och om gränsdragningen mellan tolkning och nyskapelse som teoretiska. Se även Lindblom 1997, s. 615f: "Att domstolarna har en rättskapande funktion är möjligen problematiskt från konstitutionell synpunkt för den som anbefaller sig till den mest rigida varianten av Montesquieus (påstådda) maktfördelningslära. Åtminstone vad gäller de högsta domstolarna är det dock ett obestriddigt faktum att de stundom ägnar sig åt rättsbildande verksamhet." Att regeringsformen inte bygger på maktfördelningsläran utan på en princip om folksuveränitet, se SOU 1994:99, s. 33. Jfr dock Beyer, s. 584f. Torbjörn Andersson skiljer, s. 294, mellan "rättskapande" och "rättslig kreativitet". I Frändberg 1984, s. 192, talas om "domstolarnas fria rättskapande verksamhet, d v s. en rättsbildning som ej består i tolkningen av lagar." Jfr dens 1973, s. 159, med konstaterandet att de högsta domstolarna (HD och RegR) "har en klart angiven rättskapande funktion".

den allmänna rättsgrundsatsen gäller, att dylikt avtal kan å ömse sidor uppsägas till upphörande efter viss uppsägningstid...”.

Man deklarerade också sin inställning till frågan om nyskapande av rättsregler genom rättstillämpning. Rättskipningen hade endast att träffa ”ett avgörande, som överensstämmer med gällande rättsregler och avtalsbestämmelser”. Det var en uppfattning som stämde väl överens med den av domstolens dåvarande ordförande omfattade, så som den framställs i Geijer & Schmidt.⁴⁶⁶

”För den juristgeneration, som AD:s förste ordförande Arthur Lindhagen tillhörde, torde rättsreglerna ha uppfattats som allmängiltiga och i princip möjliga att ändra endast genom lagstiftning. Den ’gällande’ rätten var motsägelselös i den meningen, att ett entydigt svar fanns givet redan på förhand på varje uppkommande rättsfråga.”

Edlund har talat om

”den doktrin med rötter både i statsrättslig maktfördelningsfilosofi och i liberalistiska tongångar som går ut på att det inte är domstolarnas sak att initiera reella rättsförändringar.”⁴⁶⁷

En likartad uppfattning framfördes från rättsvetenskapligt håll. Det var inte fråga om att påtvinga parterna några nya principer – ”vartill domstolen ju inte är befogad” – utan snarare om att *fastslå tillvaron* av vissa ”tendenser”.⁴⁶⁸ Synen på domen som endast deklarativ torde ha varit uttryck för rådande synsätt i Sverige under tidigt 1900-tal. Den förekom i de flesta läroböcker och det var naturligt, att samma uppfattning uttalades i domstolsmotiveringarna. Domstolarnas uppgift var inte att skapa rätt, utan endast att använda den gällande rätten. Deras närmaste uppgift var lagtolkning.⁴⁶⁹ De valda formuleringarna, som för en senare tid kan framstå som fiktioner eller eftertionaliseringar, bekräftade det rådande synsättet.

Så småningom har AD 100/32 kommit att uppfattas som mera aktivis-

⁴⁶⁶ Geijer & Schmidt, s. 338; synpunkter på AD 100/32 finns i bl.a. Göransson 1988, s. 291f. Några möjligheter för domstolen att underbygga påståendet om förekomsten av en allmän rättsgrundsats framhålls i Sigeman 1977a, s. 204f. Strömholm påpekar, 1996, s. 450, att domarens resonemang ännu i början av 1900-talet väsentligen uppfattades som en rent teoretisk verksamhet, där värderingar inte spelade någon roll.

⁴⁶⁷ Edlund 1973, s. 28f.

⁴⁶⁸ Undén, s. 30.

⁴⁶⁹ Sjögren s. 339. Likartat i Schmidt 1955 s. 270. AD 100/32 diskuteras också i bl.a. Schmidt 1968, s. 397 och i Edlund 1973, s. 25f.

tisk i det att arbetsdomstolen där ansetts ha skapat en regel.⁴⁷⁰ Sigeman beskriver arbetsdomstolens agerande som att man fastslog en norm.⁴⁷¹

Det nya synsättet gäller inte bara den nyss nämnda domen från 1932 utan arbetsdomstolens verksamhet överhuvudtaget. Arbetsdomstolen framställdes nu som skapare av rättsregler.⁴⁷² Det blev möjligt att t.o.m. lägga huvudvikten vid just domstolens rättsbildning i olika frågor.⁴⁷³ Under inledningsperioden gavs vissa rättssatser ”ett påfallande preciserat innehåll”.

”De framträdde som fullständiga rättsregler, innefattande rättsfaktum och rättsföljd, och ungefär som lagregler framstod de som färdiga att läggas till grund för praktisk tillämpning. Även om AD inte ville ge sken av annat än att fylla traditionella domstolsfunktioner, är det tydligt att domstolen medvetet framträdde som *normgivare*.”⁴⁷⁴

Målsättningen var att bygga upp ett system av mer eller mindre allmän-giltiga och bestående normer, en inriktning som – åtminstone i fråga om initialskedet – beskrivits som ”utomordentligt markerad”.⁴⁷⁵ I en uppsats från 1954 ger den tidigare ordföranden i arbetsdomstolen, Gunnar Dahlman, exempel på grundsatser som fastslagits av arbetsdomstolen, t.ex. arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet, arbetstagarnas arbetsskyldighet, rätten att fritt anställa och frågor om hur ett arbetsavtal upplöses och på vilken grund det kan ske.⁴⁷⁶ Andra exempel på områden inom vilka arbetsdomstolen sett mera långtgående uppgifter än att tillämpa befintliga regler rör kollektivavtal, t.ex. konkurrerande kollektivavtal och kollektivavtalstolkning.⁴⁷⁷ Som uttryck för ett aktivistiskt synsätt får väl också uppfattas uttalanden som att arbetsdomstolen har en vägledande och prejudikatskapande uppgift.⁴⁷⁸

Det nya synsättet tar sig olika uttryck. Det kan t.ex. göras skillnad mellan olika typer av regler beroende på hur de tillkommit – mellan ”etablerade regler” och sådana som har att göra med ”domstolarnas nyskapande

⁴⁷⁰ Geijer & Schmidt, s. 125f.

⁴⁷¹ Sigeman 1977, s. 204. I prop 1973:129 s. 118 framställs domstolen som det organ som fastslog den allmänna rättsgrundsatsen i fråga.

⁴⁷² Geijer & Schmidt, se t.ex. s. 125, 272, 290ff och 313.

⁴⁷³ A. a. s. 31.

⁴⁷⁴ Sigeman a. a. s. 203. Se även Malmberg, s. 23.

⁴⁷⁵ Edlund 1973, s. 19.

⁴⁷⁶ Dahlman, s. 4ff.

⁴⁷⁷ SOU 1994:141, s. 327. Om schabloner för tolkning av kollektivavtal som rättsregler, se Sigeman 1987, s. 610. Även Göransson 1988; se t.ex. s. 161, 184, 200 och 223 (kollektivavtalens rättsliga status), s. 261ff (allmänna rättsgrundsatser), s. 392ff.

⁴⁷⁸ Lind 1979b, s. 161.

av enstaka rättsregler⁴⁷⁹ eller mellan lag och domstolsskapad rätt.⁴⁸⁰ Ibland görs åtskillnad mellan domstolars rättstillämpande och rättsskapande verksamhet⁴⁸¹ ("judiciellt rättsskapande"⁴⁸²). Det talas om "en mer eller mindre intensiv rättsskapande verksamhet" och om "ett öppet och aktivt rättsskapande vid sidan av eller rent av i strid mot lagen".⁴⁸³

Uppmärksammandet av domstolarnas betydelse vid tillskapandet av rätten är i och för sig ingen ny företeelse. Det kunde i början av seklet framställas som obestriddligt att "en sund rättsskipning icke kan bli stående vid de rättsregler, som redan fixerats genom de båda allmänt antagna rättskällorna, lagen och sedvanerätten".⁴⁸⁴ Den härskande uppfattningen inom doktrinen ansågs inte ha givit tillräckligt erkännande åt domarens rättsutvecklande verksamhet, en verksamhet som förklarades försiggå "i större eller mindre omfattning överallt och detta såväl i äldre tid som i våra dagar."⁴⁸⁵ Det fanns "såväl rätthistoriska fakta som många i nutiden fällda domar" som gav vid handen, att dömandet i vissa fall hade en självständighet som närmade sig lagstiftarens. Frågan kunde diskuteras ingående i termer av domarens rättsutvecklande⁴⁸⁶ eller rättsskapande⁴⁸⁷ verksamhet, domarens respektive domstolens självverksamhet,⁴⁸⁸ rättsskipningens intrång på lagstiftningen område,⁴⁸⁹ domstolarnas ingripande i rättsutvecklingen⁴⁹⁰ eller domarmaktens framträdande som rättsbildande faktor.⁴⁹¹ Domstolarnas rättsskapande verksamhet kunde sägas ha ägt rum i stor omfattning sedan mitten av 1800-talet och vara etablerad.⁴⁹² Svårigheter kunde dock finnas att lämna påtagliga bevis för detta judiciella rättsskapande i det enskilda fallet. "Kärnpunkten" var svåråtkomlig.⁴⁹³ Det låg i sakens natur, att "själva den rättsskapande akten" inte kunde framträda tydligt i motiveringen.⁴⁹⁴

⁴⁷⁹ Bergholtz, s. 359.

⁴⁸⁰ Gaarder, s. 234.

⁴⁸¹ Strömholm 1969, s. 19.

⁴⁸² A. a. s. 33.

⁴⁸³ A. a. s. 44f. I Lindblom 1997, s. 615ff, behandlas flera viktiga aspekter av domstolarnas rättsskapande funktion.

⁴⁸⁴ Sjögren s. 336.

⁴⁸⁵ A. a. s. 326

⁴⁸⁶ A. a. s. 326, 327, 329, 331 och 335.

⁴⁸⁷ A. a. s. 342 och 366.

⁴⁸⁸ A. a. s. 327, 329 och 357.

⁴⁸⁹ A. a. s. 327.

⁴⁹⁰ A. a. s. 343.

⁴⁹¹ A. a. s. 361.

⁴⁹² A. a. s. 335f.

⁴⁹³ A. a. s. 338.

⁴⁹⁴ A. a. s. 338f.

Många senare uttalanden går i samma riktning som de nu refererade. Från rättsvetenskapligt håll kan synsättet exemplifieras med uttalanden om att rättssystemet byggs ut genom prejudikat,⁴⁹⁵ om domstolarnas rättsskapande verksamhet,⁴⁹⁶ om att rättsbildningen delvis försiggår genom rättstillämpningen⁴⁹⁷ och om att rättsreglernas tillämpning, rättskipningen, medför en ständigt pågående bearbetning av rättsmaterialet.⁴⁹⁸

Synsättet finns representerat även på domstolshåll. I en artikel diskuterar en domare i Högsta domstolen bl.a. hur utrymmet för domstolens rättsskapande verksamhet är beroende av i vilken utsträckning rättsbildning sker genom lagstiftning.⁴⁹⁹ Till rättsskapandet förs följande inslag i det rättsliga beslutsfattandet.

”Dit räknar jag först och främst, att domstolen analogivis tillämpar en lagbestämmelse eller en så kallad allmän rättsgrundsats på ett oregerat fall eller genom så kallad reduktion underlåter att tillämpa en lagregel på ett fall som klart går in under ordalagen. Som rättsskapande betraktar jag vidare tillämpningen av lagregler som är utformade på det sättet att det ankommer på rättstillämpningen att närmare precisera deras innehåll, t.ex. så kallade generalklausuler. Men en extensiv eller en restriktiv tolkning av en lagbestämmelse kan också sägas vara i viss mån rättsskapande; domen innebär ju att regelns tillämpningsområde fixeras i ett visst hänseende som förut var oklart.”

På likartat sätt har Regeringsrätten beskrivits som ett rättsbildande organ.⁵⁰⁰

Frågan om arbetsdomstolens eventuella uppgifter som rättsskapare har diskuterats även i lagstiftningssammanhang. Enligt direktiven till arbetsrättskommittén skulle särskild uppmärksamhet ägnas de grundläggande problem som sammanhänger med ”rättsbildning genom praxis”. Där talades för övrigt utan omsvep om ”metoden att skapa rättsregler genom prejudikat i stället för genom lagstiftning”.⁵⁰¹ Kommittén gavs i uppdrag att bl.a. undersöka förutsättningarna för ”en levande rättsbildning”. I sitt betänkande diskuterar kommittén dels mål där domstolen överhuvudtaget inte kan sägas ha – eller böra ha – en rättsskapande uppgift, dels också mål i vilka utrymme kan och bör finnas för en självständig rätts-

⁴⁹⁵ Schmidt 1955, s. 270.

⁴⁹⁶ Strömholm 1969, s. 19.

⁴⁹⁷ Adlercreutz 1978, s. 46.

⁴⁹⁸ Eberstein, s. 12.

⁴⁹⁹ Nordström, s. 18ff.

⁵⁰⁰ Sjöberg, s. 28.

⁵⁰¹ SOU 1975:1 s. 95.

skapande insats.⁵⁰² I den s.k. löntagarreservationen hävdas, att arbetsdomstolen ”i stor utsträckning verkligen fungerat som ett i egentlig mening rättsskapande organ.”⁵⁰³ I betänkandet ”MBL i utveckling” talas om rättssatser som präglats genom domstolens egna avgöranden.⁵⁰⁴

Tanken på arbetsdomstolen som aktivt bidragande till en utveckling av rättssystemet förefaller alltså vara accepterad i lagstiftningssammanhang. I en utredning från 1988 (”Arbetsdomstolen”) går den särskilde utredaren Hans Stark – under stora delar av 1970–80- och 90-talen ordförande i arbetsdomstolen – så långt att arbetsdomstolen sägs ha som en central uppgift ”att leda rättsutvecklingen inom arbetsrätten”.⁵⁰⁵ Det kan ha sitt intresse att notera, att utredningen här använt samma uttryck som användes i en tidigare utredning, som också diskuterade arbetsdomstolen (ARK). Där lades dock uppgiften att leda rättsutvecklingen först och främst på lagstiftaren, som, enligt kommittén, inte fick skjuta uppgiften ifrån sig genom att lita till den rättstillämpande instansens förmåga att göra en självständig rättsbildande insats!⁵⁰⁶ Uttalandet i 1988 års betänkande kontrasterar också på ett intressant sätt mot ovan refererade uttalanden i AD 100/32. Det kan kanske vara ett uttryck för att det inom arbetsdomstolen på senare tid funnits gehör för en nyorientering i riktning mot en större flexibilitet i dömandet. Utredningen fann, att med domstolen som ledare för rättsutvecklingen skulle komma att främjas en enhetlig rättstillämpning, samtidigt som tolkningen av den arbetsrättsliga lagstiftningen ”utvecklas” och det på praxis grundade arbetsrättsliga normsystemet ”utbildas”.⁵⁰⁷

En arbetsfördelning mellan lagstiftare och rättstillämpare förutsätts i regeringsformen. Det finns dock inga närmare besked om hur den ska genomföras. Strömholm anser att man sannolikt (bl.a. ur förarbetena till 8 kap RF och ur diskussionen om lagprövningsrätten) skulle kunna ”vaska fram tämligen klara ideologiska synpunkter på lagstiftningen... där även föreställningar om den...önskvärda rollfördelningen mellan lagstiftare och rättskipande organ framträder....”⁵⁰⁸ Regeringsformen ger

⁵⁰² A. a. s. 585f.

⁵⁰³ A. a. s. 957.

⁵⁰⁴ SOU 1982:60 s. 295; se även a. a. s. 116: ”rättsskapande genom prejudikat” och s. 117 ”rättsbildning genom domstolsavgöranden”.

⁵⁰⁵ SOU 1988:30 s. 74.

⁵⁰⁶ SOU 1975:1 s. 586.

⁵⁰⁷ SOU 1988:30 a st. Sigeman, 1977a, s. 213, beskriver lagstiftarens synsätt som att det är genom lagstiftning och motivuttalanden som rättsbildningen främst bör ske. ARK är mindre generaliserande och anger i stället vissa typer av mål i vilka domstolen inte bör ha en rättsskapande uppgift, se ARK s. 582 och 584ff.

⁵⁰⁸ Strömholm 1979a, s. 152.

knappast något stöd för en självständig rättsbildning från domstolarnas sida. "Den offentliga makten, inbegripet domstolarna, skall utövas under lagarna, men inget sägs om att en domstol skall skapa nya regler, allra minst i strid med lagstiftarens mening."⁵⁰⁹ Ur synpunkten av en fördelning av politiskt ansvar för uppställande av nya regler⁵¹⁰ blir konsekvensen av ett överförande av regelskapande uppgifter till tjänstemän en minskad möjlighet att utkräva politiskt ansvar av regelskaparen.

Synen på lämplig arbetsfördelning växlar, som nyss framgick, såväl inom litteraturen som inom det rättsliga beslutsfattandet.⁵¹¹ Om man traditionellt uppfattat rättstillämpningens uppgift som att lösa tvister i överensstämmelse med lagen,⁵¹² så kan det befogade i att försöka upprätthålla en sådan bild ifrågasättas – inte minst med tanke på de förändringar i synsätt som inträtt på lagstiftningshåll under senare tid, t.ex. det tilltagande bruket av ramlagstiftning med åtföljande delegation av normgivningen.⁵¹³

Hur rättsliga beslutsfattare sett och ser på sin uppgift är svårt att veta något om. Enligt en uppgift skulle det dock åtminstone inom Högsta domstolen ha varierat mellan olika domare.⁵¹⁴ Medan några menat att en fråga borde hänskjutas till lagstiftaren om man inte kunde finna en lösning inom den traditionella ramen, skulle andra ha ansett, att domstolen borde ha frihet att rättska obunden av direktiv så snart det inte var fråga om politiska stridsfrågor och det var möjligt att finna en lösning som kunde väntas vinna gillande. I en annan framställning beskrivs samma domstol som försiktig och förarbetsbunden.⁵¹⁵ Några gånger skulle ha hävdats att långtgående ändringar i lagens mening ankommer på lagstiftningen, inte på lagtolkningen.⁵¹⁶ Iakttagelsen om olikheter i uppfattning när det gäller arbetsfördelningen är, som kommer att framgå, giltig även för arbetsdomstolens vidkommande.

I kap 3–6 undersöktes bl.a. arbetsdomstolens sätt att förhålla sig till av lagstiftaren skapade rättskällor. De beslutssituationer som nu ska under-

⁵⁰⁹ Bengtsson 1997, s. 112. Jfr a. a. s. 118, där det talas om "regeringsformens principer om rollfördelningen mellan lagstiftare och domstolar...". Se också om domstolarnas ställning enligt regeringsformen i SOU 1994:99, s. 33ff.

⁵¹⁰ Schmidt 1972, s. 572f.

⁵¹¹ Frågan om processens funktioner diskuteras nedan i kap 10.

⁵¹² Bergholtz & Thelin, s. 169, framhåller domarrollen som "analytisk och lagtillämpande".

⁵¹³ Esping talar, s. 378, om ett paradigmskifte vid 1970 – talets mitt med bl.a. "en radikal decentralisering av samtliga 'makter'"; se även Rimsten, 1993b och Bjerkén.

⁵¹⁴ Schmidt 1955, s. 283.

⁵¹⁵ Peczenik 1980, s. 172.

⁵¹⁶ Om vissa speciella situationer, t.ex. i "säregna fall" och vid "en långtgående ändring av de i samhället härskande värderingarna" se a. a. s. 172ff.

sökas betecknas som laganalogi respektive nyskapande. Gemensamt för dem är, som framgick i 2.4 och 2.5, att domstolen inte funnit någon direkt tillämplig lagregel för lösandet av den instämnda tvisten. Även i sådana situationer ska i princip ett beslut fattas. Domstolen har inte kunnat "visa tvisten ifrån sig, eller göra som de bysantinska domarna eller de preussiska under landsrättens tid: Be kejsaren eller Justitiedepartementet att avgöra rättsfrågan."⁵¹⁷ I analogifallen har domstolen valt att tillämpa en lagregel på ett fall som egentligen inte omfattas därav – och därigenom kunnat behålla en anknytning till lagen. I nyskapandet har frågan om arbetsfördelningen ställts på sin spets.⁵¹⁸

I vilken utsträckning var arbetsdomstolen beredd att utföra det som ofta anses vara lagstiftarens uppgift, att skapa en regel?⁵¹⁹ Det i undersökningen ingående materialet ger vissa upplysningar om synsätt i arbetsdomstolen när det gäller den frågan. Att domstolens inställning – dess värderingar i hithörande frågor – måste beaktas när det gäller att utröna samspelet med lagstiftaren är uppenbart.⁵²⁰

Inom en rättsordning som den svenska tar väl de flesta för givet att relationen mellan lagstiftare och rättstillämpare innefattar ett samarbete. Ett problemfritt samarbete mellan lagstiftare och tillämpare kan dock inte tas för givet. Uttryck som "vränga lag" och straffbestämmelser innefattande sanktioner mot felaktigheter inom rättstillämpningen ger en påminnelse om att en lojalitet mot lagstiftningen från rättstillämpningens sida inte är en självklarhet. Den nu genomförda undersökningen ger inga belägg för avsiktliga försök att trotsa lagstiftaren i samband med rättsligt beslutsfattande – om nu inte de fåtaliga exemplen av stark konsekvensorientering ska uppfattas som sådana.⁵²¹ En annan sak är att användandet av material som härrör från lagstiftaren ibland aktualiserar problem av svårlöst slag. Lagregler kan t.ex. ha utformats så att de inte främjar ett uppställt mål eller de kan ha blivit otidsenliga på grund av förändringar i samhället.⁵²²

⁵¹⁷ Gaarder, s. 227.

⁵¹⁸ Tanken på en arbetsfördelning finns också i bl.a. Peczenik 1980, s. 63, och Adams & Brownsword 1992, s. 132. I Lind 1993, s. 316, talas om rollfördelningen mellan regering och riksdag som normgivare och domstolarna såsom uttolkare av givna normer." Se även Bengtsson 1997, s. 118, om "rollfördelningen mellan lagstiftare och domstolar" och Mattsson. Wiklund påpekar, s. 23, att en "dynamisk" lagtolkning reser frågan om förhållandet mellan politiker och domare.

⁵¹⁹ Om skillnader mellan domstolars och lagstiftares rättsskapande verksamheter se Eckhoff 1993, s. 168ff.

⁵²⁰ Jfr Bengtsson 1997, s. 118.

⁵²¹ För exempel se Twining & Miers, s. 194.

⁵²² A st. I Bengtsson 1997, s. 122ff, ges flera exempel på samspelet mellan Högsta domstolen och lagstiftaren, bl.a. på "domstolens olika metoder att ställa till besvär för lagstiftaren" och dels på att den "räddat lagstiftaren från en mängd problem".

Samarbetet ställer krav på båda parter. Den rättslige beslutsfattaren behöver, för att kunna fullgöra sin uppgift som rättstillämpare, ett visst mått av ledning från lagstiftaren. Lagstiftaren måste ge klara besked på vissa centrala punkter.⁵²³ Lagstiftaren å sin sida behöver kunna räkna med ett rättsligt beslutsfattande som är rationellt och stabilt.⁵²⁴ Det är fråga om en dialog mellan lagstiftaren å ena sidan och tillämparen å den andra sidan.⁵²⁵

I fall av luckor eller oklarheter i lagstiftningen är en möjlighet, att tillämparen löser tvisten på ett sätt som framstår som materiellt tillfredsställande. Därigenom kan lagstiftningsåtgärder komma att uppfattas som överflödiga. En annan möjlighet är att det rättsliga beslutsfattandet leder till en ur lagstiftarsynpunkt otillfredsställande lösning av tvisten, vilket kan leda till lagstiftningsåtgärder. När det gäller valet av framkomstväg för att åvägabrunga en önskad förändring av rättsläget på ett visst område, finner Strömberg att det blir beroende av lagstiftningsapparatus funktionsduglighet.

”Om hänsynen till utgången i det konkreta fallet inte lägger avgörande hinder i vägen för en strikt lagtillämpning blir nästa fråga, om domstolens ställningstagande har någon utsikt att ge resultat i form av en klagörande lagändring.”⁵²⁶

Bengtsson har diskuterat den situationen att en ledamot ”vill åstadkomma en ändring”. Hur ska han gå till väga? Ska man ”klara det enskilda fallet genom en djärv lagtolkning, eller skall man tillämpa lagen strikt och hoppas att detta medför en genomgripande reform?”⁵²⁷

I länder där det är svårt att få till stånd en lagändring bör domstolarna på egen hand reparera brister i lagstiftningen. I ett land som Sverige, med en relativt väl fungerande lagstiftningsapparat, kan rättstillämparen ha anledning att se saken annorlunda.⁵²⁸

Samarbetet mellan lagstiftare och rättstillämpare torde för svensk rättsdel i stort sett kunna betecknas som präglad av ömsesidigt förtroende. Det är t.ex. vanligt att man i samband med utarbetandet av ett lagsförslag går igenom den rättspraxis som tidigare utbildats på området. I samband med sådana genomgångar förekommer ibland signaler om önskade för-

⁵²³ Strömholm 1976, s. 466.

⁵²⁴ För kommentar se Twining & Miers, s. 193.

⁵²⁵ Strömholm a st.

⁵²⁶ Strömberg, H, s. 628.

⁵²⁷ Bengtsson 1997, s. 126. Hans svar återges i 11.3.3.

⁵²⁸ Strömberg, H, a. st. I Hjerner 1964 avråds från att genom korrigerande av entydiga tolkningsresultat ”avlasta lagstiftaren honom tillkommande uppgifter” (citatet från s. 218).

ändringar. Det kan naturligtvis ske genom besked i lagtext men stannar ibland vid påpekanden i motivtexten.

I AD 99/79 (Bouvin) bedömdes ett skadeståndsyrkande riktat mot en verkstadsklubb för påstått brott mot MBL 42 §. Rättsläget före MBLs ikraftträdande beträffande fackliga företrädares skyldighet att verka för att en olovlig stridsåtgärd upphörde sades ha ställt stränga krav på lokala fackliga organisationers agerande i samband med otillåten stridsåtgärd på arbetsplatsen. Nu hade departementschefen i förarbetena till MBL uttalat att tidigare stränga restriktioner lagts på de fackliga företrädarna när de varit verk samma för att få till stånd en lösning vid olovliga konflikter och att de borde ges ett större utrymme för självständiga bedömningar. Arbetsdomstolen tolkade uttalandet som att de fackliga företrädarna fått större möjligheter att välja olika vägar för att motverka eller få slut på en otillåten stridsåtgärd. (När det gällde förbudet att solidarisera sig med en otillåten stridsåtgärd antogs dock de tidigare av arbetsdomstolen fastställda principerna allti jämt vara gällande.)

Samarbetet utesluter emellertid inte att man utbyter kritiska synpunkter. Kritik mot lagstiftaren förekommer. I AD 73/87 fann arbetsdomstolen ”skäl till invändningar” mot det sätt på vilket lagstiftaren utformat 11 kap 3 § LOA. Domstolen pekade dels på vissa olyckliga följder av en viss tillämpning dels också på att lagens ordalag stod i strid med lagstiftarens i förarbetena uttalade syfte. I AD 163/80 saknades ledning i lagtext och förarbeten, vilket framtvingade ”en förhållandevis fri rättslig prövning”. Förhållandet betecknades som från principiell synpunkt ”mindre lyckligt”.⁵²⁹

Arbetsdomstolen kan i ett visst fall ha avböjt att, t.ex. analogivis, tillskapa en regel som i och för sig förefallit domstolen välmotiverad varefter lagstiftaren senare stått för regelskapandet. I AD 88/76 avvisades tanken på en analogi för att få till stånd en preskriptionsregel. Regeln i fråga tillskapades sedan i stället genom 1982 års LAS (40 § andra stycket). I AD 71/75, gjordes ett uttalande om att en viss ordning skulle ha varit lämplig, men att den inte gick att grunda på lagen. I 1982 års LAS infördes en regel i enlighet med domstolens ”rekommendation”.⁵³⁰

Lagstiftaren har efter en dom alltid möjlighet att tillskapa en regel som ändrar det genom domen uppkomna rättsläget. 41 § 3 st MBL tillkom som en reaktion på AD 94/80, där arbetsdomstolen slog fast att en arbets-

⁵²⁹ Se domsamlingen s. 1018. Kritik i andra riktningen finns omnämnd i AD 113/86, s. 830.

⁵³⁰ Peczenik anger, 1991, s. 168, som en skillnad mellan rättsdogmatik och rättspraxis, att rättsdogmatikern får ge förslag *de lege ferenda*. Arbetsdomstolens sätt att förhålla sig ger inte stöd för att någon absolut skillnad i det avseendet skulle föreligga.

givare varit berättigad att innehålla betalning av förfallna löner under den tid som en konflikt pågått. En regel med förbud för arbetsgivare att som stridsåtgärd skjuta upp betalningen av intjänad och till betalning förfallen lön infördes.⁵³¹ Ett annat exempel erbjuder AD 7/75 och efterföljande ändring av 6 § FML.

En i rättspraxis utbildad regel blir ibland, ibland inte, lagfäst. Ett exempel på att så inte skett är den i rättspraxis utbildade, viktiga regeln om att anställningsavtal inte behöver sägas upp före arbetsinställelse som stridsåtgärd.⁵³² Ibland har lagstiftaren avstått från att införa en lagregel med hänvisning till att praxis utarbetat en viss lösning av en rättsfråga och att ingen ändring i praxis är avsedd.⁵³³ I åter andra fall har ett i praxis utvecklat synsätt tagits till utgångspunkt för en av lagstiftaren skapad regel. Som exempel kan nämnas oorganiserades skadeståndsansvar för deltagande i olovlig strejk.⁵³⁴ Ett annat exempel är 59 § MBL som vida-reutvecklar och förstärker det skydd som ligger i föreningsrätten. Ett tredje exempel är uttalanden i prop 1973:129 s. 125 och InU 1973:36 s. 34 som bekräftar en tidigare i praxis uttalad ståndpunkt att ett deltagande i olovlig arbetskonflikt under vissa förutsättningar kan utgöra grund för uppsägning eller avskedande. Ett fjärde exempel är utformningen av regeln i 60 § fjärde stycket MBL om högre skadestånd än 200 kronor om stridsåtgärd med hänsyn till omständigheterna måste betraktas som särskilt allvarlig eller anmärkningsvärd.⁵³⁵

I AD 2/76 (Stark) diskuterades permitteringsinstitutet. Inga bestämmelser fanns i LAS varigenom rätten att permittera uttryckligen reglerades. I prop 1973:129 s. 153 sägs att permittering "enligt praxis" inte får tillgripas, om en uppkommen arbetsbrist kan förväntas bli långvarig eller om arbetstagaren inte vidare ska användas i arbetsgivarens tjänst. Departementschefen

⁵³¹ För kommentarer till domen se Schmidt 1980.

⁵³² Sigeman 1997a, s. 230.

⁵³³ Se t.ex. prop 1973:129 s. 153. I Conradi, s. 75, omtalas hur de lagstiftande organen i ett visst fall stod i begrepp att reglera samernas rättsställning "men vilade på hanen i avbiden på den slutliga domen i det då pågående samemålet."

⁵³⁴ NJA 1974 s. 36, "taktäckarmålet", där Högsta domstolen tog ställning till om oorganiserade arbetstagare brutit mot sina anställningsavtal genom att delta i en avtalsstridig strejk. Frågan finns nu reglerad i 42 § andra stycket MBL.

⁵³⁵ Bestämmelsen är ändrad ännu en gång genom lag 1992:440. Om ett fall av kodifiering av rättspraxis se Eklund, R, 1983a, s. 88. Arbetsdomstolen kan genom sitt sätt att utforma arbetstagarbegreppet ha bidragit till 1945 års förändring av FFL, se Geijer & Schmidt, s. 349; jfr ARK, s. 589. Den utanför undersökningperioden liggande s.k. Britannia-domen, AD 120/89, utlöste lagstiftningsåtgärder. Se även Lunning 1989, s. 148: "Vissa lagändringar har också gjorts för att i någon mån lätta på arbetsdomstolens tidigare restriktiva praxis." För en rättssociologisk belysning av samspelet mellan lag, tillämpare och effekter se t.ex. Hetzler s. 42ff.

avstyrkte införandet av en regel om rätt att tillgripa permittering. Den i rättspraxis tillskapade regeln ansågs tillräcklig.

Strömberg menar att möjligheten att påverka lagstiftningen bör beaktas av rättstillämpningen.⁵³⁶ Så sker, som framgått, också ibland i arbetsdomstolen. Bergholtz har på motsvarande sätt funnit exempel i Högsta domstolens praxis på att domskäl haft lagstiftaren som adressat.⁵³⁷ Han redovisar hur man i domskälen till två mål visat på ett otillfredsställande rättstillstånd och direkt eller indirekt förespråkat lagändring.

Domstolarnas sätt att tolka och tillämpa lagarna påverkar i längden lagskrivningstekniken. Om domstolarna strävar att lojalt fullfölja lagstiftarens intentioner kan lagtexten utformas kortfattat med anvisningar för tillämpningen i förarbetena.⁵³⁸

I 1974 års LAS fanns i 15 § en bestämmelse av följande lydelse.

”Har arbetstagaren varit anställd hos arbetsgivaren för viss tid eller visst arbete sammanlagt minst tolv månader under de senaste två åren och kommer fortsatt anställning icke att erbjudas honom i samband med eller i nära anslutning till anställningens upphörande, skall arbetsgivaren underrätta honom härom minst en månad innan anställningen upphör.”

Enligt besked i förarbetena till lagen var en förutsättning för att underrättelse skulle kunna underlåtas, att den erhållna anställningen var sådan att den skäligen kunde godtas av arbetstagaren.⁵³⁹ I AD 71/77 (Ljungar) refererades motivuttalandet som om det innehållit en ovedersäglig komplettering av lagregeln.

Det är rimligt att förutsätta en växelverkan mellan det sätt på vilket en text används och det sätt på vilket den utformas. Svenska lagförarbeten utformas sedan länge för att användas i samband med tolkning av lagen.⁵⁴⁰ Hessler har påpekat att lagstiftaren räknar med att förarbetsuttalanden skall vara vägledande vid rättstillämpningen, vilket utgör grunden för den lagstiftningsteknik som faktiskt tillämpas. Om uttalandena negligerades, finge lagstiftaren gå över till att införa i lagtexten allt det som nu ges formen av uttalanden i förarbetena.⁵⁴¹ Svenska rättstillämpare använder dem också i stor utsträckning för avsett ändamål. Det påverkar utformningen av lagtexten. I en annan situation kan krävas en annan

⁵³⁶ Strömberg, H, a. a. s. 622.

⁵³⁷ Bergholtz, s. 396.

⁵³⁸ Strömberg, H, a. a. s. 626f.

⁵³⁹ Prop 1973:129 s. 253.

⁵⁴⁰ Strömholm 1996, s. 498f.

⁵⁴¹ Hessler, s. 241ff.

utformning av lagen, ägnad att förhindra – ur lagstiftarens synpunkt –
vantolkningar, t.ex. i en situation där lagregler uppfattas som ”utifrån
kommande element i en oskriven rättsordning.”⁵⁴²

”The attitudes of potential interpreters may have important implications for the style of drafting of rules in fixed verbal form. Karl Llewellyn, who was prepared to rely on the good faith of most businessmen and the good sense of most judges, justified the ‘open’ style of drafting of the Uniform Commercial Code in the following terms: ‘Technical language and complex statement cannot be wholly avoided. But they can be reduced to a minimum. The essential presupposition of so reducing them is faith in the courts to give reasonable effect to reasonable intention of language.’ Contrast this statement with the task of the draftsman of a revenue statute: ‘[I]t is not enough to attain to a degree of precision which a person reading [the statute] in good faith can understand; but it is necessary to attain if possible to a degree of precision which a person reading in bad faith cannot misunderstand. It is all the better if he cannot pretend to misunderstand it.’”⁵⁴³

Rättstillämpningsmetoden måste anpassas efter den lagstiftningsmetod som används.⁵⁴⁴ Så påverkar t.ex. lagstiftningstekniken behovet av och användningsområdet för analogiresonemang.

”Är lagbestämmelserna utpräglat kasuistiska, utan ambitionen att med hjälp av generella begreppsbestämningar, legaldefinitioner osv. tillsammans bilda ett heltäckande nät av lösningar, är det sannolikt att analogisk normtillämpning kommer att påkallas relativt ofta. Är lagtexten generaliserande och abstrakt, är det oftare möjligt att ”tolkningsledes” pressa in förekommande fall inom reglernas betydelseområde.”⁵⁴⁵

Frågan om lagstiftningens påverkan på rättstillämparen har av Strömholm formulerats som en fråga om vad vissa särskilt framträdande karaktäristika hos den svenska lagstiftningsmekanismen betyder för rättstillämpningen, och vilka principiella, praktiskt arbetsekonomiska och normativt acceptabla grunder som kan anföras för det samspel som kan iakttas.⁵⁴⁶

Viktiga bidrag till förståelsen av arbetsdomstolens roll på arbetsmarknaden har lämnats i undersökningar som gällt bl.a. frågan om hur den rättsliga regleringen av arbetsmarknaden tillkommer. I ett försök att

⁵⁴² A st; se även Eckhoff 1966, s. 187: I USA uppfattas skrivna lagar som ”et slags fremmedlegemer som trenger inn i systemet og som det gjelder å få absorbert eller utskilt...”

⁵⁴³ Twining & Miers, s. 193f.

⁵⁴⁴ Ekelöf 1986, s. 271.

⁵⁴⁵ Strömholm 1996, s. 459.

⁵⁴⁶ Strömholm 1979a, s. 144; jfr dens 1969, s. 38f.

besvara den angavs i en år 1958 publicerad studie tre ”källsprång” till denna rättsbildning – arbetsgivarorganisationer, arbetstagarorganisationer och samhälle.⁵⁴⁷ En något modifierad modell har använts senare. Edlund avgränsar en ”rättsbildningsprocess” med tre huvudcentra: arbetsdomstolen, vars rättsbildande funktioner ställs i relation till dels rättsbildning i partsmässiga former genom kollektivavtal och andra regleringar (ömsesidigt eller ensidigt tillkomna), dels den normgivning som lagstiftaren står för. De tre typerna av aktörer tänkes i sitt agerande påverka varandra och därvid förhålla sig som kommunicerande kärl.⁵⁴⁸ Även Sigeman har använt en sådan treaktörsmodell.⁵⁴⁹

Lagstiftare
O

Parter
O

O
Arbetsdomstol

I en reservation till arbetsrättskommitténs betänkande, som innehåller samma modell, sägs olika avvägningar mellan de nämnda olika typerna av normgivning vara tänkbara.⁵⁵⁰ En illustration till modellens relevans ges om den appliceras på det förhållandet att avsaknaden av medbestämmandeavtal under en period medförde att arbetsdomstolen tvingades spela en rättskapande roll i en utsträckning som inte var avsedd av 1976 års lagstiftare.⁵⁵¹ Parternas oförmåga att bidra till en utveckling av regelsystemet tvingade en annan av aktörerna, arbetsdomstolen, att formulera regler och skapa handlingsmönster.

Även från lagstiftarhåll har i olika sammanhang visats intresse för denna typ av frågor. I direktiven till arbetsrättskommittén angavs t.ex. att särskilt borde uppmärksammas ”de grundläggande problem som sammanhänger med rättsbildning genom praxis”.⁵⁵²

Om nu huvudprincipen för svensk rätts del är att riksdagen skapar de lagregler som domstolarna tillämpar så kan – som framgått av den tidigare framställningen – konstateras att det finns områden för vilka lagstif-

⁵⁴⁷ Geijer & Schmidt, s. 9.

⁵⁴⁸ Edlund 1982, s. 4f. Om förhållandet lagstiftare – rättstillämpare se även Strömholm 1996, s. 495.

⁵⁴⁹ Sigeman 1977a, s. 218f. Om rättsbildning genom kollektivavtal se Sigeman 1977b. Se även Fahlbeck 1996, s. 53ff, om bl.a. aktörerna på arbetsmarknaden.

⁵⁵⁰ ARK s. 959f. I Fahlbeck 1985, s. 322f, kommenteras förhållandet mellan de tre aktörerna i fråga om anställningsskydd.

⁵⁵¹ SOU 1982:60, s. 298.

⁵⁵² ARK s. 95.

taren inte fullgjort denna sin uppgift. Bakgrunden till att den rättslige beslutsfattaren finner sig stå inför en lucka i lagen kan variera, liksom sättet att reagera i en sådan situation.

Det kan vara så att lagstiftaren inte förutsett en viss typ av situationer. Det finns olika uppfattningar om hur man lämpligen hanterar en sådan situation.⁵⁵³

I AD 63/84 (Lind) förelåg den situationen att en arbetstagare R som sagts upp från sin anställning överskridit den frist för talans väckande som föreskrivs i 40 § LAS. R påstod emellertid att han inte fått besked om vem hans arbetsgivare egentligen var och att detta var orsaken till överskridandet. Den aktuella situation hade med arbetsdomstolens formulering ”inte observerats av lagstiftaren”. Arbetsdomstolen uttalade att arbetstagaren självfallet riskerar att göra rättsförluster om han inte får en s.k. fullföljdshänvisning och fortsatte:

Risken för rättsförluster måste vara än mer påtaglig, ifall arbetstagaren inte ens fått besked om vem hans arbetsgivare egentligen är. Denna speciella situation har inte observerats av lagstiftaren. Det är därmed en uppgift för domstolen att i sin rättstillämpning se till att arbetstagaren i sådana speciella fall får praktiska möjligheter att hävda sin rätt.

Den regel som ställdes upp och tillämpades i sammanhanget formulerades av domstolen.

Det ankommer på den för vars räkning arbete ytterst utförs att klargöra för de anställda vem som är arbetsgivare. Underlåter han detta trots att han får förfrågningar i saken måste underlåtenheten ofta jämföras med ett vilseledande.⁵⁵⁴

Det kan också vara så att i lagstiftningsledet begåtts något fel, som befinnes böra rättas till i det rättsliga beslutsfattandet.

I AD 137/83 (Lind) fann majoriteten att motivuttalandena till lagrummet var motsägelsefulla och att det gällde även lagtexten. Vid ”en samlad s. a s. formell tolkning av lagtexten” ville man inte ge företräde åt någondera partens ståndpunkt. Man konstaterade att något lagtekniskt fel måste ha begåtts vid utformningen av lagtexten. Eftersom domstolen ändå måste slita tvisten måste man finna en väg fram till ett domslut. Därvid valdes en argumentering, karaktäriserad som ”mera allmänna överväganden”.

⁵⁵³ Se t.ex. den tidigare refererade AD 55/85. Minoriteten visade på ett möjligt tillvägagångssätt: att gå på lagtextens ordalydelse.

⁵⁵⁴ Hänvisning gjordes till AD 4/78 och AD 128/76. Se numera i fråga om arbetsgivarens skyldighet att informera arbetstagarna om vissa anställningsvillkor 6 b § LAS.

I en tvist rörande frågan om arbetstagarorganisation har skyldighet att ange de omständigheter som ligger till grund för organisationens beslut att utöva veto, kompletterades en redan befintlig regel i visst avseende.

AD 109/78 (Stark) Lagtexten befanns sakna uttryckliga regler och förbätterna entydiga besked om vad som kunde anses åvila arbetstagarorganisationen när det gällde att upplysa om de skäl som ligger till grund för ett beslut om veto. Domstolen förklarade det vara *en naturlig uppgift för rättstillämpningen* att utveckla handlingsmönster i frågan och uppställde följande krav på arbetstagarorganisationen.

1. Den ska ange de huvudsakliga skälen för sitt beslut att i visst fall inlägga veto.

2. Skälen ska i princip anges skriftligen i samband med att arbetsgivaren underrättas om vetobeslutet. Kravet på skriftlig form var dock inte "absolut", något som "självfallet" skulle ha krävt lagstiftning.

Som skäl för det uppställda handlingsmönstret angavs att arbetsgivaren har ett behov av ett underlag för vissa egna bedömningar när en arbetstagarorganisation har avgivit en vetoförklaring:

- a) Ska han böja sig för vetot och avstå från den tilltänkta entreprenaden?
- b) Ska han påkalla rättslig prövning av vetofrågan och i rättegången eventuellt framställa yrkande om interimistiskt förordnande?
- c) Saknar arbetstagarorganisationen fog för vetot?

För att kunna göra dessa bedömningar behöver han veta vilka arbetstagarorganisationens skäl är.

Vad det var som i detta fall gjorde utvecklandet av handlingsmönster till en naturlig uppgift för rättstillämparen angavs inte. Att det behövdes en regel förefaller uppenbart och i det uppkomna läget ligger det nära till hands att uppfatta tillämparen som den lämpliga aktören. Hur långt domstolen var beredd att bidra till rättsutvecklingen på området framgår inte på mera än en punkt: den ansåg sig inte ha kompetens att införa ett absolut krav på skriftlig form – ett sådant ansågs "självfallet" kräva lagstiftning.

AD 82/87 (Sköllerholm) I 11 § MBL åläggs arbetsgivare viss förhandlings-skyldighet "innan" han fattar vissa beslut. I lagen anges inte närmare vid vilken tidpunkt före beslutet arbetsgivaren senast är skyldig att förhandla. Frågan ansågs överlämnad till rättstillämpningen.

I AD 31/79 (Bouvin) kompletterades vetoreglerna ytterligare. Arbetsgivaren måste i vissa situationer, vid oklarhet, genom kontakt med arbetstagersidan försöka reda ut vilka omständigheter som åberopas, när han överväger att inte följa vetot.

AD 94/82 (Stark) En enskild arbetstagare blir bunden av kollektivavtal när han blir medlem i en kollektivavtalsbunden organisation. Men när upphör medlemmens bundenhet av kollektivavtalet? Viss ledning för besvarandet av

frågan finns i 26 § andra stycket MBL där det sägs att bundenheten inte upphör i och med att arbetstagaren utträder ur organisationen. Lagstiftaren har alltså markerat att själva utträdet ur den kollektivavtalsbundna organisationen inte är en omständighet som medför att medlemmen blir fri från kollektivavtalet. Däremot har lagstiftaren inte angivit hur länge medlemmens bundenhet av avtalet kan bestå efter utträdet. Arbetsdomstolen konstaterade i domskälen att den frågan är överlämnad till rättstillämpningen och att i rättspraxis har utvecklats ”ett mönster av regler” för bundenheten.

I andra situationer står det mer eller mindre klart att lagstiftaren förväntar sig en insats från domstolens sida. Det kan uttryckligen ha delegerats till rättstillämpningen att precisera (se kap 5) eller skapa regler.⁵⁵⁵ Vissa frågor anses helt enkelt inte böra tas om hand av lagstiftaren utan i stället anförtros det rättsliga beslutsfattandet. I SOU 1982:60 s. 291 beskrivs t.ex. spörsmålet om bevisbördan i föreningsrättsmål som ”en...utpräglad rättstillämpningsfråga”.⁵⁵⁶ I sådana fall behöver ju ingen tvekan råda om lagstiftaravsikten. I prop 1973:129 s. 64 ansågs i samband med tillkomsten av LAS inte möjligt att konstruera en regel som med erforderlig tydlighet fångade upp fall då en uppsägning visserligen formellt hade gjorts av den anställde själv men då uppsägningen framtvingsats av arbetsgivaren eller hade sin grund i åtgärder från arbetsgivarens sida, t.ex. trakasserier eller hot. Man räknade med att de rättstillämpande organen skulle lösa uppkomna situationer i linje med de intentioner som låg bakom lagförslaget. Ett annat exempel återfinns i prop 1975/76:105 bil. 1 s. 333 där vissa frågor rörande förhållandet mellan aktiebolagslagstiftningen och MBL ansågs kunna överlåtas åt arbetsmarknadens parter och domstolspraxis att tills vidare forma rättsutvecklingen.⁵⁵⁷ Fenomenet är inte nytt. Både KAL och FFL var i väsentliga delar en ramlagstiftning, vars tillämpning och utfyllnad i detaljer överlämnats åt arbetsdomstolen.⁵⁵⁸

Vissa områden har mer eller mindre explicit överlämnats åt rättstillämpningen när det gäller utformningen av regler.⁵⁵⁹ Ett inom arbetsrätten välkänt exempel är begreppet ”arbetstagar”. Även arbetsgivarbe-

⁵⁵⁵ Se t.ex. prop 1974:77 s. 173 och prop 1975/76:105 Bil. 1 s. 275 och s. 327.

⁵⁵⁶ Även från rättstillämpningshåll kan uttryckas uppfattningar i frågan. I NJA 1966 s. 210 (omnämnd i Peczenik 1995a, s. 46) uttalade t.ex. Conradi att uppgiften att närmare bestämma skadeståndsrättens innehåll i vissa angivna avscenden inte ägnade sig för lagstiftning.

⁵⁵⁷ Ytterligare exempel kan hämtas från området för rättsförhållanden med internationell anknytning, prop 1975/76:105 bil 1 s. 327. Se även Bergqvist m fl, s. 75ff, och Sigeman 1997a, s. 38ff.

⁵⁵⁸ Göransson 1988, s. 345.

⁵⁵⁹ I AD 150/80, s. 933, talas om situationer där lagstiftaren överlämnat åt rättstillämpningen att göra en gränsdragning.

greppet har lämnats till rättstillämpningen att avgränsa.⁵⁶⁰ Andra begrepp för vilkas utveckling domstolens beslutsfattande varit av stor betydelse är "stridsåtgärd"⁵⁶¹, "kollektivavtal"⁵⁶² och "vikariat". Frågan om kollektivavtals verkningar i konkurs⁵⁶³ liksom frågan om vad som ska gälla när en arbetsgivare är bunden av konkurrerande kollektivavtal för en och samma verksamhet⁵⁶⁴ är andra områden där arbetsdomstolen haft stor betydelse för rättsutvecklingen. Detsamma gäller frågan om permitterings tillåtlighet,⁵⁶⁵ liksom frågorna om vilka krav som kan ställas på en förhandlingsframställning och vilka krav som ska vara uppfyllda för att förhandlingsskyldigheten ska anses vara fullgjord.

Man kan också från lagstiftarhåll ha givit uttryck för den uppfattningen att det inom rättstillämpningen bör finnas ett ordentligt tilltaget svängrum. När ARK i sitt förslag utformade motsvarigheteten till 11 § (13 §) till en allmänt hållen regel var det för att undvika risken för att en alltför detaljerat utformad regel skulle binda rättstillämpningen. Den skulle "följa utvecklingen i det praktiska livet på arbetsmarknaden och anpassa sin rättstillämpning efter den."⁵⁶⁶

Det kan också finnas ett väl tilltaget utrymme för arbetsdomstolens egen rättsbildning utan att det angivits vara avsikten.⁵⁶⁷

Det finns olika uppfattningar om var tyngdpunkten i rättsbildningen rätteligen bör ligga när det gäller rättsbildningen på arbetsmarknaden. En relativt vanlig uppfattning verkar vara att avtalslösningar vore att föredra framför lagstiftning.⁵⁶⁸ Det har också hävdats, att särskilt 1970-talets arbetsrättslagstiftning ledde till en juridifiering av rättsbildning – och tvistelösning – särskilt genom den betydelse som arbetsdomstolen fick som tolkare och tillämpare av den stora mängden nytillkommen lagstiftning.⁵⁶⁹

⁵⁶⁰ För exempel se AD 15/76, 105/76, 128/76, 5/77, 8/77, 40/77, 79/77, 4/78, 128/79, 145/79.

⁵⁶¹ För exempel se AD 85/75, 130/76, 54/77.

⁵⁶² För exempel se AD 22/74, 116/77, 61/78, 72/78, 124/78, 120/79, 78/80, 114/80.

⁵⁶³ Se t.ex. 9/74, 10/74, 95/78.

⁵⁶⁴ Se 9.2.5.

⁵⁶⁵ Se AD 2/76.

⁵⁶⁶ AD 118/79.

⁵⁶⁷ Se beträffande vikariat i AD 66/84.

⁵⁶⁸ Se bl.a. Olof Bergqvist i Malmborgs intervju i Lag och Avtal samt Bergqvist 1989.

⁵⁶⁹ För synpunkter se t.ex. Edlund 1982, s. 18f, Göransson 1988, s. 26 och 401ff samt Sigeman 1989 – 90, s. 203. Mathiesen talar, s. 115, om "justitiefiering" ("tendensen att politiska initiativ överflyttas till delar av rättsapparaten"). Samspelet mellan kollektivavtal och lagstiftning diskuteras i Fahlbeck 1987b.

Göransson avser med juridifiering "det förhållandet att samhälleliga och politiska konflikter kan ges ny karaktär genom att de transformeras till konflikter av rättslig art."⁵⁷⁰ Han refererar till Simitis som beskrivit juridifieringsprocessens metoder: lagstiftning, inflytande genom rättstillämpningen, administrativa åtgärder och en delegerad normgivningskompetens. I förevärande sammanhang, där främst förhållandet mellan lagstiftning och rättstillämpning är av intresse, ska Simitis synpunkter på valet mellan dessa två metoder återges.

"Gemeint ist...die vor allem im kollektiven Arbeitsrecht sichtbare Substitution des Gesetzgebers durch die Rechtsprüfung. Je weniger die politischen Instanzen bereit und in der Lage sind, soziale Konflikte auf sich zu nehmen, desto ausgeprägter ist der legislative Eskapismus, die Tendenz also, Entscheidungen auszuweichen und es den Gerichten zu überlassen, etwa die Legalitätsbedingungen von Arbeitskämpfen festzulegen...Die Verrechtlichung gerät damit zur "Verrichterlichung". Der Vorteil liegt auf der Hand: Der Gesetzgeber kann sich aus der Konfliktzone heraushalten, die Verrechtlichung findet aber dennoch statt."⁵⁷¹

I SOU 1994:99, s. 44, talas om "tendenser till en juridikens politisering och politikens judikalisering."

Peczenik talar om en av politikerna använd "justicialisering" i syfte att "så länge som möjligt slippa ansvar för kontroversiella beslut."⁵⁷²

I Wiklund, s. 26, förekommer uttrycket "juridifiering" med en helt annan innebörd än den ovan exemplifierade – som ett visst sätt att utföra argumentation på. "Justifieringen är en process genom vilken domarens argumentation *juridifieras* och kläs i en retorisk språkdräkt så att beslutet framstår som en logisk följd av ett sammanhängande och värderingsfritt resonemang."

En kategori av lagstiftaren oreglerade fall har väckt visst intresse under senare tid. Det kan vara så att lagstiftaren funnit en fråga så politiskt kontroversiell att man därför föredragit att överlåta åt rättstillämpningen att utforma reglerna.⁵⁷³ Som ett exempel på det nämnda fenomenet kan tas reglerna i 6 och 7 §§ FML om facklig förtroendemans rätt till skälig ledighet – i vissa fall med lön. Ingen måttstock gavs när reglerna infördes för vad som skulle anses skäligt, vilket innebar att arbetsdomstolen ålades en normgivningsuppgift. Förfarandet har betecknats som "en juridifiering av en olöst intressekonflikt i syfte att avpolitisera en känslig för-

⁵⁷⁰ A. a. s. 401.

⁵⁷¹ A. a. s. 404; se också s. 405, med en hänvisning till en artikel av Bruun om juridifieringens olika funktioner.

⁵⁷² Peczenik 1995a, s. 57.

⁵⁷³ För ett exempel från Tyskland se Göransson 1988, s. 136.

delningsfråga”.⁵⁷⁴ Ett annat exempel är frågan om tillåtligheten av stridsåtgärder i andra än fackliga syften. I ARKs uppdrag ingick bl.a. att finna en lösning på problemen rörande stridsåtgärder med internationell bakgrund. Resultatet av utredningsarbetet i den delen blev ett förslag om ett förbud mot stridsåtgärder med icke – fackligt syfte. Departementschefen fann det – efter kritik från löntagarhåll – inte motiverat att föreslå lagstiftning på området.⁵⁷⁵ I sammanhanget kan också nämnas ett uppmärksammat exempel från ett tidigare skede – införandet av regler rörande arbetsgivarens ”affärsledningsrätt”.⁵⁷⁶ Arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet formulerades ursprungligen i AD 52/30. I domen behandlades frågan huruvida ”arbetsgivarens affärsledningsrätt” (rätten att utan arbetstagarnas inblandning upprätthålla affärsförbindelser med andra yrkesutövare) skyddades av fredsplikt.

”Som enda argument för arbetsgivarens mera omfattande och generella rätt att leda och fördela arbetet, anfördes att den kunde anses ”härflyta ur avtalets förutsättningar”. Argumentet kan inte hänföras till parternas faktiska förutsättningar enligt det i målet aktuella kollektivavtalet, utan AD labore-rade i stället med en konstruerad partsvilja.”⁵⁷⁷

Ett fåtal år senare deklarerade arbetsdomstolen i AD 179/34 att man med hänsyn till arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet ”måste...antaga, att när tvist uppkommer rörande arbetsskyldigheten och denna tvist icke kan hinna lösas av arbetsdomstolen, innan arbetet är avsett att företagas, arbetsgivaren i regel har rätt att fordra, att arbetet utan hinder av tvisten utföres i avbidan på rättslig prövning av tvistefrågan.” Göransson konstaterar att normen om arbetsgivarens tolkningsföreträde alltså härleddes ur en av domstolen tidigare mycket knapphändigt motiverad norm. Det är svårt att tänka sig att dessa regler hade kunnat genomföras lagstiftningsvägen utan strid.

⁵⁷⁴ Sigeman 1989–90, s. 203, som här talar om en ”oäkta avvägningsnorm”. Lunning konstaterar, 1995–96, s. 1235, att det i brist på svenska lagstiftningsinitiativ blir ”organen nere i Europa” som får ta ställning till känsliga arbetsrättsfrågor.

⁵⁷⁵ Prop 1975/76:105 Bil. 1 s. 274f. Se även AD 15/80 och 91/84.

⁵⁷⁶ Göransson 1988, s. 261ff.

⁵⁷⁷ A. a. s. 261.

8. Laganalogi i arbetsdomstolen

8.1 Inledning

När arbetsdomstolen ställer sig frågan om en lag ska ges ”direkt eller analogisk” tillämpning⁵⁷⁸ aktualiseras skillnaden mellan lagtolkning och laganalogi. Skillnaden knöts i kap 2 till föreställningen om ett språkligt ”betydelseområde”. Med laganalogi avses här, som framgick, den typ av beslutsfattande som – för att använda en annan av arbetsdomstolens formuleringar – innebär att en regel ges tillämplighet utanför det i lagtexten angivna området.

Användandet av laganalogi förknippas ibland med att det finns en lucka i lagen. Ibland ter det sig dock mindre lämpligt att tala om lucka i samband med användning av analogi. Även om lagens ordalydelse inte rymmer en viss lösning, så kan lagstiftaren genom klara besked i förarbetena ha givit anvisning om att analogi bör användas.

Det har ibland varit svårt att avgöra om domstolen låtit en bestämmelse bli tillämplig utanför sitt betydelseområde genom analogi, eller om detta i stället tolkningsvis ansetts vidgat till att omfatta den typ av fråga som skulle besvaras.⁵⁷⁹ När det gällt att urskilja fall av laganalogi har kriteriet varit arbetsdomstolens i domskälen lämnade besked om hur man bedömt regelsituationen. Att domstolens sätt att uttrycka sig ibland kunnat framkalla tveksamhet framgick i kap 2.

Laganalogier förekom i betydande omfattning. Det förekom också att man avvisade tanken på analogi. Det var vanligt att de resonemang som ledde fram till ståndpunkten att analogi skulle accepteras eller avvisas var relativt utförliga. I vissa fall gavs emellertid ingen motivering till det gjorda ställningstagandet. Några exempel på det senare ska ges.⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ T.ex. AD 124/78 och AD 24/77 där det görs skillnad mellan vad som gäller ”omedelbart” och vad som ”uppenbarligen [får] motsvarande tillämpning”. Se även rubriken till AD 4/92, en dom som visserligen ligger utanför undersökningsperioden. Ordföranden i målet har dock varit verksam under densamma – och bidragit med flera i undersökningen använda domar.

⁵⁷⁹ Strömholm 1996, s. 487, om ”den klassiska frågan om gränsen mellan extensiv tillämpning och analogi”.

⁵⁸⁰ Peczenik 1980, s. 93, anser ett påstående om analogi utan motivering vara ”i princip värdeöst”. Det krävs att man talar om varför analogin valdes i stället för motsatsslut, eller tvärtom. För ett exempel på analogi utan motivering se Göransson 1997a, s. 275.

AD 57/74 (Stark) Enligt 19 § andra stycket i 1974 års LAS var arbetsgivare som avskedat arbetstagare skyldig att *på begäran* av arbetstagaren uppgge de omständigheter som åberopades som grund för avskedandet. En arbetsgivare, A, hade i samband med avskedande av B *självmant*, i skriftligt besked, angivit grunden för avskedandet. Arbetsdomstolen fann arbetsgivaren "åtminstone i princip" lika bunden av den självmant lämnade upplysningen som av ett besked efter begäran av arbetstagaren. Inget skäl angavs för ståndpunkten.

I AD 47/76 (Stark) ansågs en kärende kunna ändra sin talan enligt grunderna för 13 kap 3 § första stycket RB. Ingen motivering för ett accepterande av analogin angavs.

I AD 129/76 (Ljungar) ansågs en arbetsgivare ha skilt en arbetstagare från anställningen på sådant sätt att det var att likställa med avskedande. Ingen motivering för likställandet gavs.

I AD 65/78 (Lind) jämfördes primär förhandling med tvisteförhandling med avseende på de krav som gäller för förhandlingsframställnings innehåll. Inga skäl angavs, ("bör"). Dessutom jämfördes i visst avseende beslut att permittera med beslut om uppsägning på grund av arbetsbrist. Enligt uttalanden i förarbetena till LAS ska ett av arbetsgivaren framfört påstående om att arbetsbrist utgjort grunden för en uppsägning inte godtas, om arbetsgivaren i själva verket haft andra motiv för uppsägningen. I sådant fall får tillåtligheten av uppsägningen prövas med hänsyn till den verkliga grunden för den. Enligt arbetsdomstolen "måste" motsvarande synsätt anläggas när det gäller att ta ställning till om arbetsgivaren har haft objektivt godtagbar orsak att permittera.

I AD 76/78 jämfördes, utan motivering, "permittering på grund av arbetsbrist" med uppsägning på grund av arbetsbrist när det gällde domstols befogenhet i princip att gå in på de bedömningar av företagsekonomisk natur som ligger till grund för arbetsgivarens beslut att genomföra en driftsin-skränkning.

I AD 25/79 (Lind) diskuterades om en händelse om vilken arbetsgivaren fått kännedom först efter det att arbetstagaren avskedats och anställningen alltså upphört skulle få åberopas som grund för avskedandet. Domstolen refererade ett förarbetsuttalande rörande uppsägning, enligt vilket en arbetsgivare skulle kunna åberopa omständigheter som inträffat eller som han fått kännedom om under uppsägningstiden. Det föreliggande fallet "måste" enligt den bedömning som gjordes av domstolen behandlas "på motsvarande sätt": arbetsgivaren var berättigad att till grund för avskedandet också åberopa en omständighet som han fått kännedom om först efter det att arbetstagarens anställning upphört.

I AD 147/79 (Stark) tillämpades – utan motivering – grunderna för 2 kap 7 § andra stycket LRA.

Som nyss nämnts var det emellertid vanligt att arbetsdomstolen i samband med användande eller avvisande av analogi angav bakgrunden till sitt ställningstagande. I fortsättningen ska uppmärksamheten riktas mot dessa situationer.

Som karaktäristiskt för laganalogin brukar anges att den ska bidra till att lika fall behandlas lika.⁵⁸¹ Det är uppenbart att bedömningen av likhet i många fall måste bereda problem. När är t.ex. gränsen för tillräcklig likhet uppnådd? Det gäller för domstolen att ta ställning till om det till prövning föreliggande fallet förete sådana likheter med de i lagen avsedda att det motiverar en likartad behandling.⁵⁸² Ett ställningstagande till förmån för analogi kräver att likheterna är *väsentliga*.⁵⁸³

Ett par exempel på domstolens likhetsbedömning ska anföras.

I AD 91/80 (Lind) jämfördes visst exploateringsavtal med entreprenad med följd att 38 § MBL ansågs tillämplig. Skälen för analogin var följande.

1. Exploateringsavtalet hade i realiteten åstadkommit en situation som i sak mycket påminde om den som föreligger vid entreprenad. Arbetsgivaren hade själv betecknat arrangemanget som entreprenad. 2. Den faktiska verkan var att arbetsgivarens anställda inte fick tillfälle att utföra visst arbete.

I AD 135/84 (Sköllerholm) hade arbetstagaren H lämnat arbetet före den ordinarie arbetstidens slut. Arbetsdomstolen fann att förfarandet var ett medvetet brott mot centrala kollektivavtalsbestämmelser, för vilket H inte kunde undgå skadeståndsskyldighet. När det gällde att bestämma skadeståndets storlek gjordes en jämförelse med olovliga stridsåtgärder från arbetstagens sida. Hs förfarande befanns förete "avsevärda paralleller" med en kortvarig olovlig stridsåtgärd, varför domstolen ansåg sig böra tillämpa samma principer för bestämmande av skadeståndet som vid fredspliktsbrott.

I båda fallen framhävde domstolen likheten mellan å ena sidan det till prövning föreliggande, oreglerade fallet och å andra sidan av lagstiftaren reglerade fall.

⁵⁸¹ Håstad konstaterar, s. 403: "Fastän det inte finns något stadgande därom i grundlagen, är det ett allmänt omfattat mål att lika fall skall behandlas lika i lagstiftningen och rättstillämpningen." Tanken att lika fall bör behandlas lika kan grundas på hänsyn till såväl rättvisa som rationalitet, se Peczenik 1988, s. 289, (i a. a. s. 294, sägs det vara fråga om en avvägning mellan rättvis- och beräknelighetskrav). Frändberg uttalar, 1973, s. 161, om principen "lika skall behandlas lika" att den är "så intill meningslöshet vag att man gör klokt i att inte använda den".

⁵⁸² Strömholm 1996, s. 457ff.

⁵⁸³ Peczenik 1980, s. 86, där också tre steg för besvarande av frågan om väsentlighet anges. Strömholm a. a. s. 459.

Andra gånger befanns likheten mellan de reglerade fallen och det till bedömning föreliggande fallet inte är tillräcklig för att motivera analogi. Några exempel ska ges.

AD 93/76 (Lind) I 37 § andra stycket 1974 års LAS fanns regler om preskription av talan när arbetstagaren ville göra gällande att arbetsgivarens uppsägning eller avskedande var ogiltig. Var de tillämpliga även när det var fråga om huruvida en arbetstagare hade sagt upp sig eller inte? Tanken på analogi avvisades. Domstolen fann preskriptionsreglerna i 37 § LAS vara ett led i ett större regelsystem med en alldeles speciell uppbyggnad. Då kunde man inte utan uttryckligt stöd i lag anta att samma preskriptionsbestämmelser skulle gälla i den helt artskilda situationen där frågan var om en arbetstagare sagt upp sig eller inte.

Två med varandra jämförda situationer bedömdes som artskilda.

AD 136/77 (Stark) Var en s.k. garantiblockad att jämställa med indrivningsblockad? Regeln i 41 § sista stycket MBL befanns böra ges ett snävt tillämpningsområde. Ställningstagandet underbyggdes med följande argument. Förarbetena innehöll ett uttryckligt stöd för indrivningsblockadens tillåtlighet. Något sådant stod däremot inte att finna beträffande garantiblockad. De två typerna av blockad kunde inte anses jämförbara eftersom dels tillämpningsområdet för garantiblockaden inte är lika klart avgränsat som för indrivningsblockaden, dels situationerna skilde sig åt. För det tredje återopades traditionen. För det fjärde beaktades fredspliktens centrala betydelse för det kollektivavtalsrättsliga området.

I AD 86/78 (Bouvin) avvisades tanken på att frånvaro från arbetet för att avtjäna fängelsestraff skulle kunna jämföras med vissa lagenliga typer av rätt till ledighet. Som den väsentliga skillnaden framhölls att det i det förra fallet är arbetstagaren själv som förorsakat att han inte kunnat fullgöra sin arbetsskyldighet.

I AD 76/80 (Stark) ansågs inte 4:7 LRA tillämplig. Likhetsbedömningen utföll till nackdel för analogi: "Fallet skiljer sig...på ett så avgörande sätt från den situation som åsyftas med [lagregeln] att denna regel inte bör anses tillämplig i detta fall."

I det i undersökningen ingående materialet finns åtskilliga exempel på att arbetsdomstolen valde att vara restriktiv med att använda analogi – man gjorde motsatsslut.⁵⁸⁴ Det kunde tyckas att ett beslut att inte använda sig av analogi vore tillräckligt motiverat med hänvisning till att det aktuella

⁵⁸⁴ Peczenik 1980, s. 85f: "Motsatsslut föreligger då man underlåter att tillämpa en lagregel på andra fall, dvs fall som lagregeln inte uttryckligt reglerar." Det är "laganalogins direkta motsats", Strömholm a. a. s. 462.

fallet inte täcks av något lagrums språkliga betydelseområde. Motsatsslutet skulle kunna sägas vara uttryck för respekt för lagen.⁵⁸⁵ Som nyss framgått ansåg domstolen det emellertid i vissa situationer försvarligt att använda regler för avgörande av tvister även när de inte var direkt tillämpliga. Det är sådana situationer som ska behandlas i det närmast följande.

8.2 Situationer i vilka arbetsdomstolen funnit anledning att göra laganalogi.

Det förekommer att lagstiftaren ger signaler genom uttalanden i förarbetena rörande analog tillämpning av lagregler. I ett antal fall har arbetsdomstolen ansett att en uppsägning från arbetstagarens sida varit att jämställa med en uppsägning från arbetsgivarens sida.

AD 35/75 (Stark) Arbetstagaren T hade sagt upp sin anställning. Arbetsdomstolen fann att omständigheterna vid Ts uppsägning var sådana att det skulle strida mot de principer på vilka LAS vilade att betrakta uppsägningen som bindande för T. I domskälen hänvisades till uttalanden i såväl kommittébetänkande som proposition. I prop 1973:129 s. 128f konstateras att det kan förekomma uppsägningar

”som visserligen formellt görs av den anställda själv men som i realiteten har föranletts av arbetsgivaren. Arbetsgivaren kan t.ex. ha hotat med uppsägning men förklarat sig vilja ge arbetstagaren tillfälle att säga upp sig själv. Det kan också tänkas att en uppsägning från arbetstagarens sida föranletts av trakasseri från arbetsgivaren. Sådana situationer får...lösas av de rättstillämpande organen med beaktande av de syften som ligger bakom lagstiftningen. Visar det sig att en arbetsgivare genom otillbörligt handlande har förmått en anställd att själv säga upp sig, är det i själva verket fråga om en situation som är helt jämförlig med den som föreligger när en arbetsgivare säger upp en arbetstagare utan saklig grund. Enligt min mening kan detta beaktas i rättstillämpningen så att arbetstagaren ges samma rättsskydd som om det hade varit fråga om en uppsägning från arbetsgivarens sida utan saklig grund.”

Arbetsdomstolen dömde ut lön för tiden från uppsägningstidens utgång till dagen för dom i målet och ålade arbetsgivaren att utge skadestånd enligt 38 § LAS.

7 § LAS behandlar endast uppsägning från arbetsgivarens sida. Det går

⁵⁸⁵ Peczenik 1988, s. 291.

alltså inte att subsumera fallet under lagtexten – de omständigheter som förelåg i det konkreta fallet skulle inte, utan våldförande på språket, kunnat passas in under regeln. Samtidigt föreligger ett alldeles klart besked från lagstiftaren om att lagregeln ska tillämpas analogt. Avgörandet har bekräftats i senare domar och rättsläget har utvecklats.

AD 74/75 (Stark) En arbetstagare E misstänktes för oredlighet vid biljettförsäljning. Vid förhör på arbetsgivarens (L) kontor med anledning därav undertecknade hon en av L i förväg utskriven uppsägningshandling. I arbetsdomstolen hävdades att E förmått säga upp sig genom otillbörligt handlande från Ls sida och att uppsägningen därför var ogiltig. Efter konstaterande av att uppsägningen skett på föranledande av L tog domstolen ställning till om L handlat på ett sätt som inte överensstämde med god sed på arbetsmarknaden eller på annat sätt var att anse som otillbörligt. I domen hänvisades till lagens förarbeten och till AD 35/75. Om en arbetsgivare genom otillbörligt handlande har förmått en anställd att själv säga upp sig, ska den situationen anses "helt jämförlig med" den som föreligger när en arbetsgivare säger upp en arbetstagare utan saklig grund. Arbetsgivaren ålades också att utge skadestånd enligt 38 § LAS.⁵⁸⁶ I ett minoritetsvotum sades klart ut att det var fråga om en analogitillämpning av LAS. Det hade gällt att beakta "de syften som ligger bakom lagstiftningen".

I de nyss refererade domarna AD 35/75 och 74/75, som gällde s.k. provocerad uppsägning, förklarades arbetstagarnas uppsägningar ogiltiga i analogi med vad som gäller enligt 7 § LAS vid uppsägning utan saklig grund från arbetsgivarens sida. Det skedde med hänvisning till förarbetsuttalanden. Även 38 § LAS ansågs tillämplig. I senare domar har även andra bestämmelser i LAS ansetts tillämpliga i fall rörande provocerade uppsägningar. Däremot ansågs i AD 74/75 inte bestämmelserna om var-selskyldighet i LAS tillämpliga på det fall av provocerad uppsägning som där var aktuellt.⁵⁸⁷

AD 200/77 (Lind) I 34 § andra stycket i 1974 års LAS angavs att om tvist uppkom om giltigheten av uppsägningen, så skulle anställningen inte upphöra till följd av uppsägningen förrän tvisten slutligt prövats. Arbetsgivaren fick inte heller avstänga arbetstagaren från arbete på grund av den omständighet som föranlett uppsägningen annat än om särskilda skäl förelåg. Arbetstagaren hade rätt till lön och andra anställningsförmåner för den tid anställningen bestod. Arbetsdomstolen beaktade att i propositionen fanns uttalanden rörande provocerade uppsägningar av innebörd att arbetstagare i

⁵⁸⁶ Se även AD 103/76.

⁵⁸⁷ Se AD 65/85 nedan, där man inte ansåg att särskilt skadestånd borde utgå för åsidosättande av formföreskrifter eller förfaranderegler i LAS.

sådana fall skulle ges "samma rättsskydd" som om det varit fråga om en uppsägning utan saklig grund från arbetsgivarens sida. När man fann att bestämmelserna i 34 § andra stycket skulle tillämpas även i tvister om provocerad uppsägning åberopade man a) att bestämmelserna utgjorde ett viktigt moment i det system till skydd för anställningstryggheten som uppställts i lagen, b) nyss nämnda propositionsuttalande, c) de ändamålssynpunkter som enligt förarbetena bar upp bestämmelserna, d) tidigare rättspraxis beträffande provocerade uppsägningar.⁵⁸⁸

AD 99/82 (Stark) En arbetstagare O sade upp sin anställning hos S och gjorde sedan gällande att uppsägningen skulle jämföras med en uppsägning från arbetsgivarens sida. Arbetsdomstolen hänvisade till tidigare domar i liknande fall och uttalade att den i sin praxis antagit att en uppsägning av arbetstagaren själv under särskilda omständigheter kunde vara *att jämföras med* en uppsägning från arbetsgivarens sida, detta "med stöd av uttalanden i antäkningslagens förarbeten". Det framgick också att för bedömningen av om ett jämförande ska ske eller inte i tidigare domar utvecklats en formel, ett "synsätt": Arbetstagarens åtgärd ska ha föranletts av arbetsgivaren som därvid ska ha handlat på ett sätt som inte överensstämmer med god sed på arbetsmarknaden eller som eljest måste anses otillbörligt.

Arbetsdomstolen kan alltså sägas genom analogi, med utgångspunkt från ett klart besked från lagstiftaren, ha utformat följande regel: Med uppsägning av arbetsgivaren ska jämföras uppsägning från arbetstagarens sida om arbetstagarens åtgärd har föranletts av arbetsgivaren⁵⁸⁹ och denne därvid har handlat på ett sätt som inte överensstämmer med god sed på arbetsmarknaden eller som eljest måste anses otillbörligt.⁵⁹⁰

I AD 65/85 (Sköllerholm) diskuterades ett eventuellt brott mot grunderna för 18 § LAS. En arbetstagare L lämnade efter ordväxling med arbetsgivaren arbetsplatsen. Därefter utförde hon inget arbete för arbetsgivarens räkning. När en tvist om det inträffade sedermera prövades i arbetsdomstolen var parterna överens om att hennes anställning upphört. Domstolen underkände arbetstagarens ståndpunkt att arbetsgivaren avskedat eller sagt upp L och fann att hon själv frånträtt sin anställning hos arbetsgivaren. Fråga uppkom om arbetsgivaren ändå skulle anses ha gjort sig skyldig till brott mot grunderna för 18 § LAS, eller – annorlunda uttryckt – om omständig-

⁵⁸⁸ I den utanför undersökningsperioden liggande domen AD 47/91 befanns även pre-skriptionsbestämmelserna i 41 och 42 §§ i 1982 års LAS tillämpliga i ett fall som rörde provocerad uppsägning.

⁵⁸⁹ För exempel på ett fall där uppsägningar inte ansetts ha skett på föranledande av arbetsgivaren i denna mening se AD 117/76.

⁵⁹⁰ Till frågan om vad som ska bedömas som otillbörligt se AD 117/82. I AD 102/84 ifrågasattes om regeln är mera långtgående än allmänna avtalsrättsliga ogiltighetsregler. Se även AD 84/85.

heterna vid Ls frånträdande av anställningen varit sådana att situationen var att jämställa med ett avskedande. Argumenteringen i den del av domskälen som rör en eventuell analogisk tillämpning av 18 § LAS inleddes med ett konstaterande rörande tillämpningen av 7 § LAS om uppsägning. Efter en redogörelse för det synsätt som utvecklats i praxis konstaterades att det "självfallet" inte var uteslutet att en arbetstagares eget frånträdande av anställningen utan iakttagande av anställningstid på motsvarande sätt kunde vara att jämställa med ett avskedande från arbetsgivarens sida. I det fall som förelåg till prövning ansågs omständigheterna vid Ls frånträdande av anställningen ha varit sådana att situationen var att jämställa med att arbetsgivaren avskedat L utan giltig grund.

Att det i här aktuellt avseende skulle föreligga någon skillnad mellan reglerna om uppsägning och avskedande framstod uppenbarligen som uteslutet för arbetsdomstolen även om lagstiftaren givit besked endast om uppsägningsfallen.⁵⁹¹ Det genom analogier skapade rättsläget kan beskrivas på följande sätt. En uppsägning från en arbetstagare kan komma att jämställas med en uppsägning från arbetsgivarens sida och en arbetstagares frånträdande av en anställning kan komma att jämställas med ett avskedande från arbetsgivarens sida. För att så ska ske och för att skadestånd enligt LAS ska kunna utdömas krävs dock att arbetstagarens åtgärd ska ha föranletts av arbetsgivaren och att arbetsgivaren därvid har handlat på ett sätt som inte överensstämmer med god sed på arbetsmarknaden eller som eljest måste anses otillbörligt. Det krävs inte att arbetsgivaren direkt syftat till att förmå arbetstagaren att lämna sin anställning. Det räcker med att arbetsgivaren insett att han genom sitt handlande framkallat en svår situation för arbetstagaren och därmed en risk för att arbetstagaren skulle finna för gott att lämna sin anställning.

I AD 89/78 (Stark) behandlades – efter konstaterandet att en arbetsgivare enligt LAS kan skilja en arbetstagare från anställningen antingen genom uppsägning eller genom avskedande och att uppsägningen respektive avskedandet sedan på begäran av arbetstagaren kan prövas av domstol – ett par andra situationer där en domstolsprövning också kan komma till stånd. En sådan situation kan vara den nyss behandlade att det visserligen är arbetstagaren som på eget initiativ lämnat sin anställning, men att han föranletts därtill av ett otillbörligt handlande från arbetsgivarens sida. En annan, som inte kunde sägas vara reglerad i rättskällorna, var frågan om hur en trakasseriatgärd från arbetsgivarens sida som inte lett till att arbetstagaren lämnat sin anställning (t.ex. en omplacering i det direkta syftet att förmå arbetstagaren att själv säga upp sig) var att bedöma. Det uttalades att en rättslig prövning av omplaceringen borde kunna ske – även om den alltså inte lett till åsyftat

⁵⁹¹ Rättsläget efter domen sammanfattas i AD 65/91 s. 387.

resultat. Stödet för ståndpunkten angavs vara ”grunderna för anställnings-skyddslagen”. Några argument utöver det nyss nämnda anfördes inte för analogin.⁵⁹²

Eftersom domstolen i det aktuella fallet inte fann att någon trakasseriåtgärd vidtagits (syftet med omplaceringen var inte att förmå arbetstagaren att lämna sin anställning) kan väl analogibeskedet ses som ett obiter dictum.

I AD 80/84 (Lind) prövades om en arbetsgivare hade haft rätt att p.g.a. arbetstagarens individuella förhållanden avstå från hans arbetsinsatser utan att säga upp honom. Om åtgärden vidtagits i syfte att förmå arbetstagaren att säga upp sig själv ansågs den – som stridande mot grunderna för LAS – rättsstridig och skadestånd kunna komma i fråga.

Analogi kan vara ett sätt att främja syftet med en lagregel.

I AD 12/76 och AD 95/76 likställdes vissa åtgärder från arbetsgivarens sida (väsentliga förändringar av arbetstagares arbetsuppgifter) med avstängning enligt 34 § andra stycket LAS. Ett tillgodoseende av lagregelns syfte fick motivera en analogi.

I AD 58/78 (Lind) diskuterades om vissa begränsningar av arbetstagarens allmänna arbetsuppgifter som resebyråtjänsteman kunde ”jämföras med” en avstängning från arbetet. Så befanns vara fallet. Som skäl angavs att syftet med bestämmelserna i 34–36 §§ LAS är att arbetsgivaren inte ska få undanhålla arbetstagaren arbetsuppgifter med hänvisning till det beteende från arbetstagaren som arbetsgivaren har lagt till grund för uppsägning respektive avskedande. Förarbeten och tidigare praxis åberopades.

I AD 92/78 (Lind) var en av frågorna huruvida bestämmelsen om avstängning i 34 § andra stycket i 1974 års LAS var tillämplig på avstängning som beslutats innan uppsägning skett. Domstolen fann bestämmelsens ordalydelse förutsätta att uppsägningsbeslutet i tiden föregick avstängningen, men att syftet med lagrummet (bl.a. att tillförsäkra arbetstagarna en rätt till arbetsplatsen i fall när det råder tvist mellan arbetsgivare och arbetstagare i frågan huruvida saklig grund föreligger) lätt skulle kunna motverkas om lagrummet ”tolkades” alltför formellt. Syftet blev – trots att bestämmelsens ordalydelse pekade i annan riktning – bestämmande för utgången i målet i denna del.

Ändamålet med regeln ställdes i centrum. Man ville inte genom sitt sätt att tillämpa lagregeln försämra arbetstagarens ställning när det gäller rätten till arbetsplatsen vid tvist om huruvida saklig grund för uppsäg-

⁵⁹² Se om domen i särskilt yttrande i AD 3/83.

ningen förelegat. Man avvisade bara tanken på en sådan formell tolkning som arbetsgivarparten hävdade i målet och fann 34 § 2 stycket LAS *tilllämpligt* – emot ordalydelsen, som ju förutsatte att en uppsägning hade skett. Även i avsaknad av ”analogimarkör” i domskälen, förefaller det klart att det här är fråga om laganalogi.

I AD 94/77 lade en minoritet av arbetstagarledamöter större vikt än majoriteten vid syftet med bestämmelsen (att skapa förutsättningar för effektiv facklig verksamhet i driftsinskränkningssituationer). Lagtextens ordalydelse nämndes inte i minoritetens uttalande. Såvitt framgår av argumentationen gällde det i första hand att främja syftet med bestämmelsen.

Minoriteten gick renodlat på ändamålet med regeln.

I AD 8/80 ansåg en minoritet av arbetstagarledamöter att ett skydd mot lönebortfall borde kunna ”härledas ur arbetsmiljölagens grunder”. Det bedömdes som uteslutet att lagstiftaren skulle ha funnit det vara förenligt med den lagändring som då nyligen genomförts att den skulle kunna medföra ett lönebortfall för arbetstagarna. En sådan försämring av anställningsvillkoren skulle ”med all säkerhet” inte ha accepterats av lagstiftaren om saken belysts i lagstiftningsärendet. ”Frågan skulle heller inte ha kunnat lämnas obeaktad med hänvisning till att saken skulle kunna lösas avtalsvägen av arbetsmarknadens parter.”

En förmodad lagstiftaravsikt uppmärksammades och tillades avgörande vikt.

AD 125/83 (Lind) Ett antal arbetstagare sades upp från sina anställningar på grund av arbetsbrist, bl.a. H och B. En tid efter uppsägningarna fick B, som hade kortare anställningstid än H, en förlängning av sin uppsägningstid med drygt fem månader. Tingsrätten, som var första instans, fann att det var mest förenligt med LASs syfte att anse ett erbjudande om förlängning av uppsägningstid som ett erbjudande om ny anställning. Erbjudandet om förlängning likställdes alltså med erbjudande om ny anställning. Arbetsdomstolen, som inte bara fastställde tingsrättens domslut utan också godtog dess motivering, gjorde tillägget att syftet med 25 § LAS är att tillförsäkra arbetstagare med längre anställningstid företräde framför anställda med kortare anställningstid.⁵⁹³

Syftet med en lagregel tillgodosågs. I propositionen talas i samband med 25 § LAS om en rätt till återanställning hos *den tidigare arbetsgivaren*. Det sägs också att återanställningsrätten kan förhindra ett kringgående av anställningsskyddet genom att en arbetsgivare gör driftsinskränkningar

⁵⁹³ Se prop 1973:129 s. 163.

för att därefter *nyanställa* andra arbetstagare. Lagstiftaren förefaller alltså ha velat tillgodose de uppsagda arbetstagarnas intressen i förhållande till inte anställda personer. Språkligt ter det sig främmande att låta uttrycket ”erbjudande om ny anställning” (tingsrättens dom s. 819 i ADs domsamling) omfatta även ”erbjudande om förlängning av uppsägnings-tid”. Däremot finns ingenting som hindrar en analog tillämpning av 25 § LAS. Det kan noteras att tingsrätten fann det mest förenligt med anställningsskyddslagstiftningens syfte att anse de två typerna av erbjudande som likvärdiga i rättsligt avseende.⁵⁹⁴

AD 143/88 (Tocklin) En arbetsgivare hade ingått avtal om anställning med J. J. hävdade att avtalet gällt anställning under ett år, medan arbetsgivaren påstod att det varit fråga om en provanställning under en månad. Arbetsdomstolen fann att den situationen att parterna är ense om att det föreligger en tidsbegränsad anställning men är oense om vilken begränsning som har avtalats inte berörts av lagstiftaren och inte heller prövats i rättstillämpningen. Domstolen tog här sin utgångspunkt i en annan situation än den som förelåg till bedömning, nämligen den att oklarhet föreligger om huruvida parterna kommit överens om annan anställning än tillsvidareanställning. Där finns en regel grundad på förarbetsuttalanden och praxis om att oklarheten ska gå ut över den part som påstår att överenskommelsen inte avser tillsvidareanställning. Arbetsdomstolen fann att det med hänsyn till anställningsskyddslagens syften låg närmast till hands att tillämpa en motsvarande regel i den aktuella situationen.

Lagens syften tillgodosågs.

Systematiska överväganden förekom i samband med laganalogi.

AD 133/86 (Eklundh) En arbetstagare M var ledig från sin anställning för att delta i en AMU-kurs. Tvist uppkom rörande frågan om Ms ledighet utgjorde semesterlönegrundande frånvaro eller ej. Avgörande var om M skulle anses ha varit ledig på grund av sjukdom enligt semesterlagen 17 § första stycket 1. När det gällde tillämpningen av semesterlagens regel om att sjukledighet är semestergrundande finns inga förarbetsuttalanden. Det framhölls att semesterlagens regel i flera hänseenden utformats under beaktande av socialförsäkringslagstiftningens innehåll och att det då framstod som ”naturligt” att vid bedömningen av om ledigheten berott på sjukdom ta reglerna inom socialförsäkringen som utgångspunkt. Att arbetstagaren bedömts

⁵⁹⁴ Två omständigheter talar mot att arbetsdomstolens tillägg rörande paragrafens syfte är rättvisande. För det första återfinns inget uttalande av departementschefen med nyss angiven innebörd på det återopade stället i propositionen (s. 163). För det andra finns särskilda bestämmelser i 26 § LAS som reglerar förhållandet mellan arbetstagare hos samma arbetsgivare: ”Arbetstagare med längre anställningstid har företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid.”

som arbetsoförmögen i socialförsäkringshänseende utgjorde ”ett starkt stöd för” att anse att ledigheten var förorsakad av sjukdom ”också i semesterlagens bemärkelse”. Det fanns inte någon grund för att göra skillnad mellan arbetstagare som är föremål för rehabiliteringsåtgärder och arbetstagare som inte är det eller mellan dem som undergår medicinsk och dem som undergår exempelvis yrkesinriktad rehabilitering. Intressant är att domstolens tillämpning ledde till en viss överkompensation till M för hans inkomstbortfall. Denna *konsekvens* kunde ”inte påverka tillämpningen av semesterlagens regler”.

Analogi användes utifrån systematiska överväganden. En påtalad, icke önskvärd, konsekvens av ställningstagandet vägde lätt.

I den i 4.2.1 refererade AD 55/85 behandlades den ur analogisynpunkt intressanta frågan om förlängningstiden ”begreppsmässigt” enligt LAS var att betrakta som uppsägningstid.

Det är svårt att veta vad arbetsdomstolen ville markera med uttrycket ”i ett fall som detta”, men det finns inget som tyder på att fallet skulle vara unikt. I stället kan sättet att argumentera ses som uttryck för att arbetsdomstolen i vissa situationer är beredd att gå relativt långt för att komplettera regelsystemet – i detta fall genom en analogi. Vilka skulle dessa situationer vara? Domen medger naturligtvis ingen uppräkningslista av dem, men pekar i riktning mot en benägenhet att mera se till hur systemet i dess helhet är uppbyggt och hur de olika reglerna samverkar än till den enskilda bestämmelsens språkliga utformning.

Analogi kunde också användas i försök att förhindra kringgående av tvingande skyddslagstiftning.

I AD 40/78 (Lunning) uttalade domstolen, att en omvandling av en tillsvidareanställning till en tidsbegränsad anställning som sker på arbetsgivarens initiativ kan vara att jämställa med en uppsägning och – om det saknas fog för åtgärden – förklaras sakna verkan såsom stridande mot grunderna för LAS. Huvudargumentet för en analogi tycks ha varit risken för ett kringgående av LASs regler.

AD 215/77 (Stark) I 1974 års LAS stadgades i 34 § första stycket andra punkten att en i en arbetsbristsituation vidtagen uppsägning som angreps enbart på den grunden att den stred mot en turordningsbestämmelse inte kunde ogiltigförklaras. En arbetsgivare R sade, med åsidosättande av turordningsbestämmelserna, upp fyra arbetstagare. R hade inte misstagit sig rörande reglerna utan uppsägningarna skedde av personliga skäl. Domstolen konstaterade att brott mot turordningsreglerna kan se olika ut: 1. Avsteget kan bero på missuppfattning av reglerna, med endast skadeståndsansvar som följd. 2. Avsteget kan göras med hänsyn till sådana personliga moment

som normalt brukar diskuteras i turordningssammanhang, t.ex. kvalifikationer för arbetsuppgifter som kan bli aktuella efter omplacering. Även här aktualiserades endast skadeståndsansvar. 3. Avsteget kan ha föreningsrättslig bakgrund. Uppsägningen kan då ogiltigförklaras. 4. Avsteget kan ske på grund av andra personliga skäl än sådana som normalt beaktas i turordningssammanhang. Enligt arbetsdomstolen borde ogiltigförklaring här kunna ske "[p]å samma sätt" som i föreningsrättsfallen. "Ett annat betraktelsesätt...skulle innebära att en arbetstagare i en arbetsbristsituation, som på grund av turordningsreglerna egentligen inte berör honom, skulle ha ett mer inskränkt skydd mot uppsägning utan saklig grund än som eljest tillkommer honom."

Inga diskussioner redovisades om lagtextens innebörd eller om förarbetssuttalanden. Det utesluter naturligtvis inte att domstolen ansett den valda lösningen ligga i linje med något lagstiftarändamål, men det framgår i så fall inte av domskälen. Den aktuella situationen jämfördes med föreningsrättsfallet, med ett konstaterande av att ett annat betraktelsesätt än det av domstolen anlagda skulle innebära att en arbetstagare i en arbetsbristsituation, som på grund av turordningsreglerna egentligen inte berör honom, skulle ha ett mer inskränkt skydd mot uppsägning utan saklig grund än som eljest tillkommer honom. Det kan ha funnits en kringgåendetanke, vilket i så fall får anses ligga nära ett beaktande av lagstiftarens syfte. Det finns förarbetssuttalanden som avser den situation som behandlades i domen: "en möjlighet...för ansvarslösa arbetsgivare att via dessa bestämmelser bli av med en arbetstagare som han av anledningar, vilka i själva verket hänför sig till arbetstagarens person, inte vill behålla." (prop 1973:129 s. 184) De återropades inte i domskälen.

AD 141/81 (Lind) Åkare J hade avtal med IKEA (I) om förtursrätt till transporter. J utnyttjade förtursrätten till förmån för åkaren R, som i viss utsträckning fick ombesörja returfrakter till I. Utförde R arbete för Js räkning eller i hans verksamhet och förelåg förhandlingsskyldighet enligt 38 § MBL? Arbetsdomstolen fann att ett visst betraktelsesätt framstod som naturligt vid betraktande av grunderna för 38 § MBL. Påståendet motiverades med att syftet med bestämmelserna i 38–40 §§ MBL var att ge de fackliga organisationerna möjlighet att efter förhandlingar hindra att arbete utfördes i strid mot lag eller avtal. Skulle det nyss beskrivna arrangemanget falla utanför 38 § MBL skulle det betyda att J kunde låta R utföra arbete för en beställares räkning utan möjligheter för den fackliga organisationen att undersöka om R drev ett seriöst företag. Detta ansågs inte förenligt med grunderna för 38 §.

Domstolen beaktade syftet med lagstiftningen – men också konsekvenser. Det förefaller ha funnits en tanke på kringgående här.

Det förekom också situationer då analogin användes för att undvika oönskade konsekvenser av beslutsfattandet.

AD 139/86 (Sköllerholm) Var arbetsdomstolen behörig att hänvisa ett mål till tingsrätt? Den situation som skulle bedömas ansågs inte "uttryckligen reglerad". En arbetstagare W, medlem i en facklig organisation, tilldelades av sin arbetsgivare en varning. Förbundet yrkade vid arbetsdomstolen att varningen skulle undanröjas. Senare meddelade förbundet att det inte längre ville föra Ws talan. W begärde att målet skulle hänvisas till tingsrätt. Föresättningsarna för behörigheten att vidta en sådan hänvisning anges i 2 kap 6 § LRA. Domstolen ska bl.a. under vissa föresättningar hänvisa mål till tingsrätt som felaktigt väckts där. I den aktuella situationen hade emellertid arbetsdomstolen haft behörighet att ta upp målet. Det var under målets handläggning som föresättningsarna hade förändrats. Arbetsdomstolen beslutade att tillämpa grunderna för 2 kap 6 § LRA och hänvisa målet till tingsrätt. Argumenteringen för ställningstagandet var följande. 1. Tvisten låg numera "från sakliga synpunkter och enligt principerna för instansordningen" inom tingsrätts kompetensområde. 2. Om målet avskrevs vid arbetsdomstolen utan att hänvisas till tingsrätt kunde det få olyckliga konsekvenser i preskriptionshänseende.

Ett beaktande av konsekvenser förefaller ha utgjort ett väsentligt inslag i bakgrunden till ställningstagandet.

Genomgången av domsmaterialet föranleder följande *slutsatser* rörande inom arbetsdomstolen förekommande rättstillämpningsvärderingar rörande användningen av laganalogi.

Besked i förarbetena rörande frågor om analogi vägde tungt, AD 35/75, 74/75, 200/77 och 99/82.

Analogi kunde användas för att tillgodose lagstiftningens ändamål, AD 12/76, 95/76, 94/77 (minoriteten), 58/78, 92/78, 125/83 och 143/88.

Den kunde också användas för att förhindra kringgående av tvingande skyddslagstiftning, AD 215/77, 40/78 och 141/81.

Analogi kunde också grundas på systematiska skäl, AD 133/86. I viss utsträckning var domstolen beredd att mera se till hur systemet i dess helhet är uppbyggt och hur de olika reglerna samverkar än till den enskilda bestämmelsens språkliga utformning, AD 55/85.

Konsekvenser av olika ståndpunkter beaktades i viss utsträckning även utom ramen för ett beaktande av lagstiftarens syfte med reglerna, AD 139/86.

8.3 Situationer i vilka arbetsdomstolen avvisat tanken på laganalogi.

Ställningstaganden till frågan om det berättigade i att i ett visst fall göra en laganalogi gjordes ibland utifrån en position som med den i avdelning II använda terminologin skulle kunna kallas för lagtextorienterad. Lagtexten fokuserades.

I AD 71/75 (Stark) uppkom fråga om tillämpning av föreskriften i 9 § andra stycket i 1974 års LAS att det i uppsägningsbesked skulle anges om arbetstagaren hade rätt till ny anställning enligt LAS 25 §. Arbetstagarparten hävdade, att en dess medlem, i samband med uppsägning på grund av arbetsbrist, skulle ha haft underrättelse om att han *inte* hade företrädesrätt till ny anställning. Domstolen fann att en skyldighet att lämna sådan uppgift inte kunde grundas på lagen. Uppgiftsskyldigheten var begränsad till fall där företrädesrätt till ny anställning förelåg. Man uttalade emellertid, att det kunde ha varit *lämpligt* att ange att sådan rätt inte förelåg.

Att lagtexten var olämpligt utformad var inte tillräckligt för att domstolen skulle använda analogi, även om det kunnat medföra en mera ändamålsenlig ordning. Att lagtexten uppfattades som klar ("På lagen kan...inte grundas någon skyldighet att lämna sådan uppgift; uppgiftsskyldigheten är begränsad till fall när företrädesrätt till ny anställning föreligger.") torde ha haft avgörande betydelse.

AD 94/77 (Bergqvist) Av 22 anställda vid ett företag sades alla upp utom nio. Bland de uppsagda fanns A. Bland dem som fick fortsatt anställning fanns den facklige förtroendemannen H. Två månader senare sade H upp sig från sin anställning. Kunde facket med framgång kräva att A skulle få efterträda H som facklig förtroendeman? Man hänvisade till 8 § FML och grunderna för paragrafen. En majoritet inom domstolen fann 8 § FML skriven med sikte på situationer när det *överbägs* permittering eller uppsägning på grund av arbetsbrist men någon sådan åtgärd ännu inte vidtagits. I ett avsnitt av domskälen diskuterades huruvida det trots avsaknad av stöd i förarbetena var motiverat att åtminstone i vissa lägen tillämpa 8 § även *efter* det att permittering eller uppsägning hade företagits. Arbetstagsarsidan hävdade att det med hänsyn till de ändamål som paragrafen var avsedd att fylla var nödvändigt att ge den en vidsträckt tillämpning. Lagstiftarens syfte hade varit att bidra till att säkerställa fortsatt effektiv facklig verksamhet i driftsinskränkningssituationer. Arbetsdomstolen delade uppfattningen i fråga om syftet med 8 § och att detta skulle främjas av en vidsträckt tillämpning av paragrafen. Man fann emellertid inget "positivt stöd" för den av arbetstagsarsidan förespråkade tillämpningen. "Det ligger nära till hands att uppfatta förarbetenas avsaknad av uttalanden i ämnet som ett tecken på att lagstiftaren inte har avsett att gå utanför de fall som otvetydigt täcks av paragrafen...".

Avsaknaden av uttalanden i ämnet togs till intäkt för att lagstiftaren inte avsett att gå utanför de fall som otvetydigt omfattades av paragrafen. Syftet ställdes mot lagtextens ordalydelse. Ordalydelsen ansågs böra ta över. Syftet skulle visserligen ha främjats av en vidsträckt tillämpning av paragrafen, men det saknades *positivt stöd* i förarbetena för den av abetsagsidan föreslagna tillämpningen.

AD 94/83 (Stark) En arbetstagare M hade beretts särskild sysselsättning och åtnjöt skydd enligt 23 § LAS. M sades i samband med en omorganisation upp från anställningen på grund av arbetsbrist. M gjorde genom sitt förbund gällande att saklig grund för uppsägningen inte förelegat eftersom M enligt grunderna för 23 § LAS åtnjöt ett särskilt skydd för sin anställning. Omorganisationen gick ut enbart över M. Arbetsgivaren hade, enligt förbundet, i en sådan situation att noga redovisa de bedömningsgrunder som legat till grund för uppsägningen och vilka åtgärder som vidtagits för att undvika uppsägningen. Arbetsdomstolen konstaterade att 23 § LAS gav företräde ”i turordningshänseende” vid uppsägning på grund av arbetsbrist och förtydligade sin ståndpunkt i tillämpningsfrågan genom en formulering så att det klart framgick i vilken typ av situationer den är tillämplig.

”Saken kan också uttryckas så att den arbetstagare som på grund av ett handikapp eller liknande har fått en särskild placering genom arbetsmarknadspolitiska insatser inte skall behöva mista denna vid uppsägning på grund av arbetsbrist som följd av att andra anställda har bättre ställning i turordningen.”

Arbetsdomstolen fann inget stöd för att 23 § var avsedd att ge något särskilt skydd för anställningen utöver vad som framgick av lagtexten.

Vad tillkom arbetstagaren ”genom paragrafens regel”? Den behandlade endast turordningsfrågor. Omorganisationen gällde enbart M. Domstolen höll sig strikt till lagtexten. Avvisandet av analogi framstår som grundat på att man inte funnit något stöd för en sådan. Man nöjde sig med att hänvisa till frånvaron av en uttryckt avsikt att ge något särskilt skydd för anställningen utöver det som gäller i turordningssammanhang.

I AD 55/85 uttalade en minoritet bestående av vice ordföranden Nilsson och två arbetsgivarledamöter, att majoriteten velat bota en brist i lagstiftningen ”som sannolikt har sin grund i att lagstiftaren över huvud taget inte tänkt på den situation som uppstår när en sådan tvist föreligger”. Minoritetens ståndpunkt gavs följande uttryck:

”Att lägga till rätta lagstiftningen på detta sätt är i princip en uppgift för lagstiftaren själv och inte för rättstillämpningen. Enligt vår mening finns det inte anledning att göra avsteg från denna princip för det fall som föreligger

till bedömande i förevarande mål. Bestämmelsen i 14 § första stycket semesterlagen bör därför ges den innebörd som framgår av dess ordalag och som inte motsägs av förarbetena till den, nämligen att förbudet för arbetsgivaren att lägga ut arbetstagarens semesterledighet utan dennes medgivande gäller bara under den uppsägningstid som följer av 11 § anställningsskyddslagen eller tillämpligt kollektivavtal.”

En analogi – i enlighet med det av majoriteten gjorda ställningstagandet – hade varit möjlig men valdes bort. Det fanns ”inte anledning” i ett fall som det aktuella att träda i lagstiftarens ställe.

I AD 96/85 (Eklundh) argumenterades från arbetstagsidan för en tillämpning av grunderna för 35 § tredje stycket LAS. Resonemanget avfärdades av domstolen som ”uppenbarligen ohållbart” med tillägget att det inte fanns något som helst stöd för att bestämmelsen skulle kunna tillämpas ”utanför det område som framgår av regelns ordalydelse”.

En analogisk tillämpning skulle ha krävt ”stöd”. Vilken typ av stöd angavs inte.

AD 144/86 (Eklundh) I målet aktualiserades tillämpningen av 25 § LAS om rätt för arbetstagare som sagts upp på grund av arbetsbrist till återanställning i den verksamhet där de tidigare varit sysselsatta. Det var ostridigt att den grundläggande förutsättningen för företrädesrätt – uppsägning från arbetsgivarens sida – inte förelåg beträffande vissa anställda. Arbetstagsidan hävdade ändå att reglerna skulle anses tillämpliga och åberopade till stöd för detta grunderna för LAS. Arbetsdomstolens besked i analogifrågan var kategoriskt och ger intryck av principuttalande i den rättskällefråga som arbetstagsidans propå aktualiserade.

”[LAS anger] med stor exakthet förutsättningarna för såväl inträdet som upphörandet av företrädesrätten till återanställning. Det finns enligt arbetsdomstolens uppfattning i princip inte något utrymme för att tillämpa reglerna i detta ämne utanför det område som uttryckligen anges i lagtexten.”

I analogifrågan gavs ett klart besked. Det fanns ”i princip” inte något utrymme för analogi. Uttalandet leder tanken till en princip av den innebörden att om en lag med stor exakthet anger förutsättningarna för en bestämmelses tillämplighet så finns inget utrymme för analogier vid tillämpningen av den bestämmelsen.

I andra fall avvisades analogi eftersom den aktuella frågan ansågs kräva lagstiftning. Det gällde bl.a. vissa frågor av processuell natur.

I AD 88/76 (Lunning) befanns avtal om tidsbegränsad anställning ha träffats mellan en arbetsgivare och A. A hävdade att en tillsvidareanställning kommit till stånd och yrkade ogiltigförklaring av avtalet om tidsbegränsad

anställning. I målet uppkom frågan om LAS – trots avsaknaden av uttryckliga regler – skulle anses innehålla vissa frister för talan om ogiltigförklaring av tidsbegränsad anställning eller om en sådan talan kunde föras utan andra preskriptionsregler än de som gäller för skadestånds – och löneanspråk enligt 40 § LAS. Domstolen fann att det kunde anföras starka skäl för att sådan talan ska vara underkastad preskription i likhet med vad som gäller vid ogiltighetstalan rörande uppsägning eller avskedande. Samtidigt ansågs att man i fråga om regler av processuell natur, som kan leda till förlust av talan, måste ställa stränga krav på tydlighet för att man skulle kunna dra slutsatser från andra regler i lagen eller uttalanden i förarbeten att en regel om talförlust på grund av preskription gäller.⁵⁹⁵ I linje härmed avvisades tanken på att tillämpa vissa aktualiserade regler och domstolen fann inte heller något stöd i ”lagens grunder” för antagandet av en preskriptionsregel i det aktuella fallet ”och än mindre för slutsatser om vilken tidpunkt som i så fall skulle bilda utgångspunkt för fristernas beräkning.”

I AD 17/77 (Stark) avvisades ännu en gång (jfr AD 88/76) tanken på en analogi som skulle ha inneburit att en regel om talförlust på grund av preskription tillämpades. Domstolen uttalade att det måste ställas stränga krav på tydlighet för att man i avsaknad av en uttrycklig regel, skulle kunna dra slutsatsen att en sådan regel gällde. Det angavs vad en sådan slutsats skulle kunna grunda sig på: andra regler i lagen eller uttalanden i förarbeten.

Vissa typer av rättsföljder ansågs inte böra grundas på analogier utan på solidare juridisk grund (”en uttrycklig lagregel” eller uttalanden som fyller ”stränga krav på tydlighet”, t.ex. andra regler i lagen eller uttalanden i förarbetena.) Här var det fråga om regler av processuell natur, som kan leda till förlust av talan. Kravet på medverkan från lagstiftaren kan ha samband med att intresset av förutsebarhet är starkt i fråga om beräkning av processuella frister.⁵⁹⁶

I AD 85/80 (Lind) fann arbetsdomstolen det ”ytterligt betänkligt” att till skapa en regel av innehåll att vissa rättsfakta måste återopas vid första rättegångstillfället för att kunna beaktas i målet. Vad som aktualiserats tycks ha varit en analogi med 34 kap 2 § RB.

Frågan om åläggande av skadeståndsansvar genom analogi aktualiserades vid några tillfällen.

I AD 38/77 (Stark) bedömdes en av en arbetstagarorganisation utfärdad blockad mot ett bolags verksamhet sedan förhandlingar mellan parterna om kollektivavtal strandat. Bolaget krävde skadestånd (ekonomiskt och all-

⁵⁹⁵ För förtydligande se AD 17/77, s. 155.

⁵⁹⁶ Strömholm 1996, s. 482.

mänt) med anledning av blockaden. Beträffande skadestånd utanför kontraktsförhållanden uttalades att ersättning för ren förmögenhetsskada kan utgå antingen om skadan vållats genom förfarande som utgör brott eller om ersättningsrätt för sådan skada föreligger enligt särskild föreskrift i lag. Beträffande "det för arbetsrätten speciella allmänna skadeståndet" uttalades att sådant utgår "endast med stöd av bestämmelse i lag". Bolaget hävdade också, att blockaden var att anse som otillåten. En omständighet av betydelse för tillåtligheten skulle enligt bolaget vara att organisationen inte varslat om blockaden. Enligt då gällande regler (3a § medlingslagen) gällde underrättelse(varsel)-skyldigheten endast arbetsinställelse (strejk, lockout). "Redan på grund härav" ansågs det uteslutet att bestämmelserna om underrättelseskyldighet skulle kunna åberopas till stöd för att förbundets blockad skulle vara otillåten. Analogi avvisades alltså.

I en tredje fråga diskuterades en analogisk tillämpning av KAL 4 § rörande tredsätgärder. Domstolen gav här beskedet, att det inte fanns något utrymme för att ge reglerna en utsträckt tillämpning utanför kollektivavtalsområdet.⁵⁹⁷

Allmänt skadestånd förutsatte "stöd av bestämmelse i lag".⁵⁹⁸ Det ligger nära till hands att jämföra med den i straffrättsliga sammanhang ofta åberopade legalitetsprincipen.⁵⁹⁹

I AD 62/77 (Lind) diskuterades om enskilda oorganiserade arbetstagare enligt gulderna för 42 § andra stycket MBL kunde åläggas att utge allmänt skadestånd för sådant brott mot det enskilda anställningsavtalet som ligger utanför fredspliktsområdet. Analogi avvisades på följande grunder. a) Det var fråga om en påföljdsregel och då måste man av rättssäkerhetsskäl vara mycket försiktig med att anta att påföljder ska kunna komma i fråga utanför det område som täcks av påföljdsbestämmelsens ordalag. b) Det finns ingen antydning i förarbetena till 42 § andra stycket MBL om att grunderna för bestämmelserna däri skulle kunna tillämpas vid avtalsbrott utanför fredspliktsområdet. c) 42 § andra stycket är en principiell nyhet i svensk rätt.

Lagtext och förarbeten framställdes som viktiga rättskällor för avgörandet av om analogi ska anses tillåten i fråga om påföljdsregler – i det aktuella fallet allmänt skadestånd.

⁵⁹⁷ Beträffande denna tredje fråga se Göransson 1988, s. 344.

⁵⁹⁸ Ang rättsfallet se Sigeman 1997a s. 234ff. Beträffande frågan om krav på stöd i lag för utdömande av allmänt skadestånd, se Sigeman 1994, s. 33 och 122. Beträffande det förhållandet att lag eller lagmotiv inte anger någon måttstock för beräkning av allmänt skadestånd se Sigeman 1997a, s. 284.

⁵⁹⁹ Hultqvist påpekar, s. 7, att innebörden av legalitetsprincipen fordrar precisering inom varje område för sig.

AD 31/79 (Bouvin) Ett arbetsgivareförbund (RAF) stödde en arbetsgivare ifråga om att bryta igenom ett veto som grundats på 39 § MBL och för vilket arbetstagarorganisationen (SBAF) inte saknat fog. SBAF yrkade att allmänt skadestånd skulle åläggas RAF härför. Arbetsdomstolen konstaterade att en förutsättning för att RAF skall kunna bli skadeståndsskyldigt ”naturligen” var att en lagbestämmelse fanns därom. När det gällde vetoreglerna i 39 – 40 §§ MBL saknades emellertid skadeståndsbestämmelse för sådant fall som var aktuellt i målet, varför RAF inte ansågs ha ådragit sig något skadeståndsansvar.

Tanken på skadestånd utan lagstöd avvisades rätt så kategoriskt. Det ankommer alltså i första hand på lagstiftaren att ge regler om denna typ av skadestånd. För analogi krävs stöd i rättskällorna. Lagtext och förarbeten framställdes som viktiga rättskällor för avgörandet av om analogi ska anses tillåten i fråga om påföljdsregler.

Det fanns emellertid i andra sammanhang uttalanden som visar att skadeståndsansvar ansetts kunna åläggas part p.g.a. åtgärd som varit stridande mot grunderna för en lagregel.

AD 99/82 (Stark) Arbetsdomstolen har i sin praxis – med stöd av uttalanden i LASs förarbeten – antagit att en uppsägning av en arbetstagar själv under särskilda omständigheter kan vara att jämföras med en uppsägning från arbetsgivarens sida. Uppsägningen har i en sådan situation ansetts kunna vara utan verkan. Arbetstagaren har även tilldömts allmänt skadestånd under återopande av skadeståndsbestämmelserna i 38 § LAS. Se även AD 117/82.

AD 80/84 (Lind) Har en arbetsgivare rätt att på grund av en arbetstagar individuella förhållanden avstå från hans arbetsinsatser utan att säga upp honom? Om syftet är att förmå arbetstagaren att säga upp sig själv, blir arbetsgivarens åtgärd rättsstridig såsom stridande mot grunderna för LAS och skadestånd kan komma i fråga.

AD 112/85 (Stark) Uttalandet i AD 89/78 om trakasseriatåtgärder som inte lett till att arbetstagaren förmåtts lämna sin anställning refererades. ”Ett skadeståndsansvar kan i en sådan situation uppkomma för arbetsgivaren enligt grunderna för anställningsskyddslagen.” Uttalandet kompletterades nu.

”Det ligger emellertid i sakens natur att skadeståndsansvar inträder i ett fall som det angivna i endast mycket särpräglade situationer där arbetsgivarens beteende ligger uppenbart utanför vad som kan accepteras på en arbetsplats. Saken skulle också kunna uttryckas så att arbetsgivarens uppträdande är sådant att det förr eller senare leder till att arbetstagaren nödgas frånträda anställningen, om en ändring ej kommer till stånd.”

Ett åläggande av allmänt skadeståndsansvar ansågs uppenbarligen inte förutsätta uttrycklig lagregel. Det räckte med stöd enligt grunderna för ett lagrum.⁶⁰⁰

Även vissa andra situationer ansågs kräva ingripande av lagstiftaren.

I AD 8/80 (Stark) Enligt bestämmelse i 4 kap 6 § första stycket AML skulle arbetstagare beredas minst 36 timmars sammanhängande ledighet under varje period om sju dagar (veckovila). En tillämpning av regeln kunde under vissa förutsättningar innebära ledighet under tid då arbetstagaren normalt skulle ha utfört arbete. Hade arbetstagaren rätt till bibehållen lön under sådan ledighetstid? I domen diskuterades om löneskydd skulle föreligga enligt AML eller enligt grunderna för lagen. De skäl som majoriteten anförde mot analogi var, att det saknades uttrycklig bestämmelse i lagen, att inte minsta antydning fanns om att avsikten skulle ha varit att införa någon form av löneskydd och att kollektivavtal var det rätta sättet att reglera situationen.

Det förefaller som om löneskydd i den aktuella situationen hade förutsatt ingripande från lagstiftaren. Lagtext och förarbeten uppmärksammades i första hand. Beträffande kollektivavtal antogs att lagstiftaren utgått ifrån att arbetstagares anställningsvillkor skulle komma att anpassas till AMLs regler i den mån arbetsgivarsida och arbetstagersida fann en sådan anpassning motiverad. Majoritet och minoritet (ovan 8.2) gjorde helt olika antaganden om lagstiftarviljan.

I förarbetena uttryckta uppfattningar påverkade beslutsfattandet.

I AD 73/76 (Stark) bedömdes om visst rörinstallationsarbete kunde jämföras med i traditionell form bedrivet byggnadsarbete. Så befanns inte vara fallet. Arbetsdomstolen fann ett uttalande i förarbetena ta sikte på sådant nybyggnads- och ombyggnadsarbete inom byggnadsbranschen som bedrivs i den traditionella formen att arbetsgivaren som entreprenör för en större husbyggnad eller ett omfattande anläggningsarbete anställer den grupp av byggnadsarbetare som behövs för arbetets utförande. Byggnadsarbetarna är då i största möjliga utsträckning anställda för varje enskilt byggnads- eller anläggningsprojekt och anställningen upphör när arbetet är slutfört. En sådan verksamhet var det inte fråga om i det aktuella fallet.

I AD 54/77 (Lind) diskuterades om ett varselmeddelande om permittering stått i strid med 29 och 32 §§ i 1974 års LAS och grunderna för de reglerna. Arbetsdomstolen konstaterade, med hänvisning till förarbetsuttalanden, att reglerna om varsel i LAS syftade till att göra det möjligt för arbetstagersidan att påverka arbetsgivaren innan han tog ställning i den fråga som varslat gällde. De hade funktionen att garantera de fackliga organisationerna ett

⁶⁰⁰ Frågan om allmänt skadestånd och bl.a. analogi behandlas i Bergqvist m.fl., s. 482ff.

visst medinflytande i vissa personalpolitiska frågor. Målet gällde varsel rörande permitteringar som aldrig kom att verkställas. Arbetstagsidan hade alltså inte ställts inför permitteringar utan att ha haft möjlighet att påverka arbetsgivarens beslut därom. Domstolen fann att varslet inte stod i strid med någon regel i LAS och inte heller med grunderna för lagen. Analogi avvisades.

Ett tillgodoseende av syftet ansågs inte kräva analogi.

AD 53/78 (Stark) Enligt 3 § andra stycket i den numera upphävda värnpliktsledighetslagen (vpL) var arbetsgivare – om värnpliktstjänstgöringen pågått mer än tre månader – inte skyldig att låta arbetstagare återinträda i arbetet efter tjänstgöringens slut tidigare än två veckor från det arbetsgivaren fick meddelande om återinträde eller arbetstagaren utan föregående meddelande inställer sig hos arbetsgivaren. N hade varit frånvarande från sitt arbete på grund av värnpliktstjänstgöring och satte sig i förbindelse med arbetsgivaren först ca två veckor efter det att tjänstgöringen avslutats, den 2 maj 1977. Han förklarade sig beredd att börja arbeta omedelbart. Arbetsgivaren gav honom beskedet att det inte fanns arbete för honom förrän den 1 juni 1977. Tvisten gällde frågan om hur vpLs varselregler inverkade vid tillämpningen i allmänhet av bestämmelser om lön och andra förmåner vid permittering. Hur skulle den situationen bedömas att arbetsgivaren utnyttjade varselregeln i vpL till att uppskjuta den från värnpliktstjänstgöring återvändande arbetstagarens återgång i arbetet? En majoritet fann situationen vara den för permittering typiska och inte jämförlig med tjänstledighet. Ändå fanns skäl att inte betrakta arbetstagaren som permitterad. Varselregeln i vpL befanns ha tillkommit i arbetsgivarens intresse för att ge denne rådrum för att förbereda arbetstagarens återinträde i arbetet. Detta syfte ansågs böra vara bestämmande för ”tolkningen” av varselregeln. Överensstämmelse med det syfte som bar upp varselregeln nåddes om regeln antogs innebära att arbetsgivaren hade rätt att för en tid av högst två veckor befria sig från sådan ekonomisk förpliktelse som ett oförutsett återinträde i arbetet kan föra med sig.

Även om man talade om vad som skulle vara bestämmande för ”tolkningen”, tyder resonemanget på att det var analogi som föresvävade domstolen. Det gällde att tillgodose syftet med regeln, vilket ansågs framgå av förarbetena.

I AD 71/79 (Lind) avvisades tanken på ”en vidsträckt lagtolkning” av undantagsregeln i 38 § MBL ”grundad på analogiresonemang” med hänvisning till uttalanden i förarbetena till bestämmelsen.

I 54/80 (Stark) diskuterades huruvida en inlåning av arbetskraft, utan att formellt utgöra nyanställning, var att likställa med nyanställning vid tillämpning av LASs företrädesrättsregler. Hade arbetsgivaren på ett otillbörligt sätt kringgått företrädesrättsreglerna genom att låna in arbetstagare från ett annat företag? Inlåningen av arbetskraft innebar inte några nyanställningar. Enligt lagtextens ordalydelse kunde företrädesrätt göras gällande endast i nyanställningssituationer. Ett förarbetsuttalande om att det stod arbetsgivaren fritt att underlåta att träffa avtal eller lämna erbjudande om ny anställning före ettårsperiodens utgång även om det skulle uppstå ett behov av ny arbetskraft dessförinnan anfördes som skäl mot att "ge företrädesreglerna tillämplighet utanför det i lagtexten angivna området". LASs allmänna innebörd att det är arbetsgivaren ensam som bestämmer verksamhetens omfattning och inriktning innebar att ett beslut av arbetsgivaren att låta en etreprenör utföra arbetet i princip inte kunde angripas under återopande av LASs regler, även om det med fog kunde påstås att åtgärden var till förfång för sysselsättningen vid företaget. Konsekvensen ansågs bjuda att företrädesrättsreglerna tillämpades på samma sätt.

AD 97/85 (Stark) En arbetstagare H avskedades i juni 1984 från sin anställning på grund av påstådda oegentligheter riktade mot arbetsgivaren. När avskedandet skedde pågick en revisionsutredning som avslutades först i januari 1985. I samband med tvisteförhandlingar i september 1984 lämnade arbetsgivaren en skriftlig motivering till avskedandet. I oktober 1984 väckte Hs förbund talan i målet och yrkade bl.a. att avskedandet skulle ogiltigförklaras. I februari 1985 återopade arbetsgivaren ytterligare omständigheter – som framkommit genom nyss nämnda revisionsutredning – till stöd för avskedandet. Förbundet invände att vissa av omständigheterna inte fick göras gällande i målet eftersom de återopats först efter avskedandet. Arbetsdomstolen underkände invändningen. I andra hand invände förbundet att arbetsgivaren inte fick återropa omständigheterna eftersom han haft kännedom om dem i mer än en månad innan de återopades. Tanken var att om arbetsgivaren tilläts återropa omständigheter som framkommit först efter avskedandet så borde månadsregeln i 18 § andra stycket LAS tillämpas analogiskt. Domstolen konstaterade att syftet med regeln är att arbetsgivaren ska reagera skyndsamt om han får reda på någon omständighet som kan föranleda avskedande. Arbetstagaren ska inte behöva ha hotet om avskedande vilande över sig under längre tid än nödvändigt. Tanken på en analogisk tillämpning av månadsregeln avfärdades med följande konstaterande.

"Det är tydligt att syftet att påskynda ett reagerande från arbetsgivarens sida inte har någon motsvarighet när det gäller omständigheter som inträffar eller blir kända efter det att uppsägningen eller avskedandet företogs."

I sammanhanget beaktades arbetstagarens intresse av att ärendet ändå handläggs skyndsamt. Det intresset befanns emellertid vara tillgodosett genom att arbetstagsidan i stor utsträckning råder över förfarandet genom att

påkalla tvisteförhandling och att väcka talan vid domstol. För domstolens behandling av tvisten finns bestämmelser om skyndsam handläggning.⁶⁰¹

De skäl som angavs för att avvisa tanken på analogi talar för att analogi kunde användas för att främja syftet med en viss regel.

AD 158/86 (Sköllerholm) Enligt 23 § LAS ska arbetstagare som har nedsatt arbetsförmåga och som på grund därav beretts särskild sysselsättning hos arbetsgivaren få företräde till fortsatt arbete oberoende av turordning. En arbetstagare W sades upp. Hans förbund (HTF) hävdade vid en efterföljande rättslig prövning av uppsägningen bl.a. att arbetsgivaren gjort sig skyldig till turordningsbrott. W borde, enligt HTF, på grund av bestämmelserna i 23 § LAS, ha fått företräde till fortsatt anställning före den näst sist anställde arbetstagaren. För W utgick lönebidrag på grund av att han med hänsyn till sin ålder ansetts svårplacerad på arbetsmarknaden. Arbetsgivarsidan bestred att 23 § var tillämplig eftersom W inte hade nedsatt arbetsförmåga. Arbetsdomstolen konstaterade – med åberopande av uttalanden i förarbetena till LAS och FrämjL – att lagstiftningen skiljer mellan äldre arbetstagare och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga. 23 § LAS befanns inte tillämplig.

Förfarandena får nog sägas ge klart besked i fråga om ”nedsatt arbetsförmåga”. Om 23 § skulle ha ansetts tillämplig hade det krävt ett analogi-resonemang.

Det finns också exempel på att arbetsdomstolen avvisat tanken på analogi med hänvisning till konsekvenserna av ett accepterande av en sådan.

I AD 129/77 (Lind) diskuterades frågan om en analog tillämpning av regeln i 12 kap 17 § RB rörande det fallet att ett ombud företar rättegångshandling i huvudmannens närvaro. En sådan ansågs ”knappast möjlig” eftersom det skulle leda till att varje handling som ombudet företagit i huvudmannens utelämnade skulle kunna underkännas av honom. I domskälen gjordes skillnad mellan ”direkt tillämplig” och ”analogiskt tillämplig”.

AD 5/79 (Lind) Enligt 18 kap 14 § RB ska beslut meddelas om rättegångskostnaden när rätten avgör målet. Om mål återförvisas ska frågan om kostnaden i den högre rätten dock, enligt bestämmelse i 18 kap 15 § tredje stycket RB, prövas i samband med målet efter dess återupptagande. Tvisten hade stämts in till arbetsdomstolen som efter ingående prövning fann att den inte var behörig att pröva målet. Enligt 2 kap 6 § första stycket LRA skulle då målet hänvisas till tingsrätt. Skulle arbetsdomstolen meddela beslut om rättegångskostnader i arbetsdomstolen? Tanken på analog tillämpning av 18 kap 15 § tredje stycket och 58 kap 8 § sista meningen RB

⁶⁰¹ Se även den i 6.1.2 refererade AD 21/85, där lagtext och med denna överensstämmande förarbetsuttalanden ansågs tala emot analogi.

avvisades. Skälet var de förändringar i partsställningen som skulle uppkomma.

Genomgången av domsmaterialet föranleder följande *slutsatser* rörande inom arbetsdomstolen förekommande rättstillämpningsväderingar rörande användningen av laganalogi.

Besked i förarbetena om huruvida laganalogi var avsedd eller inte avsedd vägrade tungt, AD 73/76, 54/77, 53/78, 71/79, 54/80, 21/85, 97/85 och 158/86.⁶⁰²

Det förekom också att avvisandet av tanken på analogi motiverades med att det inte fanns något positivt stöd i förarbetena för en sådan, alltså med lagstiftarens tystnad, AD 94/77 och AD 94/83. I samma riktning kan anses peka att om en lag med stor exakthet angav förutsättningarna för en bestämmelses tillämplighet så ansågs inget utrymme finnas för analogier vid tillämpningen av den bestämmelsen, AD 144/86.

Ett avvisande av analogi skedde i viss utsträckning utifrån ett lagtext-orienterat synsätt, AD 71/75, 94/77, 94/83, 55/85, 96/85 och 144/86.

Konsekvenser beaktades i viss utsträckning även utom ramen för ett beaktande av lagstiftarens syfte med reglerna, AD 129/77 och 5/79.

Vissa typer av rättsföljder ansågs inte böra grunda sig på analogier utan på solidare juridisk grund ("en uttrycklig lagregel" eller uttalanden som fyller "stränga krav på tydlighet", t.ex. andra regler i lagen eller uttalanden i förarbetena), AD 88/76 och 17/77 (regler av processuell natur som kan leda till förlust av talan) och 85/80. AD 38/77, 62/77 och 31/79 (allmänt skadestånd). Samtidigt finns exempel på fall där arbetsdomstolen ansett skadestånd kunna åläggas p.g.a. åtgärd som varit stridande mot grunderna för en lag, AD 99/82, 80/84 och 112/85.

8.4 Kommentarer i anslutning till arbetsdomstolens användning av laganalogi

I kap 7 framställdes samarbete mellan lagstiftare och rättsliga beslutsfattare som ett naturligt inslag på rättslivets område. Laganalogin har här setts ur perspektivet av en möjlighet för domstolen att – i situationer där

⁶⁰² Se även AD 16/82 där domstolen konstaterade att lagstiftaren intagit ståndpunkten att arbetssökande inte skulle tillerkännas föreningsrättsligt skydd. Uttalandena i motiven ansågs inte ge stöd för att vidga skyddsområdet i rättstillämpningen utan snarare för att iaktta viss återhållsamhet; jfr Källström 1997, s. 110f.

ingen ”direkt” tillämplig lagtext fanns att tillgå – bidra till utvecklingen av regelsystemet, närmast som ett möjligt alternativ till ett ingripande från lagstiftaren. Beslutsfattaren hade att ta ställning till om en regel (eller flera regler) av andra än språkliga skäl kunde användas i tvistelösningsen.

Laganalogi förekom i betydande omfattning i det undersökta beslutsfattandet. Det förekom också fall där tanken på analogi avvisades.

Det fanns olika uppfattningar i arbetsdomstolen om när laganalogi borde användas respektive avvisas och det fanns ett avsevärt utrymme för beslutsfattaren för olika – mer eller mindre aktivistiska – uppfattningar. Det fanns ingen gemensam rättskällelära på den här punkten.

Även om motsatsen förekom, var det vanligt att ställningstaganden till frågan om laganalogi skulle accepteras eller avvisas motiverades.

Hur man inom domstolen, allmänt sett, ställt sig till användandet av analogi i beslutsfattandet är vanskligt att uttala sig om. Materialet tyder närmast på att benägenheten att använda eller inte använda laganalogi berott på – förutom rättstillämpningsvärderingar – frågans art och på signaler från lagstiftaren. I förarbeten gjorda uttalanden om analogi beaktades genomgående. I åtskilliga fall användes analogi för att tillgodose lagstiftningens ändamål och för att förhindra kringgående av lag. Det fanns också exempel på att systematiska överväganden lades till grund för en analogi.

Analogin – och motsatsslutet – har ifrågasatts *som argumentationsmetoder*.⁶⁰³ De skulle inte vara några riktiga juridiska argument utan ”etiketter, som anbringas efteråt på resultaten av redan utförda rättspolitiska bedömningar eller tolkningsoperationer”. Det skulle också vara omöjligt att ge en utförlig motivering för valet mellan analogi och motsatsslut. Kritiken framstår i ljuset av arbetsdomstolens sätt att använda sig av analogi (och motsatsslut) som överdriven.

⁶⁰³ Se Peczenik 1980, s. 92f, för referat av kritiken.

9 Nyskapande

9.1 Inledning

I tidigare kapitel har – med den terminologi som valts för undersökningen – diskuterats lagtolkning, precisering av avvägningsnormer och laganalogi. De tre typerna av rättsligt beslutsfattande har givit exempel på hur domstolen ibland får ta ställning till hur långt man ska gå när det gäller att korrigera, komplettera eller rent av negligera lagstiftaren. Olika uppfattningar bland de rättsliga beslutsfattarna har kommit till synes, t.ex. när det gäller frågan om huruvida det ankommit på lagstiftaren att i ett visst fall medverka till förändringar av rättsläget eller om det kunnat ske inom ramen för det rättsliga beslutsfattandet.⁶⁰⁴ Att man inte tvekat att medverka till en rättsutveckling när lagstiftaren signalerat att det vore önskvärt har redan framgått. Även om man uttalat tveksamhet till ”fri rättstillämpning”⁶⁰⁵, så finns det exempel på att man också i andra sammanhang funnit det naturligt att utveckla vissa principer och handlingsmönster.⁶⁰⁶ Vissa lagstiftarmisstag har man ansett sig böra reparera i rättstillämpningen.⁶⁰⁷ En omständighet som varit av betydelse är om ett ställningstagande bedömts kunna främja lagens syfte. Har så varit fallet, har man ibland varit beredd att gå relativt långt i rättsutvecklande riktning.⁶⁰⁸

Regelskapandet kan skilja sig såtillvida som domstolen i vissa fall ser möjlighet – och väljer – att i en enda dom formulera en pregnant regel,⁶⁰⁹ medan man i andra situationer tar ett steg i taget för att så småningom nå fram till ett rättsläge som låter sig formuleras i regelform.⁶¹⁰

När en situation i det följande beskrivs som ett exempel på nyskapande beror det huvudsakligen på arbetsdomstolens sätt att beskriva den. När

⁶⁰⁴ Att det förekom olika uppfattningar inom domstolen ifråga om arbetsfördelningen se t.ex. AD 7/75, 71/77, 8/82, 137/83 och 55/85.

⁶⁰⁵ AD 163/80.

⁶⁰⁶ AD 109/78, 45/81 och 63/84.

⁶⁰⁷ AD 137/83 och 55/85.

⁶⁰⁸ AD 93/76, 71/77, 215/77 och 89/78.

⁶⁰⁹ Se t.ex. i AD 89/78 nedan.

⁶¹⁰ Se t.ex. AD 105/83. Av AD 14/84 framgår att vissa situationer är sådana att det inte är möjligt att ”konstruera någon mer absolut rättsregel”(s 128). Den situation som blev aktuell i målet gällde överlåtelse av en del av ett företag. Svårigheten torde gälla för både lagstiftare och rättstillämpare.

rättskällorna, enligt domstolen, varken direkt eller indirekt givit någon ledning för besvarandet av en rättsfråga, har detta uppfattats som att situationen aktualiserat frågan om ett nyskapande.

I AD 113/79 (Lind) behandlades frågan om sparandereglerna i SemL 18 § kunde få till följd att arbetsgivaren förhindrades att permittera utan att betala någon lön. Arbetsdomstolen konstaterade att uttryckliga lagregler saknades, att det inte fanns några uttalanden i förarbetena rörande rättsfrågan, att det inte fanns några uttalanden i förarbetena rörande andra problem än den i målet aktuella som skulle kunna belysa tvistefrågan ”indirekt”. Det ansågs inte heller möjligt att lösa tvisten genom någon ”analog tolkning” (s 648) av andra bestämmelser i semesterlagen än 18 §.

Även i nyskapandet kan återfinnas argument med anknytning till lagstiftaren – syfte el dyl – men på andra sätt än vad som skett i samband med tolkning, precisering eller laganalogi.

I AD 64/82 (Stark) aktualiserades en regel som utformats i arbetsdomstolen: ett anställningsförhållande ska inte utan vidare anses upplöst på grund av åtgärder och uttalanden från arbetstagarens sida såvida det inte blir klarlagt att arbetstagaren verkligen avser att lämna sin anställning. Om det skulle råda oklarhet om anledningen till att arbetstagaren lämnat anställningen ska arbetsgivaren utreda den. Att arbetsgivaren ålagts denna utredningsskyldighet har att göra med LASs huvudsakliga syfte: att skapa trygghet i anställningen för arbetstagarna.

I AD 10/88 (Bergqvist), kompletterades regeln i 16 § tredje stycket MBL. Domstolen konstaterade att ett viktigt syfte med reglerna i 16 § MBL är att bidra till att förhandlingarna på arbetsmarknaden bedrivs effektivt och snabbt. Paragrafen innehåller bl.a. bestämmelsen att förhandlingar ska bedrivas skyndsamt. *I linje med detta* sades ligga att också arbetet med förhandlingsprotokollet ska fullgöras så skyndsamt som möjligt.⁶¹¹

AD 158/77 (Stark) Vilken betydelse hade ond tro i samband med utövande av tolkningsföreträde enligt FML? Fråga uppkom bl.a. om en eventuell skyldighet för arbetsgivaren att utge lön och skadestånd på grund av att ett av arbetstagsidans utövat tolkningsföreträde inte beaktas. Arbetsgivarparterna hävdade, att tolkningsföreträdet inte behövde beaktas om tolkningen var felaktig och den gjorts i ond tro. Frågan om verkan av arbetstagsparts tolkningsföreträde i fall där partens mening är oriktig och parten insåg eller borde ha insett det, var inte uttryckligt reglerad i FML. Inte heller innehöll lagens förarbeten något uttalande i frågan. Domstolens argumentering löd:

⁶¹¹ Till detta läggs i AD 7/92 att i ansvaret för ett sådant protokoll ligger också att, om inte annat särskilt bestämts, utan anmaning tillställa motparten det färdigställda protokollet.

”Det måste...anses följa av allmänna rättsgrundsatser att part inte skall kunna stödja sig på förtroendemannalagens regler om tolkningsföretråde i en sådan situation.”

En hänvisning gjordes till propositionen till MBL (prop 1975/76:105 bil. 1 s. 266f) i den del som behandlar reglerna om tolkningsföretråde enligt denna lag. Det ställe till vilket hänvisades behandlar tolkningsföretråde vid avtalstolkning. Departementschefen uttalar:

”En naturlig grundsats bör...vara att arbetsgivaren inte är skyldig att följa en avtalstolkning av den fackliga motparten, vars oriktighet denna har insett eller bort inse. Den regeln har tett sig naturlig såsom en begränsning av arbetsgivarens nuvarande tolkningsföretråde och bör allmänt gälla när part åläggs skyldighet att genom egna åtgärder eller beslut följa en motparts tolkning av ett avtal. Den torde för övrigt följa av allmänna rättsgrundsatser.”

Här åberopades alltså allmänna rättsgrundsatser som identifierats med hjälp av ett uttalande i en annan lagstiftning än den av tvisten direkt aktualiserade.

I det följande ska ges några exempel på situationer där det ansetts finnas skäl att komplettera regelsystemet.

9.2 Exempel på nyskapande i arbetsdomstolen

9.2.1 Vissa omplaceringar av arbetstagare

Det har sagts att man i modern rättspraxis knappast kan finna ett tydligare exempel på hur arbetsdomstolen uppträder som normgivare än i AD 89/78, ”Bastubadarmålet”.⁶¹² En minoritet i domstolen beskrev majoritetens ställningstagande som en reglering ”genom rättstillämpning”. Omständigheterna var i korthet följande.

AD 89/78 (Stark) En operatör med skiftgång vid syraberedningsanläggningen på ett pappersbruk omplacerades till okvalificerat dagtidsarbete vid pappersbrukets renseri. Omplaceringen skedde efter det att operatören, som bl.a. haft att övervaka en ångpanna, påträffats badande bastu under arbetstid. I den del av domskälen som behandlade omplacering i allmänhet av arbets-

⁶¹² Göransson 1988, s. 364. Beteckningen ”bastubadarmålet” används i AD 6/81 där avgörandet också beskrivs som ”mycket uppmärksammat”. Se även SOU 1982:60, s. 297 om ”vissa särskilt uppmärksammade avgöranden” och Sigeman 1997b.

tagare förklarades frågan om huruvida och i så fall under vilka förutsättningar en arbetsgivare måste kunna åberopa godtagbart stöd för en omplacering inte vara besvarad i vare sig rättspraxis eller litteraturen. Rättsläget sammanfattades på följande sätt.

”Rätten att leda och fördela arbetet har traditionellt inom SAF/LO-området ansetts innefatta en vidsträckt rätt för arbetsgivaren att omplacera arbetstagare. På kollektivavtalsområdet har arbetsmarknadens parter sökt motverka de anpassningsproblem för arbetstagarna som kan följa med omplacering genom att införa regler om löneutfyllnad. Frågan om krav på godtagbara skäl för omplacering har därvid inte särskilt uppmärksammats.”

Domstolen fann att det i tidigare rättsutveckling på arbetsmarknaden fanns stöd för att anse att omplaceringsfrågor i princip helt var förbehållna arbetsgivarens ensidiga bestämmanderätt. Utgångspunkten för den argumentering som utmynnade i formulerandet av en ny regel angavs vara att det under senare tid skett förändringar i arbetsrättsligt hänseende som kunde göra det motiverat med ett annat synsätt. Den typ av omplaceringar som i fortsättningen föresvävade domstolen var sådana som skedde ”på grund av skäl som är hänförliga till den enskilde arbetstagaren personligen och som får särskilt ingripande verkningar såväl med hänsyn till arbetsuppgifter som anställningsförmåner och anställningsförhållandet i övrigt”. Den regel som formulerades var av följande innebörd:

Omplacering på grund av skäl som är hänförliga till den enskilde arbetstagaren personligen och som får särskilt ingripande verkningar, får ske endast om godtagbara skäl föreligger.

Den tänkta prövningen skulle alltså innefatta två steg:

1. Medför omplaceringen sådana förändringar att den kan underkastas rättslig prövning?
2. Om ja: Föreligger godtagbara skäl för åtgärden?

När det gällde uttrycket ”godtagbara skäl” fann arbetsdomstolen att det knappast fanns anledning eller ens möjlighet att just då ange några riktlinjer för vilken innebörd det skulle ges.

Ett antal argument anfördes till stöd för att en rättslig prövning av nyss nämnda omplaceringsbeslut skulle kunna ske.

1. Den arbetsrättsliga lagstiftningen innehåller ett ganska stort antal regler till arbetstagarens skydd som kan bli tillämpliga i omplaceringssituationer, till exempel 8 § MBL, 4 § FML, 6 kap 10 § AML och lagen om föräldraledighet 13 §, som alla förbjuder viss mot arbetstagaren riktad åtgärd från arbetsgivarens sida och medger rättslig prövning därför att syftet med åtgärden står i strid med ett lagskyddat intresse. Även 62 § MBL nämndes.
2. Det starka anställningsskydd som numera gäller enligt LAS – en omständighet som tillmättes ”särskild betydelse”.
3. Utvecklingen av rättspraxis när det gäller vissa frågor rörande permittering.

4. Att en omplacering kan innebära stora förändringar i skilda hänseenden i en arbetstagares förhållanden.

5. Om man (mot bakgrund av argumenten 1 – 4) införde en möjlighet att underkasta dessa särskilt ingripande omplaceringar en rättslig prövning, så

a) uppstode inte otillfredsställande luckor i rättsskyddet för den enskilde arbetstagaren,

b) undginge man i rättstillämpningen den risk som ligger i att berörda lagregler, exempelvis LASs regler och reglerna i MBL om disciplinära åtgärder, ges en utsträckt tillämpning utanför deras ”naturliga giltighetsområde”.

6. Kollektivavtalen är numera i allmänhet slutna med anställningsskyddslagens regelsystem och synsätt som bakgrund. Det kan därför vara naturligt att intolka en prövningsrätt beträffande sådana omplaceringar som till sina verkningar för den enskilda arbetstagaren är jämförliga med en uppsägning som ett utflöde av anställningsskyddet i avtalen.

Som ett ytterligare argument anfördes:

7. Det är ”naturligt” att omplacering med särskilt ingripande verkningar för den enskilde inte företas utan att sakliga skäl bedöms föreligga för åtgärden. Domstolen fann också att ett sådant synsätt gällt på avtalsområdet sedan gammalt.

Argumenten 1–3 och 6 har med den omgivande rättsliga miljön att göra. 1 och 2 rör förändringar i det regelsystem som härrör från lagstiftaren.

Förändringarna i fråga om anställningsskyddet har tillmätts betydelse även i andra sammanhang. Ett exempel ska nämnas.

AD 9/85 (Stark) Arbetsgivaren ansågs, före reformerna på anställningsskyddets område, inte skyldig att uttryckligen ange att en arbetstagare permitterades för att en permitteringssituation skulle föreligga och arbetstagaren inte ha rätt till lön. Förhållandena var emellertid numera väsentligt förändrade.

1. Tillkomsten av LAS och den praxis som utvecklats vid tillämpningen av lagen. 2. Permitteringslönereglerna och de därmed sammanhängande bestämmelserna om arbetslöhetsförsäkring. Mot bakgrund därav fann domstolen att det åvilade en arbetsgivare ”att uttryckligen ange att han permitterar den anställde för att de för permitteringen gällande rättsverkningarna ska inträda”. Arbetsdomstolen refererade till det nyss citerade som en ”regel”.

Argumenten 4 och 5 har med konsekvenser att göra. Argumenten 6 och 7 hänvisar till vad som är ”naturligt”. Det förefaller främst vara det för parterna på arbetsmarknaden naturliga som avsågs.

Argumentationen är alltså inte renodlad när det gäller orienteringen. Där finns hänsynstaganden till såväl lagstiftare som till konsekvenser.

Vad gjorde arbetsdomstolen i bastubadarmålet – hur ska nyskapandet beskrivas – och vad var bakgrunden till att domstolen skapade en regel?

När det gäller frågan om vad arbetsdomstolen gjorde i domen kan först

konstateras att den i domen anlade "ett förändrat sätt att se på arbetsgivarernas omplaceringsrätt".⁶¹³ Den valda tekniken för nyskapandet var en intolkning av en klausul om provningsrätt i kollektivavtal.⁶¹⁴ Det kan förmodas sammanhålla med att det här var fråga om en inskränkning av arbetsgivarens ensidiga beslutanderätt i företags – och arbetsledningsfrågor, en befogenhet som vilar på en dold klausul.⁶¹⁵ Att man valde att låta kravet på godtagbara skäl för särskilt ingripande omplaceringar utgöra en dold klausul i kollektivavtalet sätts av Malmberg i samband med att domstolen ville ge regeln en effektiv sanktion, allmänt skadestånd på grund av kollektivavtalsbrott.⁶¹⁶

I en senare dom gavs följande bakgrund till regeln i AD 89/78⁶¹⁷:

"Enligt det synsätt som har utvecklats av arbetsdomstolen i detta och vissa senare rättsfall anses en sådan omplacering, (en omplacering av skäl som är hänförliga till den enskild arbetstagaren personligen och som har fått sådana särskilt ingripande verkningar för den enskilde som åsyftas i AD 89/78, förf:s anm) om den företas utan godtagbara skäl, utgöra ett kollektivavtalsbrott. Motiveringen härför är enligt 1978 års dom att kollektivavtalen numera i allmänhet är slutna med anställningsskyddslagens regelsystem och synsätt som bakgrund, varför det kan vara naturligt att såsom ett utflöde av anställningsskyddet intolka en provningsrätt beträffande sådana omplaceringar som till sina verkningar för den enskilde arbetstagaren är jämförliga med en uppsägning."

Domen, i den del som här behandlats, har legat till grund för ett antal senare avgöranden.⁶¹⁸ Arbetsdomstolen har därigenom haft anledning att kommentera den. Sättet att beskriva innebörden av beslutsfattandet varierar. I AD 6/81 sägs domstolen ha slagit fast en rättsgrundsats. I AD 29/82 talas i stället om "den rättsuppfattning som där kom till uttryck".⁶¹⁹ I en tredje karaktäristik sägs arbetsdomstolen ha "skapat en ny form av dold klausul med ett materiellt innehåll i arbetstagaridans favör som sträcker

⁶¹³ SOU 1982:60 s. 297.

⁶¹⁴ Enligt Sigeman 1997b, s. 261, gavs regeln karaktär av tyst klausul i kollektivavtalet.

⁶¹⁵ Se AD 6/81: att ett beslut om omplacering ska kunna underkastas rättslig prövning endast i vissa undantagsfall ska ses mot bakgrund av bl.a. att rätten att leda och fördela arbetet inom SAF – LO – området innefattar en vidsträckt rätt för arbetsgivaren att omplacera arbetstagare.

⁶¹⁶ Malmberg, s. 252f.

⁶¹⁷ AD 106/91.

⁶¹⁸ Se t.ex. AD 112/82 och 46/83. Heuman har, 1992, s. 202, uttalat att om HD väljer att uttrycka en rättsnorm i ett prejudikat så bör den i stort sett fylla de krav på entydighet och bestämdhet som man ställer på lagregler. Den genom AD 89/78 skapade regeln kan sägas uppfylla ett sådant krav.

⁶¹⁹ Detsamma i AD 177/83.

sig längre än samrådsbestämmelserna i 11 – 14 §§ MBL.”⁶²⁰ Domen ses som det främsta exemplet på att arbetsgivarens ensidiga beslutanderätt i företags- och arbetsledningsfrågor kan begränsas genom rättspraxis. Domen har också uppfattats som ett exempel på rättsbildning genom en viss typ av analogi: arbetsdomstolen fann en lösning som var systemimmanent i den meningen att den harmonierade med värderingar som lagstiftaren gett uttryck för i närliggande frågor.⁶²¹ Uttryckssättet för tanken till Strömholms beskrivning av ”rättsanalogi”⁶²²: ”en tillämpning på ett oreglerat fall av sådana *allmänna principer*, som kan anses gälla i det tillämpliga rättssystemet i allmänhet”. Det nyskapande inslaget beskrivs som att domaren själv ”ur ett obestämt författningsmaterial s. a. s. framdestillerar en rättsregel, som kanske inte finnes någonstans utsagd”. Strömholm gör en i förevarande sammanhang intressant kommentar.

”I själva verket är användningen av uttrycket ’analogi’ för att beteckna detta förfarande olycklig. ’Rättsanalogien’ är ett rättsskapande, som till skillnad från ’laganalogien’ *icke* bygger på en detaljerad *likhetsjämförelse* mellan en på visst sätt tolkad lagregel och den språkliga beskrivningen av ett oreglerat sakförhållande; termen ’analogi’, som just syftar på likheten som konstitutivt element, är föga skickad att karakterisera detta rättsskapande.”

Analogitanken kan också spåras inom domstolen i vissa domar. I AD 29/82 sägs domen gälla sådan omplacering ”som till sina verkningar för den enskilda arbetstagaren är jämförlig med en uppsägning”. I AD 46/83 talas (s 296) om omplacering som ”fått så ingripande verkningar att den kan underkastas rättslig prövning på ett sätt som påminner om vad som gäller vid uppsägning”. I AD 174/83 prövades en omplacering av en kommunalt anställd brandchef. En omplacering, innefattande ett arbetsledningsbeslut, ansågs i regel kunna prövas av domstol endast om omplaceringen till sina verkningar var ”jämförlig med” uppsägning och den vidtagits p.g.a. skäl hänförliga till den enskilde arbetstagaren personligen.

I AD 28/86 (Sköllerholm) gjordes en genomgång av rättsläget i fråga om arbetsledningsbeslut. Huvudregeln angavs vara att en arbetsgivare kan fatta sådana beslut efter fritt val. Tre undantag fanns: a) Om något annat följer av

⁶²⁰ Göransson 1997a, s. 259. Om dolda klausuler i kollektivavtal se Göransson 1990. Tekniken att tolka in dolda klausuler i kollektivavtal gavs lagstiftarstöd genom 44 § MBL, se Sigeman 1977a, s. 229 och Göransson 1997a, s. 267.

⁶²¹ Sigeman 1989–90, s. 205. Sigemans uttryckssätt här påminner om hans omdöme om domstolen i Sigeman 1977, s. 204, under initialskedet: ”Lösningarna valdes så att de harmonierade med principer som kommit till uttryck i den bestående rättsordningen.”

⁶²² Strömholm 1996, s. 461.

avtal. b) Beslutanderätten får inte utnyttjas på ett godtyckligt eller eljest otillbörligt sätt (beslutet får inte stå i strid med lag och goda seder). c) När det gäller omplaceringar som grundas på arbetstagarens personliga förhållanden och som får särskilt ingripande verkningar med hänsyn till såväl arbetsuppgifter som anställningsförmåner och anställningsförhållandet i övrigt krävs godtagbara skäl för åtgärden. Bakgrunden till undantaget i c) sades hänga samman med anställningsskyddets utveckling. Vid en omplacering av sådan beskaffenhet kan arbetstagaren nämligen uppfatta nackdelarna med omplaceringen som så betydande, att åtgärden inte i något väsentligt hänseende skiljer sig från en uppsägning. Kravet på godtagbara skäl för en sådan omplacering hade uppställt i syfte att undvika en oacceptabel lucka i den enskilde arbetstagarens anställningsskydd.

I AD 67/89 (Sköllerholm) sades bl.a. att "särskilt ingripande omplaceringar av arbetstagare" borde kunna prövas rättsligt "på ett sätt som *påminner om* (min kurs) vad som gäller vid uppsägning". Även det sättet att uttrycka sig kan uppfattas som analogiserande.

Sigeman sätter frågan om analogi i relation till "den rättskällelära som kan anses vedertagen inom domstolsväsendet".⁶²³ Han konstaterar, att en domare, när han finner de förnämsta källorna ge honom ett visst rättsligt spelrum, av tradition söker en lösning

"som i någon mening kan sägas vara *systemimmanent* på det sättet att den är förenlig med värderingar som kan utläsas av redan gällande rättsliga regleringar (främst i lag) vilka inte är direkt tillämpliga men avser situationer som liknar den som domaren har framför sig. Det blir här fråga om analogi-resonemang med stöd i rättskällor *av andra graden*."⁶²⁴

Efter att bl.a. ha redovisat olika analogiresonemang i domskälen finner Sigeman, att domstolens argumentation främst är grundad på rättsanalogi.

När det gäller bakgrunden till att arbetsdomstolen skapade en regel framhålls i SOU 1982:60 s. 297 särskilt den del av motiveringen som avsåg "förändringarna på senare tid i åtskilliga arbetsrättsliga hänseenden". Tanken förefaller ha varit att man genom sitt ställningstagande i domen velat bringa bedömningen av den typ av frågor som var aktuell i AD 89/78 i harmoni med det omkringliggande regelsystemet.

Av visst intresse som bakgrund till målet kan kanske vara AD 12/76 där en omplacering ansågs böra "betraktas såsom" en avstängning i den mening

⁶²³ När det gäller de rättskällor av olika grader som nämns i det närmast följande hänvisas till referatet av Sigemans uppfattning rörande rättskällor och deras inbördes vikt i 1.5.

⁶²⁴ Sigeman 1997b, s. 263.

som avses i 34 § LAS. I AD 95/76 bekräftades bedömningen i AD 12/76; en väsentlig förändring av arbetsuppgifterna ansågs kunna vara att likställa med avstängning enligt 34 § andra stycket LAS.⁶²⁵

Domen innehåller också ett beaktande av konsekvenser (en omplacering kan innebära stora förändringar i skilda hänseenden i en arbetstagares förhållanden; om man inför en möjlighet att underkasta särskilt ingripande omplaceringar en rättslig prövning, så uppstår inte otillfredsställande luckor i rättsskyddet för den enskilde arbetstagaren).

9.2.2 Lön vid skyddsombudsstopp.

AD 164/79 (Stark) Hade arbetstagare rätt till lön när de underlät att utföra arbete under hänvisning till AML 3 kap 4 § stycke 2 eller när skyddsombud avbrutit arbetet med stöd av AML 6 kap 7 §?

Arbetsdomstolen konstaterade att:

- a) lagstiftaren inte avsett att ta ställning i frågan.
- b) verkstadsavtalet inte gav någon rätt till betalning.

Båda parter i målet var av den uppfattningen att frågan var tyst reglerad i avtalet och att en allmän rättsgrundsats av visst innehåll existerade. Arbetsdomstolen uttalade först att ”en fråga av detta slag normalt sett måste antas vara avtalsreglerad” och längre fram i domskälen att den typsituation som var aktuell i målet *inte* kunde lösas genom tolkning av verkstadsavtalets regler. Situationen förklarades vara ”särpräglad” och böra avgöras ”på grundval av mera allmänna överväganden av skälighetsnatur med beaktande av de särskilda omständigheter” som förelåg. Domstolen uttalade:

1. Det skulle säkerligen strida mot allmän rättsuppfattning på arbetsmarknaden om – när omständigheterna oväntat och plötsligt visar sig vara sådana att arbetet inte kan utföras utan att allvarlig fara för personskada föreligger – avbrottet i arbetet skulle föranleda bortfall av lön för den händelse annat arbete inte finns tillgängligt eller inte anvisas och permittering inte sker.

2. Det var också naturligt att se saken så.

3. Skyddsombudets åtgärd att avbryta arbetet skulle ha skett med fog för att inte lönebortfall skulle komma i fråga – beroende på att det var rimligt, vilket i sin tur följde av

- a) mera allmänna utgångspunkter;
- b) AMLs syfte och karaktär;
- c) att en sådan åsikt finns uttryckt i AMLs förarbeten.

4. ”Av lagstiftningens förarbeten framgår också entydigt att lagstiftaren inte avsett att ta ställning i denna fråga. Avgörande för rätten till lön i den föreliggande situationen blir i stället vad som gäller uttryckligen eller underför-

⁶²⁵ En väsentlig skillnad mellan de två senast nämnda fallen och AD 89/78 är att i det senare fallet ingen uppsägning ägt rum före omplaceringen.

stått enligt avtal, dvs i detta fall verkstadsavtalet.”

Slutsatsen blev att *verkstadsavtalet* innebar, att de arbetare som berörs av ett stopp i arbetet har rätt till lön om skyddsombudet har avbrutit arbetet med fog.

Även om det konstaterades att det var verkstadsavtalet som innebar rätten till lön så hänvisades i ingressen till AML 3:4 och 6:7. I AD 58/84 (Stark) gavs upplysningen att domstolens ställningstagande i betalningsfrågan i AD 164/79 avtalsrättsligt var att uppfatta som en utfyllnad av det mellan parterna gällande avtalet.

I AD 165/79 (Stark) uppkom samma rättsfråga som den i AD 164/79 besvarade – dock att tvisten rörde arbetstagare som inte var bundna av kollektivavtal. Här fann AD ändå att den i AD 164/79 angivna principen ägde tillämpning. Det gick dock inte att anknyta till verkstadsavtalet och dess eventuella innehåll. AD anknöt i stället till arbetstagarnas enskilda anställningsavtal och fann att de fick anses vila på en ”grundsats”: att arbetstagarna har rätt till lön under tid då skyddsombuden stoppat arbetet endast under förutsättning att skyddsombudet haft fog för sin åtgärd.⁶²⁶

Följande fall ger viss upplysning om arbetsdomstolens sätt att se på användandet av tekniken med interpolering av klausuler i kollektivavtal.

I AD 29/82 (Stark) hävdades att en arbetsgivare handlat avtalsstridigt genom att ge en föreskrift rörande en arbetstagares fritid. Ståndpunkten ansågs innebära att en regel som hindrar sådana föreskrifter kunde ”intolkas i kollektivavtal eller anställningsavtal”. Domstolen var av annan uppfattning:

”[Det] saknas stöd såväl i praxis som i doktrin för att kollektivavtal eller anställningsavtal skulle som en tyst klausul innehålla en regel som hindrar varje föreskrift från arbetsgivarens sida som tar sikte på arbetstagarens fritid. Det skulle säkerligen visa sig vara en ytterst vanskelig uppgift att formulera en sådan regel. Inte minst med hänsyn härtill måste antas att en regel av detta slag inte kan intolkas vare sig i kollektivavtal eller anställningsavtal.”

Det var väl närmast fråga om att avfärda ett från domstolens synvinkel befängd förslag? Men domskälen ger också en viss upplysning om hur man mera allmänt såg på intolkning av regler i avtal. Det saknades stöd i praxis eller doktrin för den föreslagna ståndpunkten. Dessutom skulle det ha varit ”en ytterst vanskelig uppgift” att formulera en sådan regel.

Göransson har diskuterat arbetsdomstolens syn (i domen AD 7/72) på

⁶²⁶ AD 164 och 165/79 diskuterades i AD 8/80. I AD 58/87 tillämpades den i AD 164/79 formulerade regeln.

möjligheterna att formulera allmänna rättsgrundsatser.⁶²⁷ Enligt uttalanden i förarbetena till KAL skulle det gå att – utan uttrycklig reglering i avtalet – i kollektivavtal ”inrymma rättigheter, som har varit allmänt vedertagna vid den tid då det aktuella avtalet upprättades”. I AD 7/72 anvisade arbetsdomstolen en metod för att bestämma vilka rättigheter som tillkommer part enligt allmänna rättsgrundsatser. Rättigheten skulle ha varit allmänt vedertagen av parterna vid tidpunkten för det aktuella kollektivavtalets tillkomst. Göransson hävdar att det inte går att finna en vedertagen uppfattning, att det är en ren fiktion att sådana skulle existera. ”Såväl vid formuleringen av en rättsgrundsats som vid senare precisering av dess innebörd synes domarna i praktiken närmast grunda sig på vad AD funnit vara ’rimligt och rättvist’.”⁶²⁸

9.2.3 Bevisbörderegler

Ställningstaganden i frågor rörande bevisningen har i många fall avgörande betydelse för utgången i ett mål. En fråga som ofta aktualiseras – och som till stor del lämnats oreglerad av lagstiftaren – är den om placeringen av bevisbördan. Ett viktigt område för nyskapande insatser från den rättslige beslutsfattarens sida är just regler därom.⁶²⁹ Ett från arbetsrätten känt exempel rör fördelningen av bevisbördan i samband med påstådd kränkning av arbetstagares föreningsrätt. Arbetsdomstolen har – efter det att ett visst handlande kunnat konstateras vara en åtgärd enligt 8 § MBL eller dess föregångare – i ett stort antal fall⁶³⁰ haft att avgöra om åtgärden varit att anse som en föreningsrättskränkning. Avgörande för bedömningen har varit om åtgärden vidtagits i ett föreningsrättskränkande syfte. Det har ansetts ligga i sakens natur att det är svårt för en part att bevisa vilket syfte motparten haft med en viss åtgärd. Man har därför tillämpat en i praxis tillskapad regel om fördelning av bevisbördan innebärande att den part som påstår att en föreningsrättskränkning ägt rum ska visa sannolika skäl för att motparten har vidtagit åtgärden i ett föreningsrättskränkande syfte. Har käranden lyckats därmed, ankommer det på svaranden att visa att han haft ett av föreningsrättsfrågan oberoende, objektivt godtagbart, skäl för sin påtalade åtgärd.⁶³¹ Liknande tanke-

⁶²⁷ Göransson 1988, s. 266f.

⁶²⁸ A. a. s. 268.

⁶²⁹ Se ARK s. 588.

⁶³⁰ För exempel se AD 12/77, 17/81 och 49/82.

⁶³¹ Om bakgrunden till regeln se Bylund, s. 27ff. För exempel från arbetsdomstolen på tillämpning av regeln se AD 58/88. Om bevisbörderegeln tillämpning i uppsägningsmål se Källström 1997, s. 119f.

gångar förekommer även i andra sammanhang.

I AD 93/78 (Lind) prövades om en permittering innebar en stridsåtgärd. Parterna i målet hade olika uppfattningar i frågan om den vidtagits i påtryckningssyfte eller inte. Avgörande var vad utredningen kunde anses visa i fråga om arbetsgivarparternas syfte med permitteringsbeslutet. I bevisfrågan uttalades: "Det ligger i sakens natur att det för en part är mycket lättare att visa att en viss åtgärd faktiskt har vidtagits än att också styrka vad motparten har åsyftat med åtgärden i fråga. Kraven på den bevisning som behövs för att visa vilket syfte som legat bakom en åtgärd kan därför inte ställas lika högt som när det är fråga om bevisning för att utreda att en viss åtgärd faktiskt har vidtagits."

Ett antal bevisbörderegler har sin bakgrund i tvister med anknytning till LAS. Allmänt torde kunna sägas att bevisreglerna utformats på ett sätt som är avsett att försvåra ett kringgående av lagstiftningen.⁶³² Några rör anställningsformen.

AD 84/75 (Stark) Enligt 5 § första stycket i 1974 års LAS gällde anställning tills vidare, om inget annat hade avtalats. För den situationen att det uppstod oklarhet om huruvida annan anställning än tillsvidareanställning hade överenskommits formulerades i domen en bevisregel: "[Det bör] åligga den part som påstår att annan anställningsform avtalats att bevisa detta." Enligt vad som uttalades i AD 45/84 (Stark) kunde dock ett annat synsätt vara befogat på områden där enligt fast branschpraxis den normala anställningsformen var en annan än tillsvidareanställning. Den i AD 84/75 formulerade regeln bekräftades i bl.a. AD 81/76 (Ljungar): När oklarhet förelåg huruvida annan anställning än tillsvidareanställning överenskommits, ansågs detta böra gå ut över den part som påstår att annan anställningsform avtalats, och i AD 88/76 (Lunning) där arbetsdomstolen fann att av 5 § första stycket i 1974 års LAS följde att den som gjorde gällande att ett avtal träffats om tidsbegränsad anställning hade att visa att så också hade skett.⁶³³

Omständigheterna i samband med en anställnings upphörande kan vara oklara.

I AD 27/75 (Stark) uttalades att den av parterna i ett anställningsförhållande som gör gällande att anställningen har upphört efter uppsägning är skyldig att styrka uppsägningen, om uppgiften därom bestrids. I AD 119/76 (Stark) skulle avgöras bl.a. om en arbetstagare Ls anställning upphört genom uppsägning från arbetsgivarens sida eller genom uppsägning av honom själv. Arbetsdomstolen fann det inte styrkt att L själv sagt upp sin anställning, vil-

⁶³² Om "det allmänna syfte" som ligger bakom LAS se prop 1973:129 s. 122: "strävan-dena att tillförsäkra arbetstagarna ett så gott anställningsskydd som möjligt".

⁶³³ Se även t.ex. AD 40/85. I AD 92/90 sades regeln gälla "enligt fast praxis".

ket får tolkas som att bevisbördan för detta förhållande åvilade arbetsgivaren.

I AD 39/76 (Stark) rörande varsel om avskedande hävdades av arbetsgivaren att anställningen upphört genom överenskommelse med arbetstagaren och inte genom avskedande. Arbetsdomstolen uttalade att i rättstillämpningen måste beaktas att en sådan överenskommelse innebär att arbetstagaren avsägar sig de förmåner och den trygghet som LAS erbjuder i skilda hänseenden. Det gällde att dra en gräns mellan det fallet att en arbetstagare genom överenskommelse frivilligt frånträder sin anställning och det fallet att han endast för stunden avstår från att resa invändning mot arbetsgivarens önskemål om anställningens upphörande. "Framgår av omständigheterna att det huvudsakligen var i arbetsgivarens intresse som anställningen upphörde, bör i ett fall som det förevarande starka krav uppställas på den bevisning som åberopas till stöd för att en överenskommelse om anställningens upphörande har kommit till stånd." I AD 28/77 (Lind) hade en arbetstagare skilts från anställningen. I anslutning till ett konstaterande att i LAS uppställts krav på att uppsägning från arbetsgivarens sida skulle vara skriftlig och att syftet med skriftlighetskravet var att undvika tvister om huruvida uppsägning ägt rum eller om vem som har sagt upp ett anställningsavtal, uttalade arbetsdomstolen att man mot den bakgrunden måste ställa "förhållandevis stränga krav" på den bevisning som förs från en arbetsgivare i syfte att visa att han muntligen sagt upp arbetstagaren.

Arbetsgivaren ska visa att det finns saklig grund för en uppsägning eller ett avskedande, vilket innebär att bristfällig bevisning rörande de omständigheter som åberopas som grund för uppsägningen eller avskedandet går ut över denne.

AD 102/76 (Lind): "[D]et är arbetsgivaren som har att styrka de omständigheter som åberopas till grund för avskedande eller uppsägning." I AD 13/76 (Stark) med prövning av om saklig grund för uppsägning förelegat lämnade parterna motstridiga uppgifter. Arbetsdomstolen fann inte anledning att sätta den ena partens utsaga framför den andras och att det därför inte kunde anses utrett att arbetstagaren handlat felaktigt. I AD 7/76 (Ljungar) förelåg tvist om huruvida grund för avskedande förelegat. Arbetsgiversidans och arbetstagersidans framställningar av visst händelseförlopp gick på väsentliga punkter isär. Arbetsdomstolen konstaterade att arbetsgiversidan inte kunde anses ha förmått visa att arbetstagaren förfarit på annat sätt än vad som hävdats från arbetstagersidan och att denne således gjort sig skyldig till någon försummelse. En närbesläktad fråga behandlades i AD 111/76 (Stark). Arbetsdomstolen uttalade att vid tvist om huruvida en uppsägning är befogad, måste beaktas att det är arbetsgivaren som förfogar över det material som utgör underlag för planeringen och fördelningen av tjänsteunderlaget för personalen. Om arbetstagersidan i något hänseende ifrågasätter

huruvida arbetsgivaren gjort vad som rimligen kan krävas till undvikande av uppsägningen, bör det därför åligga arbetsgivaren att i lämplig form redovisa de bedömningar som föranlett att uppsägningen enligt arbetsgivarens uppfattning inte kunnat undvikas ävensom det underlag som legat till grund för dessa bedömningar. På grundval av redovisningen och utredningen i övrigt får prövas huruvida uppsägningen kan anses sakligt grundad. Redovisar inte arbetsgivaren de bedömningar som skett och underlaget för dessa på ett tillfredsställande sätt, blir följden att uppsägningen redan av det skälet måste underkännas. AD 117/76 (Stark) Tvist huruvida grund för avskedande förelegat på grund av påstått våld från arbetstagaren mot representant för arbetsgivaren. Arbetsdomstolen konstaterade att det i sådana tvister är arbetsgivaren som har att visa att skäl förelegat att skilja arbetstagaren från anställningen.⁶³⁴ I AD 17/75 (Stark) gjordes allmänna uttalanden om vilka krav på bevisning som ska gälla vid prövning av påståenden om avsiktliga förseelser av allvarlig karaktär från arbetstagarens sida. I målet skulle bedömas bl.a. om arbetstagaren s. hotat förmannen E med våld. Det konstaterades att den som på en arbetsplats fäller allvarligt menade yttranden som innefattar hot om våld gör sig skyldig till en förseelse som måste bedömas som mycket allvarlig. Med hänsyn därtill ansågs det givet att ”starka krav måste ställas på den bevisning som vid rättslig prövning åberopas till stöd för att ett sådant yttrande fällt”.

I ett antal fall har diskuterats bevisfrågor i anslutning till s.k. fingerad arbetsbrist. Fallen utmärks av att arbetsgivaren som grund för en uppsägning åberopat arbetsbrist eller liknande och att – enligt arbetstagaren – annan, ovidkommande grund i själva verket varit bestämmande för arbetsgivarens handlande samt av att förändringen av verksamheten tagit sikte på enstaka arbetstagare. Arbetsdomstolen har markerat att arbetstagaren inte på grund av bevissvårigheter får hindras från att med framgång angripa en uppsägning, där påstådd arbetsbrist endast utgör en täckmantel för annan omständighet. En regel för en nyanserad bevisbedömning i sådana fall har formulerats:

AD 26/76 (Stark) Ju sannolikare det framstår – på grundval av den bevisning som avser arbetstagarens påstående – att en uppsägning orsakats av annan omständighet än den som arbetsgivaren har uppgivit, desto starkare krav bör ställas på arbetsgivaren att visa att uppsägningen skulle ha företagits av företagsekonomiska skäl även om den ovidkommande omständigheten inte förelegat. Uppgivna företagsekonomiska skäl för åtgärden kan komma att granskas betydligt mera ingående än vad som annars sker. Kvarstår ovisshet om att uppsägningen skulle ha skett om den ovidkommande

⁶³⁴ Se även t.ex. AD 3/76, 160/86, 52/87 och 90/87. Se även Lunning 1989, s. 183f.

omständigheten inte förelegat bör det gå ut över arbetsgivaren.⁶³⁵ Att tveksamhet ibland kan uppstå huruvida ett visst fall är sådant att regeln är tillämplig framgår av AD 133/80. Tveksamheten sammanhänger med att ytterligare två personer sagts upp samtidigt som käranden i målet. Av sistnämnda dom framgår att arbetstagaren har bevisbördan för påståendet att en uppsägning som arbetsgivaren uppger vara grundad på arbetsbrist i själva verket beror på personliga skäl. Bevisbördan för att arbetsbrist föreligger åvilar däremot arbetsgivaren. Innebörden av det senast sagda är att arbetsgivaren i allmänhet har fullgjort sin bevisskyldighet om han styrker att förändringen i verksamheten är verklig och inte fingerad. Det ankommer inte på domstol att gå in på om förändringen är motiverad från företagsekonomisk synpunkt eller ej.

Även andra sidor av anställningsförhållandet har aktualiserat bevisfrågor.

AD 51/78 (Lind) En arbetstagare s. sades upp från sin anställning på grund av arbetsbrist. Tvist uppkom huruvida W som företrädare för arbetsgivaren erbjudit s. fortsatt anställning med anledning av att en annan arbetstagare sagt upp sin anställning. Arbetsdomstolen fann det sannolikt att W kunde ha uttryckt sig på ett sätt som givit s. visst fog för att uppfatta ett mellan dem fört samtal som ett erbjudande om fortsatt anställning. Eftersom s. en gång i tiden anstälts av W ansågs det från Ss synpunkt ha varit naturligt att uppfatta situationen som att det ankom på W att ge erbjudande om fortsatt anställning. Det beaktades också i målet att s. hade företrädesrätt till anställningen i fråga, varför det legat särskilt nära till hands för s. att uppfatta visst uttalande av W rörande en fortsatt anställning som ett erbjudande om sådan anställning. Arbetsdomstolen uttalade att det i sådana situationer som den här aktuella i princip måste ställas det kravet på arbetsgivarparten att den förmådde visa eller åtminstone göra sannolikt att diskussioner, som förts med företrädesberättigade arbetstagare om fortsatt anställning på lediga befattningar, skett utan att erbjudande lämnats arbetstagaren om fortsatt anställning. AD 4/76 (Stark) I en tvist rörande vissa permitteringsfrågor, bl.a. huruvida ett arbete varit till sin natur sammanhängande eller ej, uttalade arbetsdomstolen (s 75) att det åvilade arbetsgivaren att styrka vilka försättningar som gällt för arbetet och hur detta närmare hade varit anordnat.

AD 51/83 (Bouvin) Det får i en tvist om huruvida en arbetstagare saknar tillräckliga kvalifikationer enligt 22 § LAS anses i första hand åvila arbetsgivaren att visa grund för sitt påstående att arbetstagaren saknar tillräckliga kvalifikationer.

⁶³⁵ Se även AD 110/78 och 158/86 där det talas om "det krav på en nyanserad bevisbedömning som bör uppställas när det är fråga om uppsägning av en enstaka arbetstagare under återopande av arbetsbrist".

Exempel på bevisregler kan hämtas även från andra områden inom arbetsrätten.

AD 85/85 (Eklundh) I 14 § första stycket semesterlagen sägs att semesterledighet inte får förläggas till uppsägningstid utan arbetstagarens medgivande. Enligt vad arbetsdomstolen uttalade i domskälen ska en eventuell oklarhet i frågan om huruvida arbetstagaren har lämnat ett medgivande i princip gå ut över arbetsgivaren. Motiveringen angavs vara att bestämmelsen tillkommit för att förhindra inskränkningar i det skydd som rätten till uppsägningstid ger arbetstagaren.

I AD 67/87 (Bergqvist) behandlades – med hänvisning till tidigare rättsfall – frågan om vilka krav som, i samband med prövning enligt jämL, ställs på en arbetsgivares uppgift om en arbetssökandes bristande personliga lämplighet för en anställning. För att upprätthålla lagens diskrimineringsförbud var det nödvändigt att kräva ”stark och tillförlitlig bevisning” i fråga om den påstådda olämpligheten.

AD 89/78 (Stark) Parterna tvistade om bl.a. huruvida arbetsgivaren fullgjort sin förhandlingsskyldighet enligt 11 § MBL före beslut om att placera en arbetstagare. Det hade åvilat arbetsgivaren att ta initiativ till förhandling medan det inte var arbetstagarorganisationens sak att ta något initiativ för att få förhandling till stånd. ”Med hänsyn härtill är bolaget otvivelaktigt bevisskyldigt för att parterna nått sådan enighet i förhandlingsfrågan som leder till att förhandling inte skulle vara meningsfull. Relativt stränga krav torde böra ställas på bevisningen för att sådan överenskommelse träffats i saken.”

Bevisreglerna utformades ofta på ett sätt som skulle försvåra ett kringgående av lagstiftningen. De avsågs främja lagstiftningens syfte och var i den meningen lagstiftarorienterade.⁶³⁶

9.2.4 Kringgående av tvingande skyddslagstiftning.

I arbetsdomstolens praxis finns, som redan framgått, åtskilliga exempel på att man i sitt beslutsfattande fäst avseende vid om en part försökt kringgå en skyddsregel i lag eller om en viss utformning av en regel skulle kunna underlätta försök att kringgå regeln.⁶³⁷ Domstolen har också behandlat frågan på ett mera generellt plan.

I AD 50/86 (Sköllerholm) uttalades att det skulle vara stötande och från rättslig synpunkt oriktigt att låta kringgående av lag passera och att det var en uppgift för rättstillämpningen att medverka till att så inte sker. För att ett

⁶³⁶ Se även AD 56/86.

⁶³⁷ Beträffande vikariat se Henning, s. 274.

kringgående ska kunna konstateras ställdes upp tre krav. För det första måste de åtgärder som påstås utgöra ett kringgående styrkas. För det andra måste syftet med åtgärderna antas ha varit att undgå tillämpning av de aktuella lagreglerna. För det tredje ska handlandet med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet framstå som otillbörligt.⁶³⁸

Arbetsdomstolen tillhandahöll här en generellt utformad regel som avser att stävja försök till kringgående av regler som härrör från lagstiftaren. Domen ger ett klart uttryck för att tillämparen ställer sig lojal med lagstiftaren.

9.2.5 Konkurrerande kollektivavtal

De domar som ska behandlas i det närmast följande gäller tvister där en arbetsgivare bundit sig för att tillämpa konkurrerande kollektivavtal för en och samma verksamhet. Arbetsdomstolen har utbildat vissa principer rörande arbetsgivarens skyldigheter i förhållande till motparterna i respektive kollektivavtalsförhållande.⁶³⁹ I fråga om de rättsliga konsekvenserna av bundenheten har gjorts skillnad mellan två olika typer av bestämmelser i kollektivavtal: å ena sidan bestämmelser om anställningsvillkor och å andra sidan bestämmelser i andra frågor, som endast gäller mellan parterna och inte angår anställningsvillkoren, t.ex. rörande granskningsarvode. Bl.a. följande frågor har aktualiserats:

1. Om en viss verksamhet är reglerad av två konkurrerande kollektivavtal i fråga om anställningsvillkoren, ska då det ena kollektivavtalets bestämmelser ges företräde?
2. Om fråga 1 besvaras jakande, åt vilket kollektivavtal ska då företräde ges?
3. Om arbetsgivaren inte anses skyldig att tillämpa bestämmelserna i det ena kollektivavtalet, är han då skyldig att i alla fall utge skadestånd för avtalsbrott till motparten i detta avtal?
4. Vad gäller i fråga om andra bestämmelser i ett kollektivavtal än sådana som avser anställningsvillkor?

AD 14/74 (Stark). N utförde arbeten avseende schaktning mm med grävmaskin inom olika nybyggnadsområden genom att till beställare tillhandahålla grävmaskin jämte förare. Arbetena föll inom tillämpningsområdena för dels

⁶³⁸ Se också AD 76/84, 144/86, 9/87, 148/87 (med hänvisning till prop 1981/82:71 s. 50) och 160/88.

⁶³⁹ SOU 1994:141 s. 327. För bakgrund och rättsläge se Sigeman 1994, s. 130ff. Som påpekas i a. a. s. 132 har principen om det först träffade kollektivavtalets företräde vid konkurrens mellan två svenska kollektivavtal befästs genom 31 a § MBL.

det s.k. maskinförareavtalet dels det sk anläggningsavtalet och det till detta anslutande semesteravtalet. N var bunden av maskinförareavtalet genom medlemskap i den kollektivavtalsslutande arbetsgivarorganisationen och av anläggnings- och semesteravtalen på grund av hängavtal. N tillämpade maskinförareavtalet för arbetena. Tvist uppkom huruvida N varit skyldig att tillämpa anläggnings- och semesteravtalen. Någon ledning i rättskällematerial stod inte att finna. Arbetsdomstolen ansåg frågan om rättsverkningarna av att en arbetsgivare är bunden av två konkurrerande kollektivavtal för samma verksamhet böra betraktas ”ur en vidare synvinkel”. Man började med att behandla de rättsliga konsekvenserna av att en arbetsgivare för en och samma verksamhet befinner sig bunden av två konkurrerande kollektivavtals bestämmelser *om anställningsvillkor*. Den typ av avtal som tvisten gällde – kollektivavtal av riksavtalskaraktär – innefattade en mycket detaljerad och långtgående reglering av de anställningsvillkor som skulle gälla mellan arbetsgivare och arbetstagare. Anställningsvillkoren får dessutom sitt innehåll inte bara av kollektivavtalets uttryckliga bestämmelser utan också av den avtalstillämpning och praxis i övrigt varom parterna är ense. I sin argumentering framhöll arbetsdomstolen följande. 1. Att tillämpa två konkurrerande kollektivavtal vid sidan av varandra för samma verksamhet skulle innebära ”betydande olägenheter av främst praktisk natur” om inte avtalen var på förhand omsorgsfullt samordnade till varandra. 2. Det är ett självfallet arbetsgivarönskemål att ha endast ett kollektivavtal att följa för viss arbetstagargrupp inom ett och samma verksamhetsområde. 3. Från arbetstagsarsidan ses frågan på likartat sätt. 4. Det ansågs – kort sagt – bäst överensstämmande med den allmänna uppfattningen på arbetsmarknaden att anse att om viss verksamhet är reglerad av två konkurrerande kollektivavtal så ska företräde ges åt det ena avtalets bestämmelser om anställningsvillkor. När det gällde att avgöra vilket av avtalen som skulle ges företräde förklarades att det först tillkomna avtalet ”måste” ha företräde, i varje fall som huvudregel. I AD 23/74 refererades ställningstagandet i AD 14/74 på följande sätt.

”Domstolen fann i det målet omständigheterna vara sådana att arbetsgivaren var skyldig att tillämpa endast det ena avtalets anställningsvillkor samt att det först tillkomna avtalet ägde företräde.”

N ansågs inte ha varit skyldig att tillämpa det senare tillkomna hängavtalet och inte heller att utge allmänt skadestånd eftersom motparten vid hängavtalets ingående visste om arbetsgivarens bundenhet av det tidigare ingångna avtalet.

Anläggningsavtalet innehöll emellertid också regler om granskningsarvode, vilket föranledde ett klarläggande av vad som gällde rörande bestämmelser i *andra frågor* – sådana som endast gäller mellan parterna och inte angår anställningsvillkoren. Här befanns allmänna rättsgrundsatser inom avtalsrätten böra tillämpas. Domstolen fann inte anledning att gå närmare in

på frågan, men konstaterade ändå att bundenheten av maskinföraravtalet inte utgjort något hinder för N att följa anläggningsavtalets bestämmelser om granskningsarvode. N ålades därför att betala allmänt skadestånd för avtalsbrott i det avseendet.

Vid bedömningen av om det ena av två konkurrerande kollektivavtal skulle ges företräde framför det andra när det gällde tillämpning av bestämmelser om anställningsvillkor, såg arbetsdomstolen här till konsekvenserna av sitt ställningstagande. Man ville inte medverka till införandet av en ordning som skulle medföra ”betydande olägenheter”. Det ur praktisk synvinkel önskvärda pekade i samma riktning som den allmänna uppfattningen på arbetsmarknaden. I fråga om övriga bestämmelser (sådana som endast gäller mellan avtalsparterna) ansågs inte ovan refererade omständigheter mot att samtidigt tillämpa konkurrerande kollektivavtal kunna åberopas.

En regel skulle kunna formuleras.

Om arbetsgivare för viss verksamhet är bunden av två kollektivavtal, skall, beträffande bestämmelser rörande anställningsvillkor, regelmässigt företräde ges åt det äldre avtalet.

Underlåtenhet att tillämpa det yngre avtalet föranleder inte skyldighet att utge allmänt skadestånd för avtalsbrott, om motparten i detta avtal vid ingåendet kände till arbetsgivarens bundenhet av det äldre avtalet.⁶⁴⁰

Beträffande sådana bestämmelser i konkurrerande kollektivavtal som gäller endast mellan parterna gäller samma rättsgrundsatser som i allmänhet inom avtalsrätten.⁶⁴¹

Rättsläget bekräftades – och utvecklades – i de efterföljande domarna 50 – 53/74, 14/77, 75/78, 111/78, 112/78, 100/79, 110/79, 158/79, 159/79, 25/80, 18/83 och 98/88.

Rättsläget beträffande bestämmelser i konkurrerande kollektivavtal som gäller endast mellan avtalsparterna ska beröras ytterligare.

I AD 14/77 (Stark) hade arbetsgivaren S för samma tidsperiod dels förpliktat sig i förhållande till arbetstagaorganisationen A att utge granskningsarvode till A dels förbundit sig i förhållande till arbetstagarorganisationen B att inte utge sådant arvode till A. När A utövade sin rätt att granska löneförhållandena hos S uppkom en situation i vilken S inte kunde följa sitt åtagande i förhållande till den ena organisationen utan att samtidigt bryta mot

⁶⁴⁰ Se AD 50/74, s. 453f.

⁶⁴¹ Se AD 14/74, s. 164. Beträffande bestämmelser som gäller endast mellan parterna är huvudregeln att arbetsgivaren är skyldig att fullgöra sina förpliktelser enligt båda kollektivavtalen, Sigeman 1994, s. 132.

sitt åtagande i förhållande till den andra.⁶⁴² I ett sådant läge (då alltså part till skilda motparter lämnat oförenliga utfästelser) skulle "allmänna rättsgrundsatser" i princip gälla, innebärande att den först lämnade utfästelsen skulle fullgöras efter sitt innehåll utan hänsyn till den senare utfästelsen. Den senare utfästelsen var dock inte ogiltig utan kunde resultera i skadeståndsskyldighet. I AD 14/74 och 50/74 hade diskuterats endast sådana situationer där motparten i det yngre avtalet *känt till* den tidigare gjorda utfästelsen. I AD 14/77 utvidgades rekvisitet till att omfatta även situationer där organisationen bort känna till nämnda utfästelse. Som argument för utvidgningen anfördes den utveckling på skadeståndsrättens område som ägt rum.

AD 75/78 (Lind) Var bolaget S skyldigt att utge granskningsarvode till arbetstagarorganisationen B trots att S med arbetstagarorganisationen A träffat avtal om att ingen mättningsverksamhet och inga granskningsarvoden fick förekomma? Domstolen fann tvistefrågan vara i allt väsentligt densamma som den i AD 14/77 behandlade och gjorde samma bedömning som där. Vid direkt motsättning mellan två kollektivavtal "måste enligt allmänna rättsgrundsatser och i enlighet med den praxis arbetsdomstolen antagit i sådana fall" kollisionen lösas så att arbetsgivaren ska fullgöra sina förpliktelser enligt det äldre avtalet. Avtalsparten i det yngre avtalet var i princip hänvisad till skadestånd för avtalsbrott. S kunde inte tvingas att utge granskningsarvode till B.

En orientering i riktning mot lagstiftaren skedde genom hänvisningen i AD 14/77 till utvecklingen på skadeståndsrättens område. Argumentet kan också uppfattas som systematiskt.

Ytterligare en regel kan formuleras.

Har part i fråga om andra bestämmelser i ett kollektivavtal än sådana som gäller anställningsvillkor till skilda motparter lämnat oförenliga utfästelser gäller den först lämnade utfästelsen efter sitt innehåll utan hänsyn till den senare utfästelsen.

Underlåtenheten att fullgöra den senare utfästelsen föranleder skadeståndsansvar, dock endast under förutsättning att motparten varken känt till eller borde ha känt till den tidigare gjorda utfästelsen.

I AD 111/78 (Stark) sammanfattades rättsläget efter de i AD 14/74, 14/77 och 75/78 gjorda ställningstagandena på följande sätt.

Om en viss verksamhet finnes vara reglerad av två konkurrerande kollektivavtal gäller som huvudregel att det först tillkomna avtalets bestämmelser om anställningsvillkor har företräde framför det senare avtalets bestämmelser härom. I enlighet härmed är arbetsgivaren inte skyldig att tillämpa det

⁶⁴² I AD 14/74 var de båda kollektivavtalen, när det gällde bestämmelser om granskningsarvode, inte oförenliga.

senare avtalets bestämmelser om anställningsvillkor. Arbetsgivaren kan dock under vissa förutsättningar bli skadeståndsskyldig gentemot avtalsmotparten i det senare avtalet. I fråga om andra bestämmelser i ett kollektivavtal än sådana som gäller anställningsvillkor, dvs regler som inte direkt angår rättsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare, har arbetsdomstolen anlagt ett annat synsätt. I enlighet med allmänna rättsgrundsatser har domstolen i sådana fall antagit att arbetsgivaren blir fri från att fullgöra utfästelse i det senare kollektivavtalet endast om utfästelsen på det sättet kolliderar med utfästelse i det tidigare avtalet att arbetsgivaren inte kan följa det ena åtagandet utan att bryta mot det andra. Om i en sådan situation den senare utfästelsen får vika, kan dock under vissa förutsättningar skadeståndsansvar i stället uppkomma för arbetsgivaren.⁶⁴³

I domen diskuterades också en tidigare inte prövad situation. En arbetsgivare G hade i kollektivavtal med arbetstagarorganisationen A utfäst sig att inte lämna arbetsplatsanmälan och inte betala granskningsarvode. I ett senare kollektivavtal med arbetstagarorganisationen B hade G åtagit sig sådana förpliktelser och dessutom i en protokollsanteckning till detta senare avtal förklarat att det senare avtalet skulle gälla oavsett innehållet i tidigare tecknat avtal. Arbetsdomstolen fann att protokollsanteckningen inte ändrade innehållet i de gjorda utfästelserna. Man utvecklade i denna del av domskälen också innebörden av den allmänna rättsgrundsats som tidigare åberopats enligt följande. Om Gs utfästelser i de båda avtalen kunde fullt ut framtvingas genom rättsliga aktioner, skulle G kunna försättas i en tvångssituation ur vilken ingen utväg fanns. När därför det ena avtalet fick vika med hänvisning till allmänna rättsgrundsatser var det "ytterst" en fråga om att tillämpa *den allmänt erkända och självklara avtalsrättsliga principen att ingen kan åläggas att presteras vad som är omöjligt*.

Arbetsdomstolen beaktade konsekvenser, AD 14/74, men fann också en möjlighet att anknyta till lagstiftaren (beträffande skadestånd), AD 14/77. Allmänna rättsgrundsatser kom till användning. Sigeman har antagit att förebilden för de lösningar som arbetsdomstolen valt närmast varit fastighetsrättens regler för dubbelupplåtelse av nyttjanderätt.⁶⁴⁴

Genomgången av domsmaterialet föranleder följande *slutsatser* när det gäller inom arbetsdomstolen förekommande rättstillämpningsvärderingar i fråga om nyskapande. (Slutsatserna hänför sig till 9.1–9.2.5.)

Det fanns en tveksamhet till "fri rättstillämpning", AD 163/80, men det fanns situationer där man såg det som naturligt att utveckla handlings-

⁶⁴³ Se också AD 98/88, s. 718.

⁶⁴⁴ Sigeman 1994, s. 131, not 41.

mönster, AD 109/78, eller att utbilda vissa principer, AD 45/81 och 63/84.

Om det fanns grund för antagandet att en viss fråga av lagstiftaren överlämnats till rättstillämpningen för avgörande hesiterade man knappast inför uppgiften att medverka till en rättsutveckling.

Att lagstiftaren deklarerat att han inte tänkte agera, kunde vara ett argument för arbetsdomstolen att bidra till rättsutvecklingen på ett resolut sätt, AD 164/79.

Vissa lagstiftarmisstag ansågs kunna repareras i rättstillämpningen, AD 137/83 och 55/85.⁶⁴⁵

De exempel på nyskapande som givits ovan ger ytterligare belägg för att arbetsdomstolen var angelägen om att i görligaste mån anknyta till lagstiftaren. I AD 89/78 uppehöll man sig utförligt vid vad som kan kallas den omgivande rättsliga miljön. I AD 164/79 var intresset för anknytningar till lagstiftaren påtagligt. I båda fallen angavs dock också vad som ansågs vara "naturligt".⁶⁴⁶

Reglerna om bevisbörda utformades genomgående så att de skulle främja lagstiftningens syfte. Det fanns också en strävan att hindra kringgående av lagstiftningen.

Om AD fann att det krävdes för att lagens syfte skulle tillgodoses, kunde man gå relativt långt i rättsutvecklande syfte, AD 93/76, 71/77, 215/77 och 89/78.

Ett nyskapande av rättsregler kunde ske genom intolkning av tyst klausul i kollektivavtal, AD 89/78 och 164/79 men också på annat sätt.

I flera fall räckte det med en dom för att ge regeln en pregnant utformning.

9. 3 Situationer där arbetsdomstolen ansett att det legat på lagstiftaren att agera.

I 8.3 har redogjorts för ett antal situationer i vilka domstolen funnit anledning att avvisa tanken på en laganalogi. I det närmast följande ska redovisas ett antal uttalanden av arbetsdomstolen som kompletterar bilden av hur man ser på rollfördelningen mellan sig själv och lagstiftaren.

⁶⁴⁵ I båda dessa fall fanns minoriteter med avvikande uppfattning.

⁶⁴⁶ Undersökningen ger inte stöd för den beskrivning av domstolars syn på sin roll vid rättsbildningen som ges i Beyer, s. 587. Den förefaller innebära att domstolar endast stöder sig på "lagar, förarbeten och rättspraxis", men inte på "mera allmänna grundsatser". I Fahlbeck 1985, s. 322, (not 85) berörs arbetsdomstolens bruk av allmänna rättsgrundsatser.

Av uttalandena framgår att man ansett vissa frågor böra regleras av lagstiftaren.

Det förekom uttalanden om att effekter av lagstiftning i första hand var lagstiftarens sak.

AD 7/75 Om utvecklingen skulle visa att den valda tolkningen av den omtvistade bestämmelsen skulle leda till att syftet med lagen inte uppfylldes var det ett problem för lagstiftaren att lösa och inte för rättstillämpningen.

I AD 56/80 uttalade AD att det inte var domstolens sak att i sin rättstillämpning ta ställning till om mindre tilltalande effekter kunde uppkomma på grund av lagens konstruktion.

Ställningstagandena kan ses som uttryck för att domstolen inte ansåg sig ha ansvar för effekterna av en lagregel, utan endast för att tolkningen stod i överensstämmelse med rättskällorna.

I AD 113/79 besvarades frågan om sparandereglerna i 18 § semesterlagen innebar hinder för arbetsgivaren att i visst fall permittera utan att betala någon lön. I domen diskuterades relativt ingående praktiska konsekvenser av olika tänkta innebörder av sparandereglerna. Domstolen fann båda parter ståndpunkter vara förenade med nackdelar av skilda slag och att avvägningen av de olika ståndpunkterna mot varandra var en ytterst vanskelig uppgift. Det ansågs i detta fall vara lagstiftarens uppgift och inte domstolens att överväga vilka regler som kunde behövas för att ge sparandereglerna ”större praktisk räckvidd”.

Här torde det ha varit av betydelse att det vid tidpunkten för tvistens prövning i domstolen pågick utredningsarbete både rörande semesterlagen och rörande rätten till permittering. Domstolen ansåg sig ha anledning räkna med att den fråga som tvisten gällde skulle uppmärksammas i det pågående lagstiftningsarbetet.⁶⁴⁷

Exempel på att liknande frågor aktualiserats i andra sammanhang finns i bl.a. Högsta domstolens praxis. I ett fall (NJA 1982 s. 380) diskuterades bl.a. frågan om strikt produktansvar. Domstolen fann, att ingen rätt till ersättning för liden skada kunde grundas på ett av käranden påstått strikt produktansvar. Vid tidpunkten för avgörandet övervägdes frågan inom lagstiftningen.

”Med hänsyn till att frågor om strikt produktansvar för närvarande övervägs inom lagstiftningen bör dock på saksksadeområdet, i allt fall beträffande för-

⁶⁴⁷ Om från lagstiftningshåll deklarerats att en viss fråga inte kommer att regleras kan det tänkas vara ett argument för domstolen att agera, se AD 164/79.

hållanden mellan näringsidkare, inte nu genom avgörande i rättspraxis föregripas vad en lagstiftning på området kan anses böra innehålla.”⁶⁴⁸

En näraliggande fråga är den om beaktande av en viss ordnings ändamålsenlighet.

I AD 71/77 uttalade en minoritet inkluderande vice ordföranden Källner att en viss lagändring visserligen vore önskvärd, men att den borde ske genom lagstiftning eller avtal och inte genom ”tolkning”.

I AD 8/82 framträdde två olika synsätt när det gäller arbetsfördelningen. En majoritet framstod som påtagligt aktivistisk. I en av två skiljaktiga meningar (v ordf Edvard Nilsson) befanns ”rena ändamålssynpunkter” tala för en viss utgång i målet samtidigt som ”lagtexten” inte ansågs ge utrymme för en tolkning som skulle leda till den utgången. Då fanns det enligt denne ledamots uppfattning ”i detta läge inte någon möjlighet att komma till rätta med problemet i rättstillämpningen”.

I AD 32/82 uttalade en minoritet (inkl v ordf Ekman) att det kunde råda delade uppfattningar om det riktiga i att låta politisk utbildning omfattas av studieledighetslagen och fortsatte:

”Betänkligheter mot den rådande ordningen saknar emellertid betydelse från rättstillämpningssynpunkt. Studieleighetslagen ger arbetstagare en vidsträckt principiell rätt till ledighet för studier, oberoende av dessas art och kvalitet. Det är inte domstolens uppgift att genomföra någon begränsning i denna rätt.”

AD 151/88 (Bergqvist) Arbetsdomstolen fann att ena parten pekat på ett viktigt praktiskt problem vid tillämpningen av 19 § MBL men att det inte fanns något stöd för att lagen skulle inrymma den rätt för arbetstagarorganisationerna som hävdats i målet.

AD 60/86 (Bergqvist) En arbetstagare A anställdes i början av juni 1983 med tidsbegränsning enligt 5 § 4 LAS (ej fullgjord militärtjänstgöring) av anställningen till utgången av september 1984. As anställning upphörde den 30 september 1984. Efter fem dagars militärtjänstgöring avbröts den av medicinska skäl. A anmälde till den tidigare arbetsgivaren att han önskade återgå i arbete. I arbetsdomstolen hävdade arbetstagersidan att A hade företrädesrätt till återanställning enligt 25 § LAS med motiveringen att det var på grund av arbetsbrist som A inte fick fortsatt anställning när tiden för visstidsanställningen gick ut den 30 september 1984. Arbetsgivarsidan ansåg att skälet till att fortsatt anställning inte kom i fråga var hänförligt till As person och inte hade med arbetsbrist i lagens mening att göra. Domstolen tog ställ-

⁶⁴⁸ Exemplet hämtat från Bergholtz 1987, s. 369f.

ning till följande, av arbetstagsidan framförda, tolkning: En arbetstagare i As situation ska alltid anses ha vägrats fortsatt anställning på grund av arbetsbrist, om inte arbetsgivaren kan visa på andra skäl hänförliga till arbetstagarens person än värnpliktstjänstgöringen, som skulle ha utgjort saklig grund för uppsägning av en tillsvidareanställning. Ett antal skäl anfördes av domstolen mot tolkningen. 1. Det var föga rimligt att lagstiftaren åsyftat företräde i den i målet aktuella situationen. 2. En sådan tolkning skulle avvika från vanligt språkbruk och även i övrigt förutsätta en ”mycket speciell tolkning av termen arbetsbrist”. 3. Lagens uppbyggnad av företrädesrätten till återanställning talade i viss mån mot att vpl – anställningar skulle vara förenade med sådan rätt. 4. Vissa (oönskade) verkningar skulle kunna inträda. 5. En företrädesrätt till återanställning för värnpliktiga borde kräva en särreglering i lagen med tanke på de speciella frågor som uppkommer i sådana fall. Domstolen avslutade :

”Med vad arbetsdomstolen har uttalat i det föregående har domstolen inte menat att det saknas skäl för en företrädesrätt till återanställning för värnpliktiga. Det är dock här fråga om en rättspolitisk avvägning som dessutom inte är okomplicerad, eftersom med det synsätt som gällande lagregler bygger på ett anställningsskydd i form av företrädesrätt kan tänkas motverka syftet att främja anställning av arbetstagare före värnpliktstjänstgöringen.”

En eventuell ändring av reglerna på den aktuella punkten fick ankomma på lagstiftaren. Det var inte bara så att det skulle krävas en rättspolitisk avvägning. Även om sådana avvägningar anses normalt tillhöra lagstiftarens kompetensområde har tidigare givits exempel på situationer där arbetsdomstolen ändå visat sig beredd att företa sådana avvägningar. Här beskrevs emellertid den fråga som var aktuell, som komplicerad – närmast eftersom en regel om återanställningsrätt för personer i As situation skulle kunna komma i strid med syftet med gällande regler: att underlätta för personer att få anställning innan de fullgjort sin värnpliktstjänstgöring. Åtminstone den slutsatsen verkar kunna dras att arbetsdomstolen inte ville medverka till att skapa en regel som skulle kunna motverka syftet med en annan – av lagstiftaren skapad – regel.

Vissa skälighetsfrågor bör regleras av lagstiftaren.

I AD 11/78 (Stark) gällde tvisten bl.a. rätten till ledighet med bibehållna anställningsförmåner enligt 6 och 7 §§ FML för fem fackliga förtroendemän att samtidigt vara lediga en dag med bibehållna anställningsförmåner. Domstolen fann att tvisten aktualiserade ett ställningstagande till hur viss utbildning skulle prioriteras i förhållande till annan facklig verksamhet och hur vid totalramen för den fackliga verksamheten rimligen borde vara. Lagtexten och dess motiv befanns inte ge nämnvärd ledning för hur avvägningar av

sådant slag skulle göras. Domstolen ifrågasatte om lagstiftaren verkligen tänkt sig att den typen av tvistefrågor skulle prövas rättsligt. Bedömningar i skälighetsfrågor av den typ som här var aktuell sades stå på mycket osäker grund. De var snarare att se som förhandlingsfrågor som borde lösas genom avtal. Arbetsdomstolen ansåg kollektivavtal vara den lämpliga regleringsformen för sådana tvistefrågor.⁶⁴⁹

Kritiken gällde både lagstiftare och arbetsmarknadsparter. Uttalandena får väl närmast uppfattas som riktade till arbetsmarknadsparterna som inte träffat överenskommelser om ersättningsfrågorna. Genom sin underlåtenhet hade parterna framtvingat en domstolsprövning av något som förefaller ligga mycket nära en intressetvist. Samtidigt kan sägas, att lagstiftaren här gjort en felbedömning av parternas beredvillighet att ta sin del av ansvaret för en fortsatt rättsbildning på området i fråga. Det som gör just denna typ av skälighetsfrågor så olämpliga för avgörande av den rättslige beslutsfattaren torde vara det förhållandet att ingen måttstock givits för vad som ska anses skäligt. Arbetsdomstolen ålades en normgivningsuppgift.⁶⁵⁰

I AD 78/77 diskuterades en annan typ av skälighetsbedömningar. Uttryck som ”skälig förtjänst” ansågs mycket väl kunna göras till föremål för rättslig prövning: ”vägledande omständigheter att läggas till grund för ett objektivet bedömande av ersättningsfrågan” skulle inte komma att saknas.

Vissa ingrepp i den bestående ordningen ankommer på lagstiftaren att göra.

I AD 125/81 (Stark) diskuterades bl.a. frågan huruvida en kommun hade åsidosatt sin primära förhandlingsskyldighet i samband med att kommunen antog en finansplan för en kommande femårsperiod. Med anledning av viss argumentering från kommunens sida uttalade arbetsdomstolen:

”Beträffande...frågan om hänsynen till den politiska demokratin har kommunen tagit upp frågeställningar som är svårgripbara. Detta beror främst på det förhållandet att medbestämmandelagen inte innehåller några klara regler och anvisningar för rättstillämpningen rörande i vad mån de för arbetsmarknaden som helhet gällande generella reglerna om utsträckt förhandlingsskyldighet skall ges någon avvikande innebörd för den offentliga sektorn av hänsyn till den politiska demokratin. Enligt arbetsdomstolens mening är dock utgångspunkten given. Det har varit lagstiftarens mening att arbetssta-
garorganisationerna på den offentliga sektorn skall i allt väsentligt ha

⁶⁴⁹ Se Göransson 1997a, s. 132, om arbetsdomstolens bedömning av ledighet eller betald ledighet enligt FML.

⁶⁵⁰ Sigeman 1989–90, s. 203.

samma förhandlingsrätt som gäller inom andra sektorer av arbetsmarknaden. Måhända råder skilda meningar huruvida detta är en från olika synpunkter ändamålsenlig ordning. Det förhållandet saknar emellertid betydelse från rättstillämpningssynpunkt. De huvudsakliga grunderna för medbestämmandelagens förhandlingssystem är fastlagda genom lag och det ligger utanför ramen för domstolarnas uppgift att genomföra någon ändring i dessa huvudsakliga grunder.”

De huvudsakliga grunderna för något sådant som förhandlingssystemet ankom inte på rättstillämparen att ingripa i, en ståndpunkt som upprepas i AD 23/88.

I AD 88/78 (Bouvin) fann arbetsdomstolen att en av arbetstagersidan intagen ståndpunkt i fråga om genomförandet av samverkansförhandlingar inom kommuner i vissa situationer skulle ha förutsatt ett ingrepp i den hittills tillämpade kommunala beslutsordningen. Ett sådant ingrepp kunde, enligt domstolen, inte antas ha varit avsett om det inte fanns stöd för det ”åtminstone i medbestämmandelagstiftningens förarbeten”. Sådant stöd saknades.

Domstolen var inte beredd att gå så långt i fråga om nyordning som till en förändring av den i kommunallag fastställda kommunala beslutsordningen.

AD 184/83 (Stark) I samband med en tvist om uppflyttning i lönegrupp av vissa arbetstagare hävdades från arbetstagersidan att kollektivavtal numera skulle vara att uppfatta som normerande för utanförstående i den meningen att den utanförstående skulle kunna rikta anspråk mot arbetsgivaren direkt på grund av kollektivavtalet. Arbetsdomstolen konstaterade att ett fullföljande av sådana tankegångar skulle ha mycket långtgående verkningar. De skulle i själva verket bli ”av systemförändrande karaktär”. Domstolen utvecklade tanken på följande sätt.

”Om nämligen ett kollektivavtal skulle tillerkännas en längre gående normerande verkan än som följer av kollektivavtalsrättens nuvarande lagregler inställer sig ett antal följdproblem av komplicerad natur. Som exempel kan nämnas att en lösning sannolikt måste ges på frågorna vilken av flera konkurrerande organisationer på samma sektor av arbetsmarknaden som har behörigheten att sluta det generellt normerande kollektivavtalet eller vilket medlemsantal som skall krävas för att ett generellt normerande kollektivavtal skall komma till stånd.”

Det kunde inte antas vara en fråga för rättstillämpningen att utveckla rättsgrundsatsen av det slag som arbetstagersidan kommit in på i sin argumentation.

Så långt förefaller domstolens ställningstagande huvudsakligen ha grundats på uppfattningen att tillskapandet av regler av systemförändrande karaktär inte vore en uppgift för rättstillämpningen utan för lagstiftaren. Domstolen gjorde emellertid ett tillägg.

”Detta gäller i all synnerhet som det kollektivavtalsrättsliga regelsystemet under senare år har varit föremål för en total översyn genom tillkomsten av medbestämmandelagen. Denna lag är grundad på den traditionella uppfattningen om kollektivavtalets rättsverkningar.”

Ytterligare ett exempel på att man ansett ”mera vittsyftande bedömningar” böra ankomma på lagstiftaren ges i en dom utanför undersökningsperioden, AD 45/91 (Bergqvist). En arbetsgivare beslutade om en allmän urinprovstagning på en arbetsplats för att ta reda på om det fanns grund för misstankar om missbruk av cannabis. Två arbetstagare vägrade att delta i provtagningen på vissa angivna skäl och blev därför uppsagda från sina anställningar. Arbetsdomstolen fann efter att ha gjort en helhetsbedömning av omständigheterna att arbetsgivaren inte haft saklig grund för uppsägningarna. Domstolen fann ändå att arbetstagarna haft skyldighet att medverka till provtagningen och att en vägran – under andra förhållanden – hade kunnat bedömas som saklig grund för uppsägning. Domstolen tillade att den med sitt ställningstagande inte hade uttalat sig vare sig allmänt om vilken rätt som borde anses tillkomma en arbetsgivare att vidta kontrollåtgärder av skilda slag eller om hur en tvist om provtagning för att spåra narkotikamissbruk borde bedömas under andra förhållanden än de som förelegat i målet.

”Sådana mer vittsyftande bedömningar bör på det här aktuella området inte göras på grundval enbart av förhållandena i en enskild tvist. Det naturliga synes vara att ett ämne som detta regleras i kollektivavtal eller i förekommande fall genom lagstiftning.”

Strömholm ser revolutioner och areopager som ett omaka begreppspar och framhåller att högsta dömande instansers medverkan till förändringar brukat ske i utpräglad försiktiga former.⁶⁵¹ Skattedomstolar skulle, enligt ett uttalande i litteraturen, inte vilja verka som lagstiftare annat än i liten skala. Det skulle vara lagstiftarens sak att ändra materiellt otillfredsställande skattelagstiftning.⁶⁵²

I AD 32/88 (Laurén) gjorde arbetstagersidan gällande en viss tolkning av termen ”driftsenhet” i 22 § LAS. Arbetsdomstolen konstaterade att en sådan tolkning skulle utgöra ”en principiell förändring av begreppet driftsenhet som inte har något stöd i de tankgångar som kommit till uttryck i lagförarbetena”.

⁶⁵¹ Strömholm 1982, s. 653.

⁶⁵² Bergström 1984, s. 310.

Vissa andra, bl.a. processuella, frågor har ansetts böra regleras av lagstiftaren.

I AD 33/79 krävde domstolen uttryckligt stöd i lag för att inta viss ståndpunkt i en forumfråga.

I AD 7/84 (Stark) behandlades frågan om det var möjligt att enligt 34 § tredje stycket LAS interimistiskt förordna att en anställning skulle upphöra från en tidpunkt som låg tidigare än dagen för det interimistiska förordnandet. Arbetsdomstolen intog följande ståndpunkt.

”Regeln om att en anställning består till dess tvist om dess giltighet slutligen har avgjorts medför en så att säga definitiv förlängning av anställningen med samma verkan som om uppsägningstiden hade utsträckts. En sådan reglering av anställningsförhållandet kan enligt domstolens mening inte rubbas för förfluten tid genom ett interimistiskt förordnande med retroaktiv verkan annat än om uttryckligt stöd härför ges i lagen. Enligt domstolens mening saknas sådant stöd.”

När det gäller frågan om vem som ska utforma regler om formkrav gavs i visst fall klart besked.

I AD 109/78 ansåg sig domstolen inte ha kompetens att införa ett absolut krav på skriftlig form – ett sådant ansågs ”självfallet” kräva lagstiftning.

Genomgången av domsmaterialet föranleder följande *slutsatser* rörande inom arbetsdomstolen förekommande rättstillämpningsvärderingar i fråga om nyskapande.

Frågan om ansvaret för effekter av regeltillämpningen aktualiserades. Domstolen såg det inte som sin uppgift att beakta sådana effekter, AD 7/75, 113/79 och 56/80. I linje därmed befanns det i flera fall inte heller vara domstolens ansvar om en av lagstiftaren genomförd ordning var ändamålsenlig eller inte, AD 71/77, 8/82, 32/82, 60/86 och 151/88.

Det ansågs inte heller ankomma på rättstillämparen att ägna sig åt ”systemförändrande” el likn beslutsfattande, AD 88/78, 125/81, 184/83 och 23/88.⁶⁵³

Vissa frågor ansågs vara av den karaktären att de borde regleras genom lag och inte genom rättspraxis. Som exempel kan nämnas vissa formkrav,

⁶⁵³ I Peczenik 1980, s. 172, uppges att Högsta domstolen några gånger hävdat att långtgående ändringar i lagens mening ankommer på lagstiftningen, inte på lagtolkningen. Att arbetsdomstolen ibland var försiktig även när det gällde mindre förändringar framgår av t.ex. AD 71/75 (8.3).

AD 109/78, vissa skälighetsfrågor, AD 11/78 och vissa processuella frågor, AD 33/79. Se även AD 7/84.

Pågående lagstiftningsarbete inom visst område kunde vara ett skäl för arbetsdomstolen att avstå från att tillskapa en regel på området i fråga, AD 113/79.⁶⁵⁴ Det förhållandet att en fråga nyligen övervägts av lagstiftaren kunde användas som argument mot att förändra rättsläget, AD 184/83.

9.4 Kommentarer i anslutning till nyskapande i arbetsdomstolen

I 2.1.1 sågs rättsordningen som ett pågående projekt som den rättslige beslutsfattaren bidrar till att upprätthålla och i viss utsträckning bygga ut. Rättsregler ingår i ett dynamiskt sammanhang, där reglerna uppstår, förändras och försvinner i ett samspel mellan olika aktörer, bl.a. lagstiftare och rättsliga beslutsfattare. Samspelet bygger på en arbetsfördelning mellan dessa. Utgångspunkten för arbetsfördelningen är regeringsformen, men frågan är mycket knapphändigt behandlad där. Allteftersom de olika typerna av rättsligt beslutsfattande behandlats har det framstått som klarare att av väsentlig betydelse för den faktiska arbetsfördelningen är de rättsliga beslutsfattarnas uppfattningar om hur den bör genomföras.

Det kan konstateras att det även i frågor rörande nyskapande fanns olika uppfattningar inom domstolen om hur långt man skulle gå när det gällde att utveckla regelsystemet.

⁶⁵⁴ Bengtsson beskriver, 1997, s. 122, hur HD i en situation som kunde komma att beröras av en reform var försiktig, men till sist hade ”tappat tålamodet med lagstiftaren”.

10 Judiciellt rättsskapande och processens funktioner

Frågan om nyskapande genom rättsligt beslutsfattande kan ges en ytterligare belysning med hjälp av inslag i debatten om processens funktion.⁶⁵⁵ En vanlig utgångspunkt vid diskussion av processens funktioner är att skilja mellan å ena sidan konfliktlösning (ibland rättsskydd) och å andra sidan handlingsdirigering.⁶⁵⁶ De två aspekterna kan antas samspela med varandra. Genom konfliktlösningen tillerkänns en part sin rätt, samtidigt som medborgarna i gemen påverkas i sina handlingsvanor.⁶⁵⁷ Tvistelösningen kan också uppfattas som en förutsättning för handlingsdirigeringen.⁶⁵⁸

Åtskilliga andra funktioner (ibland mål) har urskilts.⁶⁵⁹ Som en övergripande funktion eller huvuduppgift för rättegången har t.ex. uppfattats att bidra till att de materiella reglerna får ökad genomslagskraft på såväl det enskilda som på det allmänna planet,⁶⁶⁰ eller – med en annorlunda formulering – att bidra till att ändamålen bakom dessa regler förverkligas.⁶⁶¹ En annan skulle vara att ”fungera som incitament till frivilliga uppgörelser enligt lagstiftningens intentioner och således onödiggöra sig själv”.⁶⁶² Som en hittills – för svenskt vidkommande – mindre betydelsefull funktion kan ses den politiska: att hävda grundlagen gentemot lag-

⁶⁵⁵ Frågan om den svenska civilprocessens funktion har nyligen behandlats utifrån olika teorier i Andersson T, s. 201ff; se även a. a. s. 148ff och Lindblom 1997, s. 597ff.

⁶⁵⁶ Se t.ex. Lindell 1988, s. 83ff. Den ursprungliga funktionen skulle ha varit konfliktlösning mellan enskilda i ordnade former, se SOU 1994:99, s. 40. Se också ovan i 2.1.1.

⁶⁵⁷ SOU 1994:99 a. s. st.

⁶⁵⁸ Ekelöf 1990, s. 61. Se även Lindblom 1993b, s. 58: processens handlingsdirigerande roll innesluter den konfliktlösningsfunktionen; handlingsdirigering följer automatiskt av konfliktlösning. Diskussionen har förts med en oenhetlig terminologi, se Lindblom 1993e, s. 120f.

⁶⁵⁹ I SOU 1994:99 s. 35 konstateras, att domstolarnas funktioner bara i begränsad utsträckning framgår av grundlagarna.

⁶⁶⁰ Lindblom a. a. s. 120 och SOU 1994:99 s. 40.

⁶⁶¹ Lindblom a. a. s. 124. I Lindblom 1993b, s. 60, ses processen som omistlig när det gäller att uppehålla och förstärka lagfästa normer.

⁶⁶² Lindblom 1996, s. 187, i samband med en diskussion av organisationstalan om lönediskriminering.

stiftaren.⁶⁶³ Som särskilt intressant i förevarande sammanhang framstår en prejudikatskapande funktion.

”Om man så vill kan tillskapandet av vägledande avgöranden naturligtvis ses som en speciell form av handlingsdirigering. Att normernas närmare innebörd klargörs medför ett minskat behov av domstolsprövning och därmed både förenklad konfliktlösning och förbättrad handlingsdirigering. Dessutom motverkas den typ av rättsovisshet som tenderar att gynna den starkare på den svagares bekostnad inom ’sociala’ rättsområden där lagstiftningstekniken skapat en gråzon av ovisshet som det finns anledning befara utnyttjas till den svagares nackdel.”⁶⁶⁴

Under poängterande av ett samband mellan prejudikat och handlingsdirigering, beskrivs den senare här närmast som ett stöd till lagstiftningen – ett sätt att göra redan existerande regler tydligare och därigenom effektiva. Något senare i framställningen avgränsas en självständig rättskapande – eller rättsutvecklande och rättsbildande – uppgift som något därifrån särskilt.⁶⁶⁵ Efter ett konstaterande om att gränsen mellan ”s.a.s. rättsfastställande, rättsutfyllande, rättsbildande och rättsutvecklande” verksamhet är flytande, anges vad som avses med denna särskilda uppgift: en sådan rättsutvecklande roll närmast påminnande om lagstiftarens som domstolarna fullgjort främst i case lawsystem som t.ex. det engelska.⁶⁶⁶

Hur förhåller sig då prejudikatbildning, rättskapande och handlingsdirigering till varandra? Den prejudikatskapande funktionen *kan* ses som ”en speciell form av handlingsdirigering”, därför att ”normernas närmare innebörd klargörs”. Den *kan* ses som – åtminstone ibland – ”ett slags appendix till såväl processens reparativa som dess preventiva effekter”, vilket beskrivs som ”ett uttryck för processens övergripande funktion att bidra till ett förverkligande av ändamålen bakom de gällande materiella reglerna...”.⁶⁶⁷ Mot detta *kan*, som nyss framgick, ställas processens rättskapande funktion.

Två olika typer av prejudikat tycks förutsätta, å ena sidan vad som skulle kunna betecknas som rättsklargörande prejudikat och å andra sidan rättskapande prejudikat. Distinktionen förefaller ligga nära den

⁶⁶³ Lindblom 1993e, s. 124; se Lindblom 1993d, s. 71, om ”kontroll av den politiska makten”. I SOU 1994:99 s. 43 talas om uppgiften att fungera som kontroll mot maktmissbruk från det allmänna.

⁶⁶⁴ Lindblom 1993e, s. 124.

⁶⁶⁵ A st.

⁶⁶⁶ I Lindblom 1993d, s. 71, refereras en ståndpunkt (Cappelletti) innebärande att klyfta mellan common law och civil law minskar allt mer. Jfr von Eyben 1954, s. 484.

⁶⁶⁷ Lindblom 1993e, s. 124.

här gjorda mellan å ena sidan lagtolkning och precisering och å andra sidan laganalogi och nyskapande.

Om de två typerna av prejudikat relateras till processens funktion tycks det emellertid inte finnas något skäl att se endast rättsklargörandet som handlingsdirigerande. Även det judiciella rättsskapandet kommer i många situationer att fylla just den funktionen. Som exempel kan anföras AD 89/78 och 164/79 som på goda grunder kan förmodas ha haft samma genomslag i arbetslivet som om de i dessa domar skapade reglerna tillkommit genom lagstiftning. Ett särhållande av prejudikat i sådana som är rättsklargörande och sådana som är rättsskapande tycks inte kräva någon skillnad mellan dem i fråga om deras handlingsdirigerande funktion.⁶⁶⁸

En fråga som har samband med processens funktioner är den om huruvida domstolarnas betydelse kommer att öka eller inte – ävensom frågan om huruvida det vore önskvärt att så skedde. När det gäller den förstnämnda frågan finns ett antal omständigheter som talar för en ökad betydelse för domstolarna. I en artikel om allmän domstol som alternativt tvistelösningsorgan ställer Lindblom – efter att ha redogjort för utvecklingen i USA – t.ex. frågan om vi för svenskt vidkommande har att emotse försök att försvåra process och uppmuntra alternativa tvistelösningsformer.⁶⁶⁹ Hans svar, grundat på en utförlig argumentering, är att man kan förvänta sig motsatsen. I ett annat sammanhang nämns ”[p]rivatiseringen, avregleringen, begränsningen av den offentliga sektorn, den snabba samhällsutvecklingen och ett omfattande bruk av generalklausuler och öppna målsättningsparagrafer” som exempel på faktorer som talar för att svenska domstolar kommer att få en kraftigt utökad roll i framtiden. Medlemsskapet i EU tillmäts stor betydelse.⁶⁷⁰ I SOU 1994:99 ges en liknande bild. Utredningen finner mycket tala för att processen i framtiden kommer att fylla inte bara traditionella funktioner utan också fullgöra nya samhällsuppgifter, vilket kommer att medföra ”en kraftigt ökad roll” inom snar framtid.⁶⁷¹

Den som till äventyrs – av de ena eller andra skälen – uppfattar det som önskvärt att rättsskapandet i princip tillkommer lagstiftaren och att domstolarna huvudsakligen tillämpar de genom lagstiftarens försorg till-

⁶⁶⁸ Frågan om de också är handlingsdirigerande är ju empirisk och kan inte behandlas här. Andersson, T, påpekar, s. 207, att ”det är mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att bedöma civilprocessens faktiska påverkan på (bl.a. framtida) mänskligt handlande”.

⁶⁶⁹ Lindblom 1993f, s. 86ff.

⁶⁷⁰ Lindblom 1993g, s. 429; se även Lindblom 1993f, s. 91ff och dens 1996, s. 178. Se även Peczenik 1995a, s. 45f om domstolarnas ansvar i det moderna samhället.

⁶⁷¹ SOU 1994:99 s. 48ff.

skapade reglerna torde alltså få finna sig i att utvecklingen redan gått – och kan förmodas fortsätta gå – i motsatt riktning.

Lindblom finner att den rättsskapande funktionen i allmänhet spelar en ganska blygsam roll i Sverige *åtminstone om man bortser från specialdomstolarna*.⁶⁷² I ett annat sammanhang har han pekat på ett annat – besläktat – drag hos specialdomstolarna (arbetsdomstolen och marknadsdomstolen nämns särskilt): ”det framåtblickande draget, inriktningen på svaranden, nya partsställningar, den bredare intresseavvägningen, det oklara sambandet mellan ’right’ och ’remedy’.” Uppräkningen sammanfattas med att den handlingsdirigerande funktionen träder i förgrunden.⁶⁷³ Beträffande arbetstvistområdet kan i sammanhanget påminnas om organisationernas talerätt (4 kap 5 § LRA)⁶⁷⁴ och om de särskilda reglerna för fastställelsetalan som omständigheter ägnade att framhäva arbetsdomstolens handlingsdirigerande funktion.⁶⁷⁵ Det kan också påminnas om ett uttalande av en tidigare ordförande i domstolen, enligt vilket domstolen sett som en av sina mest centrala uppgifter att vägleda parterna på arbetsmarknaden i frågor rörande bl.a. lagstiftningens innebörd.⁶⁷⁶

Det har framgått att arbetsdomstolen i sitt beslutsfattande har ett avsevärt utrymme när det gäller att välja utgång i ett mål. Det gäller inte bara i samband med nyskapande, i samband med beslut om huruvida laganalogi ska användas eller inte eller i samband med precisering av avvägningssnormer. I de nämnda fallen kan utrymmet till stor del sägas vara tillhandahållet av lagstiftaren, antingen genom luckor i lagen eller genom en extremt vag lagstiftning. Det gäller också i samband med lagtolkning. Åtskilliga omständigheter – inte minst friheten i fråga om metanormer – bidrog till att beslutsfattaren hade ett avsevärt utrymme för olika ställningstaganden även här. Om man då ser ”tillskapandet av vägledande avgöranden...som en speciell form av handlingsdirigering” (se citatet ovan) framstår den handlingsdirigerande som väsentlig. Vilken riktning handlingsdirigeringen kommer att få är i hög grad beroende av domstolens rättstillämpningsvärderingar. Håller man sig till lagtolkningssituationerna kan en lagstiftarorientering i många fall leda till andra resultat av beslutsfattandet än en konsekvensorientering. På motsvarande sätt kan en benägenhet att använda laganalogi få andra konsekvenser än en

⁶⁷² Lindblom 1993c, s. 124.

⁶⁷³ Lindblom 1993b, s. 59f.

⁶⁷⁴ Om bakgrunden till regeln se Sigeman 1997a, s. 89f.

⁶⁷⁵ 4 kap 6 § LRA anses ge något större möjligheter att pröva fastställelsetalan än vad som gäller enligt RB, se Sigeman 1997a, s. 87.

⁶⁷⁶ Lind 1979b, s. 160.

e contrario-inställning. I nyskapandesituationer kommer graden av aktivism att bli av betydelse.

När det gäller frågan om vilket utrymme som *bör* finnas för handlingsdirigering – i samband med rättsklargörande eller rättsskapande – finns olika uppfattningar.

I 4.4.2 angavs skäl för och emot olika orienteringar vid lagtolkning. På motsvarande sätt kan anges skäl för och emot judiciellt rättsskapande.

Lindblom har – med hänvisning till Cappelletti – angett ett antal nackdelar med rättsskapande genom domstolar.

a) beroendet av privata initiativ; domstolarna kan inte själva initiera process,

b) svårigheten att nå ut till allmänheten,

c) det principiellt olämpliga i retroaktivt rättsskapande,

d) bristande konsekvensöverblick; domarna saknar tillräckliga resurser för att överblicka alla konsekvenser ("institutional incompetence"),

e) domarnas påstådda konservativa läggning,

f) det förment antidemokratiska i verksamheten; domarna har en oberoende ställning och är inte politiskt ansvariga för den rättsutveckling de genomför.⁶⁷⁷

När det gäller den första invändningen antas rättsbildning genom rättspraxis ibland vara en otymplig metod.⁶⁷⁸ Det kan dröja länge och bero på en slump om en fråga överhuvudtaget kommer att prövas av domstol. Kollektivavtalets rättsliga innebörd klargjordes t.ex. först 1914 och då genom ett antal mål föranledda av storstrejken 1909.⁶⁷⁹ Då hade denna typ av avtal redan i 20–30 år använts inom stora delar av arbetslivet. Till trögheten och nyckfullheten bidrar att domstolarna i dispositiva tvistemål är bundna av den ram som uppdragits av parternas yrkanden,⁶⁸⁰ låt vara att ramen påverkas bl.a. av hur domstolen ser på frågan om den s.k. materiella processledningen. För arbetsdomstolens del gäller, att den redan från början drev en aktiv och kraftfull processledning. Situationen kan förmodas vara densamma idag.⁶⁸¹ Som det tyngst vägande argumentet för en kraftfull processledning har framhållits den omständigheten att arbetsdomstolens avgöranden ofta får prejudicerande effekt på arbetsmarknaden. Då är aktivitet även från domstolens sida för att få målet

⁶⁷⁷ Lindblom 1997, s. 619f och dens i 1993d, s. 69f.

⁶⁷⁸ Schmidt 1955, s. 297f. I Heuman 1992, s. 201, sägs de rättsliga frågorna (i HD) ofta vara så komplicerade att de inte kan lösas enkelt och enhetligt genom ett enda prejudikat, varför rättsbildningen får ske stegvis.

⁶⁷⁹ Schmidt a. a. s. 298.

⁶⁸⁰ A. st.

⁶⁸¹ Lind 1979a, s. 286ff.

ordentligt utrett försvarbar. ”Alla goda krafter måste till för att så långt som möjligt säkerställa att mål av prejudicerande betydelse blir riktigt avgjorda”.⁶⁸² Det är uppenbart att en aktiv processledning, kanske särskilt under förberedelsen, kan komma att påverka yrkandena och därmed ramen för målet.

När det gäller den förmodade svårigheten att nå ut till allmänheten kan kanske förhållandena variera från rättsområde till rättsområde. För arbetsrättens del torde det vara relativt väl sörjt för att många berörda ska få del av de avgöranden som träffas i arbetsdomstolen. De behandlas t.ex. ofta i facklig press och diskuteras inte så sällan även i dagstidningarna. Inte minst avgöranden som upplevs som nyskapande kan ges stor publicitet. Flodgren diskuterar i sin artikel om arbetsdomstolen som rättsbildare fyra domar i vilka lades fast ”nya eller tidigare otydliga rättsatser.” Hon konstaterar att de alla väckte stor uppmärksamhet.⁶⁸³ En förmodan om en skillnad mellan allmänhetens intresse för arbetsdomstolens domar och dess intresse för de allmänna domstolarnas avgöranden får ett visst stöd i Lindhagens påpekande i en artikel från 1947 att det förekom att de förra lästes och diskuterades i studiecirklar.⁶⁸⁴

Att den retroaktiva verkan av ett domstolsavgörande, i den mån det innefattar en ändring av rättsläget, är ett skäl mot rättbildning genom rättsligt beslutsfattande förefaller vara en allmänt omfattad standpunkt.⁶⁸⁵

Förmodandet att rättsliga beslutsfattare i många fall måste ha små möjligheter att överblicka konsekvenserna av sitt beslutsfattande är svårt att ifrågasätta.⁶⁸⁶ Det gäller för alla bedömare av sociala skeenden. Att lagstiftaren här normalt har mera tid till förfogande för att i görligaste mån skaffa sig en överblick är uppenbart.

Påståendet om domares konservativa läggning ska inte diskuteras här.

När det gäller den sista av de ovan nämnda invändningarna har som motskäl anförts att det finns marginalgrupper som saknar inflytande och

⁶⁸² A. a. s. 294.

⁶⁸³ Flodgren 1982, s. 110. För synpunkter på artikeln se Rimsten 1986.

⁶⁸⁴ Lindhagen, s. 321. Lindhagen gör bedömningen att den dömande verksamheten på arbetsrättsområdet ”omfattas...med ett utomordentligt intresse av stora befolkningsgrupper.”

⁶⁸⁵ Beträffande arbetsdomstolen se för ett exempel AD 7/84. För uttalanden i litteraturen se t.ex. Schmidt 1955 a. st. I Lindblom 1997, s. 618ff, diskuteras det ”prospektivt handlingsdirigerande men också retrospektivt och retroaktivt konfliktlösande” i domarens rättskapande verksamhet. Det kan nämnas att arbetsdomstolen har utnyttjat möjligheten att mildra den retroaktiva effekten genom att inte utdöma allmänt skadestånd eller genom att kvitta rättegångskostnader.

⁶⁸⁶ En illustration till svårigheten ges i en artikel i Lag & Avtal om farhågor rörande konsekvenserna av AD 150/80 omedelbart efter det att domen meddelats och bedömningarna ett år senare av vad som faktiskt blivit följden av domen, Edling 1982.

med intressen som bör tillgodoses via domstolarna.⁶⁸⁷ Mot detta har i sin tur invänts att domstolarna erfarenhetsmässigt ytterst sällan gått längre än lagstiftaren då det gällt att stödja de svagas intressen. "Domstolarna har i bästa fall varit likgiltiga men kanske oftare rent fientliga."⁶⁸⁸

När det gäller skäl för och emot ett rättsskapande genom rättstillämpning fästs ibland avseende vid rättsskaparens kvaliteter. Är domaren "god och beskedlig" är det bättre än t.o.m. "god lag", eftersom en sådan alltid kan "laga efter lägligheten".⁶⁸⁹ Enligt ett annat synsätt vore emellertid till och med en dålig lag att föredra framför den rättsovisshet, som är förknippad med en domares fria prövning.⁶⁹⁰ Uttalandet understryker vikten för medborgarna av förutsebarhet och skydd mot godtycke inom rättstillämpningen. Det gäller att inte skapa svårigheter för den enskilde att förutse och att veta vad han ska inrätta sig efter genom ett system som förlägger en avsevärd del av rättsbildningen till praxis.

I arbetsrättskommitténs betänkande noteras, att en debatt förts om rollfördelningen i stort mellan lagstiftare och domstolar, med krav på en friare och aktivare rättsbildning genom praxis. De betänkligheter mot kraven som refereras – och som då innefattar argument till stöd för den återhållsamhet som, åtminstone dittills, präglat domstolarnas insatser som självständiga rättsbildare – har som bakgrund vikten av att domstolsverksamheten bedrivs så att medborgarnas förtroende för domarnas opartiskhet och kompetens inte minskar.⁶⁹¹ En lösning av intressekonflikter på grundval av domstolens egna värderingar blir lätt kontroversiella. En följd därav kunde bli, att rättsväsendet lättare drogs in i den politiska debatten – uppfattades som politiserande. Även tanken på att förutsebarheten kan äventyras berörs, liksom att rättsprövningsmetoden bör vara möjlig att efterlikna.⁶⁹²

Att en viss nybildning genom rättspraxis är ofrånkomlig förefaller allmänt accepterat – såväl inom lagstiftning och rättsligt beslutsfattande som inom litteraturen. Flera exempel har t.ex. givits på att lagstiftaren utgår från att rättstillämpningen tar vid där lagstiftningen slutar. Det gäller t.ex. i fråga om avvägningsnormer och liknande lagstiftning. Det visar

⁶⁸⁷ Av Cappelletti enligt Lindblom 1993d, s. 70.

⁶⁸⁸ A st (not 11).

⁶⁸⁹ Åttonde domarregeln. Kellgren framhåller, s. 216, rättstillämparen som den yttersta garanten för en god rättstillämpning.

⁶⁹⁰ Sjögren, s. 338.

⁶⁹¹ Schmidt a. st. menade att förutsättningen för att "vårt svenska system" ska fungera är, att lagstiftningsvägen står öppen. "Våra politiska representanter i regering och riksdag måste kunna enas om de nödvändiga förändringarna och får inte skjuta över på domstolarna ansvaret för intresseutjämningen mellan samhällsgrupperna."

⁶⁹² ARK, s. 572. Se också Sigeman 1989–90, s. 203f.

sig också i att domar innebärande ett större eller mindre mått av nyskapande accepteras av lagstiftaren. Vissa rättsfrågor har också explicit överlämnats till rättspraxis för besvarande.

Det kan dock finnas olika uppfattningar om hur långt det ankommer på arbetsdomstolen att gå när det gäller nybildningar. Ett exempel på en långtgående uppfattning om möjligheterna att åstadkomma förändringar i rättsläget genom ingripande av domstol är en från rättsvetenskapligt håll framförd tanke att arbetsdomstolen skulle ha kunnat avskaffa ”§ 32” genom praxisändring.⁶⁹³ En förutsättning skulle ha varit att ”det allmänna rättsmedvetandet” skulle ha ändrats så mycket att också rättspraxis ”måste” ändras.⁶⁹⁴ Det hävdades att det – om saken förts under arbetsdomstolens prövning – inte varit ”säkert” att domstolen skulle ha dömt på ett sådant sätt, men att det varit ”möjligt”. Två frågor med anknytning till uttalandet ska kort beröras: a) fanns det värderingsmässiga förutsättningar för en sådan dom i domstolen? b) Hade det varit önskvärt? Den första frågan måste utifrån de undersökningsresultat som presenterats ovan besvaras nekande. Även med beaktande av de olikheter i fråga om rättstillämpningsvärderingar som kunnat påvisas, förefaller det osannolikt – för att inte säga uteslutet – att domstolen i någon sammansättning kunde ha sträckt sig så långt i nyskapande som skulle ha krävts för att ”avskaffa § 32.” Systemförändrande beslutsfattande har inte ansetts tillhöra domstolens kompetensområde.

Det är också svårt att finna något skäl för att domstolen borde ha gjort det. Den utomordentligt kontroversiella frågan om ”§ 32” får anses vara ett bra exempel på den typ av frågor som bör avgöras av lagstiftaren – om parterna själva inte kan komma överens om en lösning.⁶⁹⁵

⁶⁹³ Flodgren 1978, s. 241.

⁶⁹⁴ Ahlberg 1979, s. 31. För synpunkter se Bergqvist 1979, s. 31; Gustafsson, s. 24f och Göransson 1979, s. 32.

⁶⁹⁵ För en uppmaning till ”en större benägenhet hos domstolarna att i sitt dömande tillämpa principiella resonemang utgående från grunderna för rättsordningen i riket, rättssäkerhetens krav och liknande”, se Beyer, s. 584ff (citatet från s. 592). I Bengtsson 1997, s. 112ff, ges ex på hur HD sett på arbetsfördelningen mellan sig och lagstiftaren. Bengtsson anger bl.a. ”vägande skäl av flera slag för HD att lämna avgörandet i en viktig principfråga till lagstiftaren” (formuleringen från s. 118).

IV

Avslutning

11. Sammanfattning och diskussion

11.1 Inledning

Föremålet för den nu presenterade studien är arbetsdomstolens rättsliga beslutsfattande under perioden 1974–1988. Ett grundläggande antagande för undersökningen var att den rättsliga beslutsfattarens värderingar hade betydelse för beslutsfattandet. Värderingar kan vara av olika slag och kräva olika slag av tillvägagångssätt för beskrivning – och i förekommande fall förklaring. Det material som ingick i undersökningen – de i ”Arbetsdomstolens domar” publicerade domskälen under nyss angiven tidsperiod – kunde inte användas för behandling av värderingar i allmänhet, men det bedömdes inledningsvis finnas skäl att anta att det skulle innehålla information om värderingar i rättstillämpningsfrågor – åtminstone viss sådan. Det visade sig också vara fallet. Domskälen innehöll åtskilliga uttalanden ägnade att kasta ljus över inom domstolen rådande uppfattningar rörande lämpligt tillvägagångssätt i samband med avgörandet av instämnda tvister.

En uppgift när det gällde att presentera resultatet av insamlingen och analysen av data var att finna en struktur i det stora rättsfallsmaterial som ingår i undersökningen. Rättsligt beslutsfattande äger rum i mycket skiftande situationer – inte minst med avseende på rättskällesituationen. Fyra olika beslutssituationer urskildes. Gemensamt för dem var att de belyste domstolens förhållningssätt till lagstiftaren i olika avseenden. De fyra situationerna betecknades som respektive lagtolkning, precisering av avvägningsnormer, laganalogi och nyskapande. Två metanormsområden⁶⁹⁶ avgränsades, det ena avseende arbetsdomstolens syn på rättskällorna lagtext, förarbeten och rättspraxis i samband med lagtolkning och precisering av avvägningsnormer, det andra avseende dess syn på rollfördelningen mellan lagstiftare och domstol när det gällde att utveckla regelsystemet genom laganalogi eller nyskapande. I båda fallen var uppgiften att undersöka om i det rättsliga beslutsfattandet – så som det redovisats i domskälen – avsatts sådana spår att det gav underlag för några slutsatser rörande inom domstolen förekommande rättstillämpningsvärderingar.

⁶⁹⁶ Om metanormer se kap 3. Om de två metanormsområdena se 1.3.

Hur lagtolkning eller precisering skulle genomföras, om en laganalogi var lämplig eller om tanken på en sådan borde avvisas och i vilka situationer ett nyskapande skulle ske var frågor vilkas besvarande i stor utsträckning berodde av inom domstolen förekommande värderingar. De framstod som en viktig del av bakgrunden till att beslutsfattaren handskades med de regler som ansågs tillämpliga på en tvist på det sätt han gjorde, eller – i avsaknad av sådana regler – ändå löste den aktuella tvisten på ett visst sätt.

För att belysa arbetsdomstolens sätt att förhålla sig till de nyss nämnda rättskällorna (det ena metanormsområdet) användes två olika infallsvinklar. Först diskuterades frågan i termer av orientering i samband med rättsligt beslutsfattande. I en teoretisk ram förutsattes två huvudsakliga orienteringar, lagstiftarorientering och konsekvensorientering. Lagstiftarorienteringen antogs kunna uttrycka sig i antingen en lagtextorientering eller en avsiktorientering (subjektivism)⁶⁹⁷. Den senare kunde avse antingen en bestämmelses avsedda språkliga innebörd eller en bestämmelses avsedda ändamål. Konsekvensorienteringen antogs kunna vara svag eller stark. Därefter diskuterades den ur ett i litteraturen vanligt perspektiv: som en fråga om viktning av rättskällor.

Resultaten av undersökningen har löpande sammanfattats i slutet av de i kap 4–9 ingående avsnitten.⁶⁹⁸ Endast några av de viktigaste fynden ska återges här.

Det kan för det första konstateras att utrymmet för olika ställningstaganden i frågor om hur det rättsliga beslutsfattandet skulle genomföras var avsevärt. För det andra förekom olika uppfattningar inom arbetsdomstolen i rättstillämpningsfrågor. Olikheten i uppfattningar var av den omfattningen att det kan ifrågasättas om det går att tala om någon allmänt omfattad rättskällelära el dyl inom domstolen. Det sistnämnda förhållandet komplicerar saken för den som vill behandla *arbetsdomstolen* som rättslig beslutsfattare. Beslutsfattandet utövades ju av individer och risken med generaliseringar är påtaglig. Rättstillämpningsvärderingar framstod, för det tredje, som av avsevärd betydelse för det rättsliga beslutsfattandet. Trots vad som nyss sagts om olika uppfattningar inom arbetsdomstolen förefaller ändå lagstiftarorienteringen ha varit påtaglig. Klara – och i samma riktning pekande – besked i såväl lagtext som förarbeten, tycks t.ex. ha skapat en stark känsla av bundenhet. Förarbeten tillades genomgående (men inte undantagslöst) stor betydelse. I flera fall ansågs de böra ta över även klar lagtext. Konsekvenser beaktades i viss

⁶⁹⁷ Om hänvisningar till en lagstiftaravsikt se vidare i 11.2.2.2.

⁶⁹⁸ Se 1.6.

utsträckning. När det gäller arbetsdomstolens inställning till användandet av laganalogi och till nyskapande (det andra metanormsområdet) kan beträffande analogi konstateras, att sådan förekom i betydande omfattning. I vissa situationer avvisades dock tanken på analogi. Det fanns olika uppfattningar i hithörande frågor inom domstolen och det fanns ett avsevärt utrymme för olika – mer eller mindre aktivistiska – uppfattningar. Beträffande nyskapandet kan konstateras att vissa frågor ansågs vara av den karaktären att de borde regleras genom lag och inte genom rättspraxis. Det ansågs t.ex. inte ankomma på den rättslige beslutsfattaren att medverka i ett ”systemförändrande” el dyl beslutsfattande.

Det utrymme som återstår ska – efter den nyss gjorda rekapitulationen av undersökningsobjekt, syfte, uppläggning och vissa övergripande resultat – användas för att diskutera några frågor som aktualiserats av undersökningen. Två av dessa frågor rör domskäl, dels domskäls tillförlitlighet och dels domskäls utformning. En tredje fråga rör förklaring av rättsligt beslutsfattande, främst rättstillämpningsvärderingar som förklaringsfaktor. Avslutningsvis ges några synpunkter på arbetsuppgifter inför framtiden som ligger i linje med den undersökning, vars resultat presenterats ovan.

11.2 Om domskäl

11.2.1 Domskäls tillförlitlighet.

Som framgått har domskäl varit av central betydelse för den ovan presenterade undersökningen av rättstillämpningsvärderingar inom arbetsdomstolen.⁶⁹⁹ De ska nu diskuteras utifrån två perspektiv. Dels ska tas upp frågan om domskäls användbarhet som underlag för en empirisk undersökning av inom en domstol förekommande värderingar av det slag som här varit föremål för intresse (11.2.1). Dels ska frågan om arbetsdomstolens sätt att utforma domskäl beröras (11.2.2).

Det har under olika perioder anförts skäl både för och emot att dom-

⁶⁹⁹ Domskäl har diskuterats ur många olika aspekter, inte minst i processrättslig litteratur men även i andra framställningar. För exempel på det sistnämnda se t.ex. Strömberg, T, s. 149, med angivande av fem metoder att skriva domskäl och Peczenik 1988, s. 250ff, rörande fem grundtyper av domsmotiveringar. Om variationer mellan olika ledamöter i sättet att skriva domskäl se Knutsson, s. 283ff. Frågan om domskäl är också en del av diskussionen om rättsfallstolkning; se t.ex. Heuman 1996, s. 124ff, Hjermer 1982 och Fleischer.

stolar ska ha skyldighet att ange grunderna för sina ställningstaganden.⁷⁰⁰ I RB 17:7 stadgas numera, att tvistemålsdom ska innehålla domskälen med uppgift om vad som bevisats i målet.⁷⁰¹ Att domen ska innehålla domstolens motivering i både bevis- och rättsfrågor är klart. När det sedan gäller den närmare utformningen av domskälen lämnas den enskilde domaren stor frihet.⁷⁰²

Värdet av bestämmelser av den typ som för svensk rätts del finns i RB 17:7 kan diskuteras utifrån de rättsliga beslutsfattarnas beredvillighet eller förmåga att efterleva dem. Det finns skeptiker som mer eller mindre långtgående ifrågasätter domskäls tillförlitlighet överhuvudtaget när det gäller att redovisa beslutsfattarens verkliga grunder för gjorda ställningstaganden. Inom den i 1.4 nämnda realismen sågs domarens avgöranden som bestämda av värderingar och känslomässiga faktorer.⁷⁰³

En företrädare för realismen (Hutcheson) ansåg att domaren kommer fram till sitt ställningstagande genom en irrationell intuition och att det sedan blir hans uppgift att söka åstadkomma en rationell motivering för detta. En annan (Isay) ansåg att domarens handlingsätt bestäms av hans känsla och att den juridiska argumentationen kommer efteråt såsom en idelogisk rationalisering. Uppfattningar av det slaget har fått någon att kalla juridiken för ett ”bedrägeri av första ordningen”. Även om inte alla realister gått så långt är de överlag tveksamma mot domskäl.⁷⁰⁴

Även i andra sammanhang har ifrågasatts om angivna domskäl verkligen kan förmodas ge en riktig bild av vad som föranlett domstolen till ett visst ställningstagande.⁷⁰⁵ Eckhoff har diskuterat vad han kallar rationalisering i rättstillämpningen.⁷⁰⁶ Domarens uppgift är att tillämpa lagen. Vid fullgörandet av detta värv anför domaren bättre motiv än de han i själva verket har, något som av Eckhoff betecknas som ”rationalisering”. Två typer av skäl urskiljs, konsekvensorienterade och normativa. De konsekvensorienterade skälen går ut på att visa att handlingar får övervägande goda verkningar medan de normativa skälen ska visa att ett handlande

⁷⁰⁰ Debatten därom och rättsutvecklingen inom området har analyserats i Bergholtz 1987, främst i kapitel 2 och 3.

⁷⁰¹ Bergholtz, s. 97f, menar att motiveringsskyldigheten kan tänkas följa redan av en rimlig tolkning av ett antal i hans framställning angivna grundlagsstadganden.

⁷⁰² A. a. s. 133; se även Rune 1994.

⁷⁰³ Ahlander 1952, s. 101.

⁷⁰⁴ A st.

⁷⁰⁵ Bergholtz talar om två olika teorier, fasadteorin och teorin om de dubbla grunderna, s. 419. För en översikt av påståenden om att domsmotiveringar är ett ”pseudofenomen” se Bergholtz, s. 412ff.

⁷⁰⁶ Eckhoff 1979, s. 104ff; termerna ”skäl”, ”grunder” och ”motiv” används utan att det görs någon åtskillnad i fråga om innebörd.

överensstämmer med vissa allmänt godtagna normer ("normrationalitet"). Att rationalisera betyder att man ger sken av att ens handling bottnar i sådana normer i högre grad än vad de verkligen gör. Mot normrationaliteten ställs en "ändamåls"(eller "mål"-) "rationalitet", avseende situationer där anförda skäl är konsekvensorienterade. Utmärkande för domarrollen skulle vara att domaren förväntas i sitt beslutsfattande vara normrationell ("att han hittar fram till de gällande rättsreglerna och på rätt sätt tillämpar dem på föreliggande fakta").

"Rationalitet" har alltså att göra med sättet att argumentera (vilka skäl som åberopas) medan "rationalisering" rör frågan i vilken utsträckning de skäl man åberopar är de verkliga skäl som man grundar sitt beslut på eller om man, helt eller delvis, har andra (bättre) skäl därför än de som angivits.

Eckhoff menar nu att mycket tyder på att domare har en tendens att anförda skäl som är mer normrationella än de som dikterat besluten. Ur de "officiella" domskälen har uteslutits vissa hänsyn som haft betydelse för den enskilde domarens ställningstagande, t.ex. partipolitiska preferenser och olika slags fördomar och idiosynkrasier. Det kan också vara fråga om hänsyn som visserligen anses vara juridiskt relevanta, men som inte tillgodoser de ideella kraven på normrationalitet, t.ex. rättvisöverbäganden och hänsynstaganden till sociala nyttyosynpunkter. Genom försöken att dölja att man beaktar t.ex. eventuella effekter av ett visst domslut eller rättvisesynpunkter skapas ett intryck av normrationalitet. Eckhoffs uppfattning är att domare strävar efter att framstå som passiva "språkrör för rätten". "De döljer bl.a. att de försöker uppnå gynnsamma effekter och rättvisa resultat genom sina utslag."⁷⁰⁷

Eckhoffs resonemang skulle kunna uppfattas som att domaren genom att utforma domskälen så att domslutet framstår som mer eller mindre ofrånkomligt utifrån anförda faktiska och rättsliga premisser, åstadkommer att hans eget ansvar tonas ner. Domaren skulle – i egna och andras ögon – vilja framstå som en beslutsfattare med litet inflytande och därav följande litet ansvar, i stället för som en med stort inflytande med därav följande stort ansvar.⁷⁰⁸ När det gäller möjligheterna att med hjälp av

⁷⁰⁷ Jfr Andenaes och Kvamme, s. 23, som talar "den ekstreme forestilling om domsgrunnene som en slags fasadlegitimasjon for et resultat som dommeren bestemmer sig for av andre grunner". Eckhoffs tes om rationalisering i domskrivandet kritiseras i Bjarup 1986, s. 154ff.

⁷⁰⁸ Eckhoff a. a. s. 110. Beträffande "normrationalitet" och tanken att domaren så länge som regeltillämpningen är korrekt "har...sitt på det torra" och att ansvaret för eventuella olyckliga följder av domen faller på andra se Eckhoff a st; jfr t.ex. Åström s. 32f och Källström 1992, s. 159. Andersen, s. 49, tillhör dem som tänker sig att domstolarna döljer något. Han nämner särskilt "den rettsskapende innsats".

domskälen få kunskap om en domstols rättskällelära uttalar Eckhoff följande.

”Man kan...ikke lese svarene direkte ut av dommene. For en finner sjelden generelle uttalelser om rettskildespørsmål der. Det vanlige er at prinsippene brukes, men ikke nevnes, og ihvertfall ikke formuleres i detalj. Og om man en sjelden gang finner en prinsipputtalelse om rettskildespørsmål i en dom, bør man ikke legge for stor vekt på den. For dommere har ofte større evne til å treffe gode avgjørelser enn til å gi treffende generelle formuleringer av hva de legger vekt på. Utsagn som i formen er generelle, bærer ofte preg av at de er gitt for å tjene som ledd i begrunnelsen for et bestemt standpunkt.”⁷⁰⁹

Ett annat försök att förklara rättsligt beslutsfattande utgår från en psykoanalytiskt inspirerad tanke innebärande att vi många gånger inte vet varför vi handlar på ett visst sätt. ”Om någon frågar oss, söker vi emellertid åstadkomma ett skäl som vi tror, att vår omgivning skall godta. Det är denna process som psykoanalytikerna kallar rationalisering.”⁷¹⁰ Om domaren – i likhet med andra människor – skulle hemfalla åt rationalisering i nyss angiven bemärkelse funnes ingen anledning att utgå från att en domsmotivering vore en korrekt redogörelse för de verkliga skälen till domstolens ställningstagande. Detsamma gäller om följande beskrivning av lagtolkningen – en term som i detta sammanhang får beteckna hela den verksamhet, varigenom domaren förs fram till sitt beslut – är korrekt. Det har sagts att den skulle innefatta en önskan att dölja

”den aktive, stillingtagende funktion og opretholde den illusion, at loven og den alene er afgørende for resultatet. Dommeren vedgår derfor ikke åbent, at han sætter loven til side. Gennem en argumentationsteknik, der har udviklet sig som en traditionel bestanddel af retsplejen, giver han det udseende af, at hans afgørelse gennem forskellige slutninger kan udledes ved fortolkning af loven...”⁷¹¹

En annan domskälsskeptiker finner domskälen i praktiken ”med undantag för uppenbar, verklig rättstillämpning under åberopande av otvetydig lag”, föga upplysande om de verkliga motiveringarna för domsluten.

Domskälen skulle ge en i stort sett ofullständig och delvis missvisande bild av ”de verkliga företeelser, som rymmes inom begreppet rättstillämpning”.⁷¹² I linje med sådana uttalanden ligger standpunkten att det

⁷⁰⁹ Eckhoff 1993, s. 16. Se även Bratt & Tiberg, s. 407f.

⁷¹⁰ Ahlander 1950, s. 176f.

⁷¹¹ Ross, s. 163.

⁷¹² Strömberg, T, s. 152.

för så gott som varje avgörande skulle finnas två skäl: det som redovisas som grunden för ställningstagandet och det som *de facto* utgör grunden. Det skulle här vara fråga om ett förhållande ”som varje jurist känner till...och ofta förs på tal vid resonemang man med man...”⁷¹³

Aubert talar om oviljan att acceptera gjorda försäkringar om att det rättsliga beslutet inte grundas på något annat än erkända rättsprinciper som ”nedvärderande”.⁷¹⁴ Det ligger väl också nära till hands att uppfatta påståenden om bristande överensstämmelse mellan föregivna och verkliga domskäl såsom innebärande en kritik av sättet att skriva domar.

Hur ska då de domskällskeptiska påståendena värderas? Det är uppenbart att en prövning syftande till en bedömning av det berättigade i de – ofta mycket allmänt hållna – skeptiska påståenden varpå ovan givits exempel inte kan utföras inom ramen för en undersökning som den här föreliggande. Det innebär dock inte att domskällskeptikerna måste lämnas oemotsagda.

Påståendet att man sällan finner principiella uttalanden i rättskällefrågor i domar är måhända träffande när det gäller vissa domstolar. Det är svårt att vare sig verifiera eller falsifiera ett påstående som är så generaliserande. När det gäller arbetsdomstolen kan dock konstateras att uttalanden i rättskällefrågor var relativt vanligt förekommande under den period som undersökningen omfattar.

Vissa av de ovan anförda omdömena om domskäl jävas – åtminstone såvitt angår arbetsdomstolen – av följande vittnesbörd från en tidigare inom domstolen verksam domare:

”[D]omstolen försöker aldrig dölja skälen till ett domslut... En domare som jag, som verkat på många andra ställen, slås av ADs sätt att skriva domar. De är oerhört utförliga, domstolen verkar ha en känsla av att det finns ingen som kan ta vid när domen har fallit, här måste allting komma fram. De har en ärlighet som man måste respektera...”⁷¹⁵

En svårighet vid ett försök att bedöma vederhäftigheten i de domskällskeptiska påståendena är att de ofta lämnas utan belägg. Det är möjligt att en del av bakgrunden till dem bör föras på domskrivningstraditionens konto. Det har t.ex. hävdats att till domstolens abc har hört ”att endast upptaga de skäl, som stödja domslutet, men utesluta dem som kunna anföras för en motsatt åsikt”.⁷¹⁶ Synsätt förändras över tiden – inte minst när det gäller utformningen av domskäl.⁷¹⁷ Att beskrivningen nyss inte

⁷¹³ Elwing, s. 113.

⁷¹⁴ Aubert, s. 11.

⁷¹⁵ Lars Grönwall, tidigare vice ordförande i arbetsdomstolen, i *Arbetaren* nr 10/1982.

⁷¹⁶ Schmidt 1955, s. 270.

passar in på arbetsdomstolen är lätt att visa. Domssamlingarna överflödar av exempel på domskäl i vilka ”dialogmetoden”⁷¹⁸ kommit till användning: domstolen anger klart både de skäl som talar för och de skäl som talar mot avgörandet.⁷¹⁹ Här kan domstolens sammansättning ha betydelse. I många fall ger utförliga minoritetsvota upplysning om de uppfattningar som förelagt i samband med beslutsfattandet.⁷²⁰

Som något mindre långtgående framstår tanken att de offentliggjorda domskälen kan vara bristfälliga som underlag för påståenden om tillvägagångssättet i samband med rättstillämpning eftersom de inte sällan är resultatet av kompromisser mellan dem som deltagit i beslutsfattandet och därför inte återger någon individuell beslutsfattares ståndpunkt. Det utesluter dock inte att domskälen representerar vad samtliga beslutsfattare i målet uppfattat som försvarbart:

”[O]m sådana skäl sålunda inte tillhandahåller *all* den information som i och för sig vore av intresse, kan man dock regelmässigt utgå från att den information de dock faktiskt ger möjliggör slutsatser om vad deltagarna är beredda att acceptera som korrekt rättstillämpning. Att en viss informationskälla inte är så fullständig eller detaljrik som man skulle önska innebär inte att den ej kan eller bör användas inom ramen för vad den förmår ge.”⁷²¹

Även om domskälen inte skulle utgöra några historiskt säkra redogörelser för hur ett visst resultat nåtts – beträffande grunderna för avgörandet och argumentationsordningen –⁷²² är därmed inte sagt att de ”skulle vara värdelösa som informationskälla eller att deras enda uppgift skulle vara att tillhandahålla...en ’fasadlegitimation’ för avgörandet.”

”Just emedan domskälen ger uttryck åt vad domarna anser vara *acceptabla argument*, lämnar de upplysning om vilka hanteringsregler och argumentationsprinciper som anses kunna och böra komma till användning i det ifrågavarande rättssystemet.”⁷²³

Domskälen skulle på goda grunder kunna förväntas uttrycka genom-

⁷¹⁷ Se t.ex. Peczenik 1988, s. 250f och Blom, s. 17ff. I Summers, s. 4, talas om en ”magisterial” och en ”argumentative” hållning.

⁷¹⁸ Peczenik a st.

⁷¹⁹ Heuman framhåller, 1992, s. 202, vikten av att inte begränsa domskälen till att omfatta endast fördelarna med en vald lösning. ”Nackdelarna måste vägas in öppet vid domskrivningen om rättskipningen skall behålla sin objektiva och balanserade karaktär.”

⁷²⁰ Om betydelsen av minoritetsvota som informationskälla se Rasmussen, s. 53f.

⁷²¹ Strömholm 1996, s. 406.

⁷²² Jfr George, s. 17: ”[T]he opinion should not include all the research used in deciding the case”.

⁷²³ Strömholm a st.

tänkta och auktoritativa ställningstaganden i fråga om bl.a. rättstillämpningsmetodik. Uttalandet har sitt givna intresse för en framställning som är inriktad mot just företeelser som hanteringsregler och argumentationsprinciper.

Andenæs och Kvamme konstaterar att lag och förarbeten sällan säger något om ”de generelle prinsipper for rettsanvendelse”, varför man – när det gäller dem – främst är hänvisad till rättspraxis.⁷²⁴ Författarna diskuterar också begränsningar som kommer att vidlåda en analys som bygger på domskäl.

”Dommeren vil ofte slutte direkte fra de foreliggende rettskildefaktorer til den konkrete rettsregel uten å formulere de rettskildemessige prinsipper som han legger til grunn, eller han nøyer seg med en ytterst vag formulering... Heller ikke kan man uten videre gå ut fra at de rettskildemessige prinsipper som blir *formulert*, stemmer med dem som blir *praktisert*. Ikke så at dommerne bevisst skulle si noe annet enn de mener, det forekommer vel sjelden. Vi bygger ikke på den ekstreme forestilling om domsgrunnene som en slags fasadlegitimasjon for et resultat som dommeren bestemmer seg for av andre grunner. Men prinsipper som blir formulert i forbindelse med en konkret sak, tar gjerne farge av denne, og i en annen sak kan det hende samme dommer ville føle at prinsippet ikke passer.”

Det kan ifrågasättas om inte den som påstår att det förekommer medvetna eller omedvetna falskriker i samband med redovisning av domskäl också borde visa belägg för sina påståenden. Som nyss nämnts är påståenden i dessa frågor ofta generaliserande; i den mån de görs om domare i allmänhet, ”rättstillämpningen” el dyl är de svåra att ta ställning till – utom i just det avseendet att de framstår som alltför generaliserande. I den mån exempel ges aktualiseras frågan om representativitet.

En typ av påståenden reser särskilda svårigheter när det gäller provbarheten, nämligen sådana som bygger på någon viss uppfattning om människans psykiska konstitution. Påstås det t.ex. att en beslutsfattare på grund av en sådan konstitution *inte kan* känna till sina verkliga bevelsesgrunder befinner man sig på ett område som svårligen kan behandlas i ett rättsvetenskapligt sammanhang. Det är emellertid klart att lagstiftaren inte låtit sig påverkas av sådana föreställningar. Det finns, som nyss nämnts, en regel som ålägger domaren att ange skälen för sina ställningstaganden.

Bergholtz har ifrågasatt den principiella hållbarheten i påståenden om att ”domens motivering kan vara innehållslös eller...innehålla föregivna i

⁷²⁴ Andenæs & Kvamme, s. 23.

motsats till verkligen avgörande skäl.”⁷²⁵ Hållbarheten ifrågasätts på tre grunder. För det första är det svårt att bygga en saklig, ingående och juridiskt giltig motivering på godtyckliga eller andra icke juridiska motiv. För det andra preciserar och begränsar såväl de materiella rättsreglerna som rättegångsreglerna tvisteföremålet. För det tredje finns det en skyldighet att låta parterna yttra sig över tillämpligheten av rättsregler, som domstolen kan tänka sig använda, om de inte redan gjort det i sina framställningar. Skeptikerna (t ex anhängare av teorin om de dubbla grunderna eller fasadteorin) får också svårt att förklara dissenser, särskilt sådana som avser endast motiveringen. De nämnda teorierna framtvingar antaganden om minst tre grunder eller till och med fyra, en föregiven och en faktisk grund för varje votum. Det blir också svårt att förklara varför så stora ansträngningar läggs ned på motiveringen i allmänhet och på dissenser i motiveringsfrågor i synnerhet. Bergholtz finner ett antal refererade domar ge ett klart intryck av att vara grundade på de skäl som anges i domarna. Han finner också att de försök till förklaringar med externa – icke-juridiska – skäl som gjorts är misslyckade. Om skeptikerna hade rätt, borde det finnas andra skäl eller t.o.m. orsaker som förklarade avgörandena bättre. Bergholtz uppställer hypotesen att endast otillräckligt motiverade domar är helt förenliga med antaganden om fasadlegitimation eller dubbla grunder.

Till det sagda kan läggas den omständigheten att rättsväsendet och andra berörda tar domskäl på allvar. Domskäl beaktas! Angivna domskäl får effekter inom rättssystemet. Ingen där verksam ägnar sig åt att söka efter ”de verkliga” motiven. Den praktiserande juristen studerar uppmärksam vad som anförs i domen och drar av vad han där finner slutsatser om lämpligt agerande i framtiden, t.ex. i samband med prövning av nya tvister inför domstol. En av arbetsdomstolens ordförande under den period som undersökningen omfattar har öppet tagit avstånd från varje anspråk på att kunna ”auktoritativt uttöka” vad domstolen kan ha avsett ens i de mål där han själv deltagit – utom utifrån vad som framgår av domskälen.⁷²⁶ Det skulle kunna hävdas att anförda domskäl vore värda ett ingående studium – till och med om de kunde visas sakna motsvarighet i faktiska, hos beslutsfattaren föreliggande, skäl.

Det kan nämnas, att en stort upplagd komparativ undersökning rörande lagtolkning i nio länder under medverkan av ett stort antal framstående rättsvetenskapsmän koncentrerar sig på just ”the published writ-

⁷²⁵ Bergholtz, s. 418ff; Dworkin 1986, s. 90, talar om sin nya bild av rättstillämpningen, vilken gör det möjligt för oss att ”once again...believe what our judges say”.

⁷²⁶ Lind 1995, s. 233.

ten opinions” i respektive länders domstolar. Tillvägagångssättet motiveras relativt ingående i den publicerade rapporten.⁷²⁷ Initiativtagaren till undersökningen, Robert S. Summers, konstaterar att de högre domstolarnas domskäl i västvärldens rättssystem innehåller det kanske största förrådet av bevarat ”practical reasoning” som mänskligheten känner.⁷²⁸

Innan arbetsdomstolens domskäl diskuteras ska frågan om domskäls tillförlitlighet i allmänhet belysas något ytterligare med utgångspunkt i en skillnad som ibland görs mellan enkla och svåra fall.⁷²⁹ Frändberg beskriver det enkla fallet på följande sätt:

”...situationer...sådana, att det utan varje rimligt tvivel står klart, att någon viss lagregel är tillämplig på dem, och sådana, att det heller inte finns anledning att inom rättskipningens ram göra undantag från denna regel – s.k. reduktion – med avseende på dessa situationer.”⁷³⁰

Exempel på svåra fall skulle vara sådana där domstolen stått utan ledning från lagstiftaren eller tidigare rättspraxis och besvarandet av rättsfrågan därför aktualiserat ett nyskapande.⁷³¹

En amerikansk jurist beskriver i en introduktion till studiet av rättssystemen i Västeuropa och Latinamerika den rättstillämpning som förekommer i dels rutinfall, dels ovanliga fall.⁷³² Rättstillämpning framställs som en i stort sett rutinmässig verksamhet med domaren som en experttjänsteman som presenteras en inträffad situation till vilken ett färdigt legislativt svar föreligger. Uppgiften skulle bestå i att ta reda på rätt bestämelse och sammanställa den med situationen, varefter svaret på rättsfrågan vore ett mer eller mindre automatiskt resultat av den gjorda sammanställningen.⁷³³ Rättstillämpningen framstår vid en sådan beskrivning närmast som ett exempel på skolastisk logik uttryckt i syllogismform – bestämmelsen blir översats och beskrivningen av den föreliggande situationen undersats. Slutsatsen framstår som ofrånkomlig. Men i

⁷²⁷ Bankowski m.fl., s. 16ff.

⁷²⁸ Summers, s. 1.

⁷²⁹ Exempel på en sådan uppdelning finns i t.ex. Peczenik 1988, s. 31ff (rutinfall – svåra fall). Se även Andersen s. 45, Bergholtz 1987, s. 359f, Ekelöf 1994, s. 75, Farrar & Dugdale, s. 133f, Gaarder s. 232, Mac Cormick, s. 195ff, Bengoetxea, s. 183ff och Marmor, s. 124ff. I ARK, s. 573, talas om enkla fall av prejudikatbundenhet. Flodgren 1982, s. 130, hävdar att svåra fall skulle vara särskilt väl ägnade att belysa frågor om dömande.

⁷³⁰ Frändberg 1996, s. 67.

⁷³¹ Distinktionen enkelt – svårt (el motsv) aktualiseras även inom andra beslutsområden än det rättsliga, se t.ex. Martin & Willower om skolläda.

⁷³² Merryman, s. 37f.

⁷³³ Jfr Lindblom 1997, s. 619, om Montesquieus bild av den själlöse domaren som lagens mun.

vissa fall har tolkaren ett val antingen beträffande översatsens omfång eller i fråga om hur den ska tillämpas på den föreliggande situationen. Dessa icke rutinmässiga fall betecknas som extraordinära. Här skulle krävas ett något mera sofistikerat intellektuellt arbete och i samband därmed skulle uppmärksamheten komma att riktas mot tolkningsverksamheten samt föreskrifter och gränser för denna – alltså sådant som här betecknats som metafrågor.

En dikotomisering av beslutssituationer i å ena sidan rutinfall och å den andra sidan komplicerade fall, eller liknande, är relativt vanligt förekommande. Uppfattningarna rörande frekvensen av den ena eller andra typen av fall skiftar. Merryman uppfattar de enkla fallen som de vanligaste. Sjögren förmodade på sin tid att det var tämligen sällsynt med så okomplicerade fall att en självständig prövning från domarens sida var helt utesluten.⁷³⁴

Ett annat sätt att framställa saken på är att fallen beskriver ”en jevn overgang fra de områder der man har sikre rettsregler til de helt ulovbestemte tilfelle”.⁷³⁵

”Det er sjelden at en positiv lov ikke etterlater tolkningstvil, men det er på den annen side også sjelden at dommeren står helt utenveiledning i lov eller i allfall i et mer eller mindre ubestemt og tøyelig rettsprinsipp.”⁷³⁶

Antalet fall av det ena eller andra slaget i den enskilda domstolen beror av flera faktorer, bl.a. karaktären av den lagstiftning som domstolen har att tillämpa och domstolens plats i instansordningen. För arbetsdomstolens del torde Gaarders beskrivning i stort sett hålla streck. Där förekom visserligen fall där någon tvekan ur domstolens synpunkt om hur rättsfrågan skulle besvaras knappast kan ha uppkommit utan den situation som var föremål för prövning utan vidare kunde subsumeras under en lagregel.⁷³⁷ Det kan t.ex. ha gällt fall där rättsfrågan avsett huruvida en stridsåtgärd varit olovlig. I många situationer har domstolen dock tvingats till mer eller mindre ingående analyser och överväganden innan den tagit ställning i rättsfrågan, bl.a. i situationer där den stått utan ledning från lagstiftaren.⁷³⁸

⁷³⁴ Sjögren, s. 363. Se också Ogorek s. 1ff.

⁷³⁵ Gaarder, s. 232.

⁷³⁶ Gaarder a st.

⁷³⁷ Se t.ex. AD 18/74, 26/74, 27/74, 3/75, 38/75, 52/75, 80/76, 117/77, 81/80, 54/82, 24/83 och 33/84.

⁷³⁸ I AD 8/82 betecknas rättsläget beträffande en omtvistad fråga som ”synnerligen oklart”.

ARK fann, s. 584, att målen i arbetsdomstolen uppvisade en rik provkarta på fall där argument av olika slag har fått spela in. Två ”ytterpunkter” och en mellankategori beskrivs: a) Fall där tvisten beror på att parten har missförstått i och för sig klara regler i skriven lag. (”Domstolen är i sådana fall otvivelaktigt helt bunden i sitt avgörande.”) b) Fall där rättsfrågan bedömts som mycket osäker (”t. ex. därför att den varit ny i den meningen att den inte har uppmärksamats i samband med lagstiftningen (’lucka’ i lagen) och inte heller förekommit i tidigare praxis.”) c) Mellan dessa ytterpunkter ligger fall där tvistefrågan varit mer eller mindre svår att avgöra med ledning av de gängse rättskällorna och tolkningsmetoderna och där sålunda större eller mindre utrymme funnits för sådana överväganden av friare natur, eller med andra ord för en självständig rättsbildande insats av domstolen.

Det finns alltså olika sätt att framställa tillämparsituationen på när det gäller fallens svårighetsgrad. Här ska tre olika situationer särskiljas.⁷³⁹ En typ av situationer ska betecknas som ”enkla” en andra typ som ”svåra” och en tredje typ som ”verkligt problematiska”. Grunden för indelningen är domarens sätt att uppfatta lagen och dess tillämpning på. Ett enkelt fall föreligger när domaren anser att lagens innebörd är klar och han dessutom inte känner någon tvekan inför att tillämpa lagen i enlighet med denna innebörd. Ett svårt fall föreligger när domaren uppfattar lagens innebörd som oklar. Tillämparen är ”förbryllad”.⁷⁴⁰ Är det fråga om lagtolkning, utmärks situationen av att tillämparen vill tillämpa regeln på ett korrekt sätt, men är osäker t.ex. på regelns tillämpningsområde. Ett verkligt problematiskt fall, slutligen, föreligger i lagtolknings-situationen när tillämparen uppfattar lagens innebörd som klar men känner stor tveksamhet inför att tillämpa den i enlighet med dess innebörd.⁷⁴¹ Tillämparen i en sådan situation har beskrivits som ”olycklig”.⁷⁴² Att ett fall betecknas som verkligt problematiskt har alltså inte med textens grad av begriplighet att göra. Det är i stället fråga om domarens attityd till lagstiftningen och till det lämpliga i att tillämpa den i det enskilda fallet. Han står inför en regel vars tolkning inte vållar några problem, men *just därför* föreligger ett problem eftersom en tillämpning i enlighet med regelns innehåll skulle stå i strid med ett önskvärt resultat. Hans sinestillstånd kan ha olika förklaringar:

”[H]e may be in general disagreement with the policy behind the rule; he may sympathize with the policy but dislike the particular rule as an instrument for furthering it; he may be in general sympathy with both the rule and

⁷³⁹ Se för det närmast följande Adams & Brownsword 1992, s. 95f.

⁷⁴⁰ Se Twining & Miers, s. 228ff om ”the puzzled interpreter”.

⁷⁴¹ Adams & Brownswords termer är ”clear cases”, ”difficult cases” och ”hard cases”.

⁷⁴² Twining & Miers, s. 190ff om ”the unhappy interpreter”.

policy, but for some other reason wish to avoid the result that would be produced by a straight-forward application of the rule in this class of case; or there may be some feature of the particular case that leads him to desire a result other than that suggested by the most obvious interpretation of the rule.”

Det kan alltså uppstå en konflikt mellan en önskan att manipulera en klar regel för att uppnå ett önskat resultat och en önskan att hålla sig till regeln. ”Den olycklige tolkaren” kan i den situationen välja att hålla sig till regeln – men måste det inte.

Frågan om hur domarens värderingar i tillämpningsfrågor påverkar lagtolkningen aktualiseras. I de klara fallen drar domarens värderingar och hans uppfattning om lagens innebörd åt samma håll. Man kan förvänta sig en rutinmässig tillämpning av lagen. I de svåra fallen finns det, enligt vad domaren uppfattar, inte någon klar innebörd av lagen, men hans värderingar bidrar till lösningen av fallet. Han har till exempel den uppfattningen att lagtext tar över förarbetsuttalanden, att det inte är hans ansvar att beakta effekter av ett visst ställningstagande eller att vissa frågor inte bör regleras genom ingripande från tillämparens sida utan att de är en angelägenhet för lagstiftaren. I de verkligt problematiska fallen innebär domarens värderingar att han känner motstånd mot att tillämpa lagen på ett rutinmässigt sätt. Hur den enskilde domaren kommer att agera i ett sådant fall beror på hur han ser på sin roll som tillämpare.

Mot bakgrund av vad som nyss sagts om enkla, svåra och verkligt problematiska fall och mot den tidigare uppställda teoretiska ramen ska ytterligare något beröras frågan om domskäls tillförlitlighet.⁷⁴³ Om den rättsliga kulturen understöder trohet mot lagstiftningen, saknas anledning för lagstiftarorienterade domare att inte vara öppna. Svensk rättslig kultur torde understödja trohet mot lagstiftningen. Den lagstiftarorientering som konstaterats i det föregående skulle alltså kunna ses som ett stöd för uppfattningen att domskälen är trovärdiga.⁷⁴⁴

Det skulle dock kunna invändas att om den rättsliga kulturen stöder trohet mot lagstiftningen, skulle en förekommande, i domskäl uttryckt, lagstiftarorientering kunna vara uttryck för en attityd, avsedd att få omvärlden att tro att beslutsfattaren omfattar – och handlar i enlighet med – den etablerade rättsliga kulturens värderingar. Här kvarstår alltså svårigheten att *veta* om beslutsfattaren redovisar sina verkliga skäl eller

⁷⁴³ Uttalanden av intresse bl.a. för diskussionen om domskäls pålitlighet finns i Adams & Brownsword, s. 98f.

⁷⁴⁴ A st: ”By and large... judgments written by formalists should be pretty transparent.”

inte. Det kan finnas skillnader mellan olika fall, beroende på om de är enkla, svåra eller verkligt problematiska.

Vad som nyss sades om lagstiftarorienterade beslutsfattareshöjande förmodade trovärdighet i fråga om domskäl, borde särskilt gälla i enkla fall, där ju lagens innebörd anses klar och ingen tvekan uppkommer om det berättigade i att tillämpa lagen i enlighet med denna innebörd. Även i svåra fall borde kunna förväntas en öppen redovisning av skälen från den lagstiftarorienterade beslutsfattaren. Att fallet betraktas som svårt har ju att göra med att lagen uppfattas som oklar. Lagstiftarorienteringen visar sig i att beslutsfattaren ändå söker den ledning som kan stå att få från lagstiftarhåll. När det gäller de verkligt problematiska fallen är situationen en annan. Lagen uppfattas som klar, medan det samtidigt framstår som önskvärt att inte tillämpa den enligt sin innebörd – ett dilemma för många beslutsfattare. Det kan vara frestande att presentera fallet som något annat än verkligt problematiskt. Det kanske i stället beskrivs som svårt – eller i vissa fall rent av som enkelt. Här uppkommer en osäkerhet som sammanhänger med svårigheten att avgöra om presentationen av ett fall som enkelt, svårt eller verkligt problematiskt är uttryck för beslutsfattarens uppfattning av fallet, eller om det i stället är en täckmantel för något annat. Hur ska man kunna *veta* om presentationen av ett fall står i överensstämmelse med presentatörens verkliga uppfattning av fallet? Det är en fråga med metodiska implikationer. Uppenbart är att ur det material som använts här (domskäl) inte kan utvinnas ett *säkert* underlag för ett svar på frågan.

Även med den nyss redovisade komplikationen har den genomförda undersökningen givit intrycket att domskäl kan vara en godtagbar och givande källa för den som vill bilda sig en uppfattning om vad domstolen grundar sina ställningstaganden på. Därmed är inte sagt att anförda domskäl skulle vara tillräckliga för att ge en *fullständig* belysning av rättsligt beslutsfattande. Andra metoder än de som här kommit till användning ger möjligheter till insamling av andra data som skulle kunna komplettera – och korrigera – den bild som framkommit här. Förhoppningsvis kommer inte det sätt på vilket undersökningen genomförts att uppfattas som innebärande ett okritiskt acceptande av att domskälen i alla delar skulle kunna godtas som rättvisande när det gäller den argumentation som ligger till grund för en dom. Det innebär däremot ett avståndstagande från generella förkastelsesdomar över redovisade domskäl som kunskapskälla.⁷⁴⁵

⁷⁴⁵ Ett uttryck för en liknande inställning finns i Wiklund, s. 460. Han säger sig vara ”av den bestämda uppfattningen att EG-domstolens avgöranden kan utvärderas utifrån de rättsliga skäl de presenterar för sina avgöranden”.

11.2.2 Arbetsdomstolens domskäl

11.2.2.1 Inledning

En av arbetsdomstolens tidigare ordförande, Arthur Lindhagen, ansåg att en lämplig utgångspunkt när det gäller att ta ställning till vad som bör tas med i en dom är frågan för vem den skrivs.⁷⁴⁶ Fyra adressatkategorier utpekades: parterna och deras advokater, den juridiskt bildade publiken (inberäknat rättsvetenskapen), den stora allmänheten och – allra främst – domaren själv. Lindhagen pläderade för utförliga och upplysande domar. Han förutsåg, att utvecklingen skulle gå mot fylligare domar. Det gick inte, hävdade han, att först träda i den nära personliga kontakt med parterna, som en koncentrerad, muntlig rättegång innebär, och sedan ge dem besked med ett orakelsvar.⁷⁴⁷ En av Lindhagens efterträdare som ordförande i arbetsdomstolen har karakteriserat domstolens domskäl som utförliga och resonerande.⁷⁴⁸ Störst möda läggs ned på den rättsliga analysen och argumentationen. Arbetsdomstolen är beredd att i lämpliga fall göra tämligen generella och långtgående uttalanden, uttalanden som får betydelse utöver själva målet.

”Domstolen har...sett som en av sina mest centrala uppgifter att genom sin verksamhet vägleda parterna på arbetsmarknaden i frågor rörande lagstiftningens eller det omtvistade avtalets innebörd. Arbetsdomstolen går i det hänseendet längre än vad regeringsrätten och högsta domstolen brukar göra.”⁷⁴⁹

I ARKs betänkande beskrivs arbetsdomstolens redovisning av domskälen som öppen och fullständig.⁷⁵⁰ Från rättsvetenskapligt håll har konstaterats att arbetsdomstolen alltsedan sin tillkomst vinnlagt sig om att skriva domsmotiveringar som ska kunna läsas och förstås av andra än jurister. Man har strävat efter att redovisa skäl för och emot olika lösningar och vägt dem mot varandra.⁷⁵¹ Domskälen har beskrivits som ”ytterligt utförliga” med en detaljerad redovisning av rättskällor.⁷⁵² Utförligheten och klarheten har renderat dem omdömet ”föredömliga”.⁷⁵³

Om arbetsdomstolen vid jämförelser med andra domstolar framhållits

⁷⁴⁶ Lindhagen, s. 321.

⁷⁴⁷ A. a. s. 328

⁷⁴⁸ Lind 1979b, s. 160.

⁷⁴⁹ A st.

⁷⁵⁰ ARK s. 571.

⁷⁵¹ Fahlbeck 1993, s. 100.

⁷⁵² Göransson 1988, s. 394.

⁷⁵³ Sigeman 1989-90, s. 204.

som den utförligare i fråga om motiveringar,⁷⁵⁴ kan beträffande de senare ha inträffat en förändring under senare tid, innebärande att man närmast sig arbetsdomstolens skrivsätt. Det har t.ex. beträffande Högsta domstolen gjorts den iakttagelsen att utvecklingen gått mot allt utförligare redovisningar av faktiska förhållanden och en öppnare och mera inträngande argumentering och analys av de rättsliga förhållandena.⁷⁵⁵

Nyss refererade beskrivningar och omdömen rörande arbetsdomstolens domskäl pekar närmast i riktning mot att de skulle kunna användas för att utvinna kunskap om domstolens rättsliga beslutsfattande.

Ibland görs påståenden om att domstolar försöker dölja sitt nyskapande. Det är möjligt att sådana påståenden har visst fog för sig – även i fråga om arbetsdomstolen. Där förekommer t.ex. ibland formuleringar som ger intryck av att man skulle vara mera ”bunden” än vad som är fallet. Man talar t.ex. ibland om ”tolka” – även i fall av analogi eller vid nyskapande. Det finns dock många uttalanden som snarast talar för att man inte försökte dölja betydelsen av den egna insatsen när det gäller nyskapande. Några exempel ska ges.⁷⁵⁶

Ett område på vilket domstolen haft stort inflytande är det som rör storleken av det allmänna skadeståndet vid obefogade uppsägningar eller avskedanden. En formulering som den följande ger inte intryck av att man försökt dölja det: ”Sedan anställningsskyddslagen trätt i kraft har i arbetsdomstolens praxis så småningom utbildats ett mönster för storleken på det allmänna skadeståndet...”.⁷⁵⁷ När det gäller tillämpningen av 4 kap 7 § LRA på vissa angivna situationer kunde domstolen tala om en ”fast praxis”⁷⁵⁸ och i ett annat sammanhang uttala att man utarbetat en ”inställning som måste gälla...”.⁷⁵⁹ Formuleringar som ”en i rättspraxis fastlagd regel”⁷⁶⁰ och ”den i arbetsdomstolens praxis fastlagda principen”⁷⁶¹ tyder inte på att domstolen skulle ha försökt tona ned betydelsen av sitt beslutsfattande, inte heller beskedet i en dom med tillämpning av

⁷⁵⁴ Se t.ex. från 1950-talet Ahlander 1950, s. 175.

⁷⁵⁵ Strömholm 1982. I Lind 1993, s. 316, konstateras en förändring i HDs sätt att redovisa skälen för ”de rättsliga analysresultaten”. Heuman & Westberg skiljer, s. 66, med avseende på domskälens utformning mellan å ena sidan ”moderna HD-fall från de två senaste decennierna” och å andra sidan ”äldre rättsfall”. Se även Blom, s. 17ff.

⁷⁵⁶ I Eckhoff 1993, s. 318ff, anförs ett par exempel på domar där olika intressen vägts mot varandra. Eckhoff konstaterar (s 320), att i domarna öppet och utförligt diskuterades konsekvenserna och att man inte försökte dölja att de egna värderingarna var avgörande för resultatet.

⁷⁵⁷ AD 39/82.

⁷⁵⁸ AD 154/83; jfr efter undersökningsperioden AD 90/95.

⁷⁵⁹ AD 27/85. Se också AD 18/83 om ”de principer, som uttalades i 1974 års rättsfall”.

⁷⁶⁰ AD 108/85.

⁷⁶¹ AD 127/86.

bl.a. 15 § MBL att det "[e]nligt domstolens praxis" åligger förhandlings-skyldig part att vara aktiv på visst närmare angivet sätt.⁷⁶² Arbetsdomstolen kunde också säga sig ha "angett vissa allmänna riktlinjer" för tillämpningen av MBLs förhandlingsrättsregler i visst avseende⁷⁶³ eller uttala att man "i rättspraxis har utbildat regeln..."⁷⁶⁴ (beträffande *condictio indebiti* avseende lön).

Det förekom situationer där det kanske funnits möjligheter att i större utsträckning dölja sig bakom en lagstiftare men där man kunde framställa sig som påtagligt "aktivistisk", t.ex. uttala att en viss regel kommit till uttryck i arbetsdomstolens praxis.⁷⁶⁵ Även om regeln sades ha sin grund i de principer på vilka anställningsskyddslagen vilar ligger det nära till hands att uppfatta situationen som att det är arbetsdomstolen som skapat regeln i fråga. I AD 2/76 talas om "det på rättspraxis grundade rättsläget", och i AD 148/79 om "den av domstolen angivna regeln". De anförda exemplen ger inte bilden av en domstol som strävar efter att framstå som enbart passivt språkrör för rätten.⁷⁶⁶

Det nyss sagda utesluter inte inslag i domskälen som kan försvåra för läsaren att bilda sig en uppfattning om sättet att argumentera i samband med beslutsfattandet. Tidigare (i 11.2.1) har berörts den deklaratoriska fiktion, som innebär att det juridiska beslutsfattandet framställs som ett utfinnande och en tillämpning av redan existerande regler. Även om i stort sett enighet förefaller råda om att inte alla tvister kan lösas med tillämpning av redan förefintliga regler, utan att den rättslige beslutsfattaren ibland får spela en mera aktiv roll än vad ett sådant synsätt förutsätter, tycks ändå inslag av denna fiktion dröja sig kvar. Ett klart uttryck för att så ansetts vara fallet ges i uttalandet att arbetsdomstolen i AD 89/78 skulle ha upprätthållit "den traditionella fiktionen att en genom praxis skapad ny rättsregel har existerat redan innan den har proklamerats i en dom."⁷⁶⁷

Ett annat exempel på en i litteraturen antagen fiktion ges i en kommentar till AD 150/80:

"Man kan inte med bästa vilja i världen påstå att detta avgörande i någon formell mening har styrts av förarbetena till medbestämmandelagstiftningen även om domstolen i sina domskäl söker förankra sitt ställningstagande i rättskällorna genom att då och då hänvisa till förarbetena. Ställningstagan-

⁷⁶² AD 38/88.

⁷⁶³ AD 70/88.

⁷⁶⁴ AD 177/88.

⁷⁶⁵ AD 104/84.

⁷⁶⁶ Eckhoff 1979, s. 112.

⁷⁶⁷ Sigeman 1997b, s. 261.

det förefaller mera härröra ur allmänna lämplighets- och rimlighetsargument. Slutintrycket blir i alla fall att domstolens resonemang präglas av en hög grad av påhittighet och nyskapande”⁷⁶⁸

Den skiljaktiga meningen i målet togs till intäkt för att det inte rörde sig om ”rättstillämpning i någon av *rättskällorna* styrd mening”.⁷⁶⁹ Båda uppfattningarna ansågs för övrigt handla om ”personliga ställningstaganden, byggda på andra bevekelsegrunder än rättskällorna....”⁷⁷⁰

I det närmast följande ska diskuteras två inslag i arbetsdomstolens beslutsfattande med tycke av fiktion, nämligen de i domskälen vanliga hänvisningarna till en lagstiftaravsikt och vissa formuleringar som kan tänkas dölja ett beaktande av konsekvenser.

11.2.2.2 Att hänvisa till en lagstiftaravsikt.

Det är i samband med rättsligt beslutsfattande vanligt med formuleringar som tycks förutsätta en avsikt (eller ett syfte) knuten till en lagstiftare⁷⁷¹ el dyl. Någon gång ges en antydning om vilken närmare innebörd termen ”lagstiftaren” har i domstolens språkbruk, som när lagstiftaren sägs ha underkänt ett kommittéförslag i visst avseende och hänvisning görs till föredragande departementschefen.⁷⁷²

Ibland knyts avsikten i stället till ”lagstiftningen”,⁷⁷³ ”lagen”,⁷⁷⁴ ”regeln”,⁷⁷⁵ ”bestämmelserna”,⁷⁷⁶ eller ”statsmakterna”,⁷⁷⁷ eller till sådant som ”skriftlighetskravet”,⁷⁷⁸ ”reformen”,⁷⁷⁹ ”den primära förhandlingsskyldigheten”⁷⁸⁰ eller ”preskriptionsreglerna”.⁷⁸¹

De föreställningar som lagstiftaren, el dyl, sägs ha hyst omtalas inte alltid som ”avsikt”⁷⁸² eller ”syfte”. Exempel på alternativa uttryckssätt är

⁷⁶⁸ Flodgren 1982, s. 128.

⁷⁶⁹ A. a. s. 129

⁷⁷⁰ A. a. s. 130.

⁷⁷¹ T.ex. AD 96/85. I ARK, s. 587, talas om ”lagstiftarens vilja”.

⁷⁷² AD 120/84. Även i AD 160/78 görs skillnad mellan ”kommitté” och ”lagstiftare”. Ett helt annat synsätt kommer till synes i SOU 1975:1 s. 586, se Sigeman 1977a, s. 216f.

⁷⁷³ AD 62/75.

⁷⁷⁴ AD 7/75 och 34/82.

⁷⁷⁵ AD 31/79 och 158/82.

⁷⁷⁶ AD 98/84.

⁷⁷⁷ AD 118/79.

⁷⁷⁸ AD 28/77.

⁷⁷⁹ AD 89/77.

⁷⁸⁰ AD 149/79.

⁷⁸¹ AD 56/80.

⁷⁸² AD 71/79, 118/79, 149/79, 72/80, 166/81 och 6/82.

”mening”,⁷⁸³ ”tanken bakom”,⁷⁸⁴ ”intentioner”,⁷⁸⁵ ”vilja”⁷⁸⁶ och ”strävan”⁷⁸⁷. Ibland anges den närmare arten av det syfte el dyl som ingår i beslutsunderlaget. Domstolen kan t.ex. tala om ”det grundläggande” syftet,⁷⁸⁸ ”den grundläggande tanken bakom”,⁷⁸⁹ ”det yttersta” syftet,⁷⁹⁰ en lags ”huvudsakliga” syfte,⁷⁹¹ ”de allmänna syftena med,”⁷⁹² eller ”ett primärt” syfte⁷⁹³. Sådana uttrycks förhållande till uttryck som ”ändamål”⁷⁹⁴ och ”funktion”⁷⁹⁵ framstår ibland som oklar.

Det förekommer också uttalanden om vad lagens syfte inte är.⁷⁹⁶

Även inom andra rättsordningar finns det exempel på ett liknande oenhetligt språkbruk. Inom anglo-sachsisk rätt talas t.ex. omväxlande om ”intent”, ”purpose”, ”policy”, ”objectives of statutes”, ”aims”, ”meaning” utan att det alltid framgår i vilken utsträckning olika termer används för samma företeelse.⁷⁹⁷

I sammanhanget kan påminnas om Hellners synpunkter rörande målanalys i samband med lagstiftning. Han aktualiserar ”det ändamålsbestämda, teleologiska elementet i rättens utveckling genom lagstiftning”⁷⁹⁸ och har vid diskussion av målanalys i samband med lagstiftning skilt mellan ”ultimärmål” och ”primärmål”.⁷⁹⁹ Ultimärmålen tänkes eftersträfvade på grund av sitt värde i och för sig, de är ”de högsta målen, de som vi eftersträvar på lång sikt”. Primärmålen ses som medel att nå ultimärmålen och får sitt värde därav.

”Vikten av att skilja mellan ultimärmål och primärmål ligger framför allt däri, att det klargör att regelsystemet inte bör utformas blott med tanken att förverkliga lagstadgandenas innehåll. Lagregeln är ett medel för att uppnå mål som kan ligga mer eller mindre långt borta.”

⁷⁸³ AD 53/80.

⁷⁸⁴ AD 140/79.

⁷⁸⁵ AD 80/79, 118/79 och 150/80.

⁷⁸⁶ AD 94/77 (”man har velat”, s. 711), 114/78, 107/80 och 2/81.

⁷⁸⁷ AD 23/80.

⁷⁸⁸ AD 118/79.

⁷⁸⁹ AD 139/79, 23/80, 56/80, 74/80, 109/81, 125/81, 147/81, 170/81, 140/82.

⁷⁹⁰ AD 165/78.

⁷⁹¹ AD 64/82.

⁷⁹² AD 144/84

⁷⁹³ AD 19/76, 5/79, 74/80.

⁷⁹⁴ AD 127/77, 200/77, 33/79, 2/83 och 55/85.

⁷⁹⁵ AD 54/77, 71/79.

⁷⁹⁶ AD 43/74.

⁷⁹⁷ Mac Callum, s. 754ff.

⁷⁹⁸ Hellner 1990, s. 180.

⁷⁹⁹ Hellner 1972, s. 304ff, och 1990, s. 174ff.

Som exempel anförS bl.a. förbudet mot bruttoprissättning i 13 § konkurrens-lagen. Syftet är inte, som lagtextens ordalydelse kan ge intryck av, att enskilda konsumenter ska kunna köpa varor billigare. Förbudet ska stimu-lera priskonkurrens.⁸⁰⁰

Kellgren pekar på en annan aspekt av det rättsliga beslutsfattandets roll när det gäller att förverkliga syftet med lagstiftning, nämligen å ena sidan "allmänna uttalanden om målsättningen med lagstiftningen" å andra sidan "mer direkt användbara tolkningsförslag i förarbeten". I förarbetena uttalade allmänna målsättningar måste översättas till tolkningsförslag. "Ibland kan målsättningen tala så klart för en viss tolkning att nämnda översättning inte är något problem. Andra gånger är det svårare att avgöra vilken tolkning som bäst skulle förverkliga det eftersträvade målet."⁸⁰¹

Förarbetsuttalanden skiljer sig åt när det gäller graden av specifikation och precision. Vissa uttalanden avser enstaka bestämmelser, andra är av mera allmän karaktär med synpunkter på t.ex. lagens ändamål.⁸⁰² I proposi-tionen med förslag till lag om anställningsskydd anges det allmänna syfte som ligger bakom lagen: att tillförsäkra arbetstagarna ett så gott anställ-ningskydd som möjligt.⁸⁰³ Senare i samma proposition (s 129) sägs vissa situationer få lösas av de rättstillämpande organen "med beaktande av de syften som ligger bakom lagstiftningen". I propositionen med förslag till lag om medbestämmande i arbetslivet sägs reformens främsta syfte vara att bana väg för en vidgad medbestämmanderätt för arbetstagarna.⁸⁰⁴ I vissa fall framgår syftet direkt⁸⁰⁵ i andra fall krävs i stället en mer eller mindre inten-siv bearbetning och tolkning av förarbetena för att en lagstiftaravsikt ska framträda.⁸⁰⁶

Uttryck som lagstiftare och ett till denne knutet syfte, avsikt el dyl kan ge intryck av att det skulle gälla att utröna ett visst subjekts (eller flera sub-jekts) viljeinriktning vid ett visst tillfälle eller under en viss tidsrymd. De skulle kunna framkalla föreställningen om lagstiftning som uttryck för en bestämd enskild eller kollektiv vilja och om att lagtillämparen försöker utröna en sådan vilja. Ibland går man i arbetsdomstolen också långt i ett sådant subjektiverande språkbruk. Det går att finna uttalanden om att det i förarbetena inte finns några tecken på "att lagstiftaren har övervägt" eller att det knappast vore möjligt att utan en antydan i förarbetena anta

⁸⁰⁰ Se även Eklund, R, 1992-93, s. 256, och Malmberg s. 38ff.

⁸⁰¹ Kellgren, s. 148.

⁸⁰² Lögdberg, s. 11.

⁸⁰³ prop 1973:129 s. 122.

⁸⁰⁴ prop 1975/76:105 bil. 1, s. 195.

⁸⁰⁵ T.ex. AD 87/83, 130/86 (se SOU 1975:1, s. 856 jfrft med domskälen s. 892) och 112/89.

⁸⁰⁶ T.ex. AD 17/82, 98/82, 120/88 och 112/89.

”att det...var en medveten avsikt att...”⁸⁰⁷ Den allmänna uppfattningen torde emellertid vara att det exemplifierade språkbruket inte får tas bokstavligt. Läget i dag är snarast att voluntaristiska föreställningar (tanken att lagbuden skulle vara uttryck för viljeyttringar) är så gott som helt övergivna – åtminstone i den rättsvetenskapliga diskussionen.⁸⁰⁸ Idag ter sig tanken att en lagtext bör ses i ljuset av sin kontext naturligare.⁸⁰⁹ Att tillskriva lagstiftarens syfte avgörande betydelse vid fastställandet av ett stadgandes ändamål kan då innebära att man i görligaste mån använder förarbetsmaterial i argumenteringen för en viss lösning av en tvist. Att det finns anledning att vara försiktig med voluntaristiska antaganden – åtminstone när det gäller arbetsdomstolen – framgår av ett uttalande av en av dess tidigare ordförande Johan Lind:

”Jag minns...vad jag en gång lärde mig av domstolens tidigare ordförande Bengt Hult. Det var att vad en propositionsskrivare tyckte eller inte tyckte om syftet med lagen är fullständigt likgiltigt. Det som betyder något är vad som står skrivet i propositionen, ingenting annat.”⁸¹⁰

En annan – under många år verksam – ordförande i arbetsdomstolen, Hans Stark, förefaller att döma av ett intervjuuttalande vara av samma uppfattning.

”När en lag är tagen i riksdagen är det den skrivna lagtexten som gäller. Vägledning om hur lagen skall tolkas får man av de skriftliga förarbetena... . Det går inte att höra arbetsmarknadsministern i arbetsdomstolen för att få reda på vad hon egentligen menade med en viss lagregel.”⁸¹¹

En variation på samma tema är följande uttalande. Det är

”av föga intresse vilka individuella avsikter tjänstemannen eller politikern, som avfattat texten, kan ha haft med sitt språkval. Det är inte den psykologiska intentionen han söker; det är en intention av helt annat slag – låt oss

⁸⁰⁷ AD 73/87. I Strömholm 1979a, s. 151, konstateras att föreställningen om lagstiftningen som uttryck för en bestämd enskild eller kollektiv vilja framstår som påfallande seglivad både i den rättspolitiska och konstitutionella debatten ”och, låt vara mindre explicit, i rättspraxis”. Dens 1996, s. 369, med påpekandet att det förekommer uttalanden, som antyder att tanken på en lagstiftarvilja är långtifrån död.

⁸⁰⁸ Strömholm a. a. s. 374. Beträffande vissa problem i samband med den subjektiva metoden se t.ex. Strömholm a. a. s. 453ff och Evers 1984, s. 47. MacCallum, s. 755f, formulerar sju frågor hänförliga till frågan om lagstiftaravsikten. Han refererar (not 12) till en artikel i vilken urskiljs 22 olika former av lagstiftaravsikt i samband med lagstiftningsarbete. För en diskussion av lagstiftarviljans roll vid lagtolkning se Marmor, s. 155ff.

⁸⁰⁹ Strömholm a. a. s. 369.

⁸¹⁰ Lind 1984, s. 34.

⁸¹¹ Ahlberg m.fl., s. 4.

erkänna, att det snarare rör sig om en konstruktion än om en psykologisk verklighet. När lagtolkaren påstår sig söka lagstiftarens 'avsikter', 'lagens andemening' eller vilket uttryck han än må nyttja, är det inte medelproportionalen av förloppen i en månghundraårig parlamentarisk församlings, om än aldrig så upplysta, huvuden som han söker fånga. Än mindre bryr sig lagtolkaren om att pejla textförfattarens undermedvetna."⁸¹²

Det tycks finnas en skillnad mellan vad man säger (att det är fråga om att utleta en avsikt hos en lagstiftare) och vad man menar (att det är fråga om att tolka en text).⁸¹³

Tillståndet har kommenterats på olika sätt. Uttalanden i domar om lagstiftarens vilja har beskrivits som "en kortfattad eller suddig beskrivning av hur bestämmelsen har tillkommit, av vad som står i förarbeten eller i förebilder för lagtext o dyl". Det gäller då att se vad som "ligger under" när uttryck som "lagstiftarens vilja" används.⁸¹⁴ Det har också antagits att tolkningen är subjektiv i den meningen att man arbetar med en hypotetisk avsikt.⁸¹⁵ "Lagstiftarens vilja" har betecknats som ett "teoretiskt" begrepp, inte ett "psykologiskt" sådant. Ordet "vilja" används inte i en bokstavlig bemärkelse.⁸¹⁶ Ett förslag till förklaring av "intentionstolkningens" popularitet är att man inte velat ge upp den i äldre doktrin förfäktade "viljeteorin" och dess ideologiska förutsättningar.⁸¹⁷

Strömholm har framhållit vikten av att skilja mellan å ena sidan ståndpunkten att föreställningar om en kollektiv, överindividuell – hos något ideellt väsen förankrad – vilja inte kan upprätthållas och å andra sidan föreställningar hos rättstillämparen om viljekaraktär hos lagregler och motivuttalanden. Om man på grundval av den förstnämnda ståndpunkten förkastade nämnda föreställningar som motsägelsefulla eller metafysiska skulle man riskera att förbise svåråtkomliga men betydelsefulla realiteter.⁸¹⁸

Ett exempel på kritik mot subjektivismen, tagen på allvar, är följande.⁸¹⁹ Om man med intention förstår den tolkning av texten som författaren själv givit vid någon tidpunkt, kan uppställas tre krav som ska vara upp-

⁸¹² Strömholm 1989, s. 25.

⁸¹³ Jfr MacCallum s. 763.

⁸¹⁴ Hellner 1994, s. 26f. I Hellner 1988, s. 65, ges exempel på hur Högsta domstolen bedömt frågor med hänsyn till det syfte som antagits ligga till grund för en tillämplig regel och hur syftet fastställts med hjälp av uttalanden i förarbetena.

⁸¹⁵ Wennström, s. 156.

⁸¹⁶ Peczenik 1990a, s. 162.

⁸¹⁷ Evers 1984, s. 50.

⁸¹⁸ Strömholm 1979a, s. 154.

⁸¹⁹ Evers a. a. s. 47ff. Beträffande "den klassiska kritik som riktats mot intentionstolkning över huvud taget" se Peczenik 1988, s. 258ff.

fyllda för att en intentionstolkning ska kunna sägas vara riktig. För det första måste det gå att ange upphovsmannens/männens identitet(er) ("identitetskra-vet"). Det är ju frågan om att konstatera intentionerna hos någon person (eller några personer). Om upphovsmannens identitet är okänd kan intentionen inte fastställas. För det andra ska det vara möjligt att förlägga intentionen i tiden ("tidskravet"). För det tredje måste hypotesen om en vid en viss tidpunkt föreliggande intention vara möjlig att pröva ("prövbarhetskravet"). Dessa tre krav avseende identitet, tid och prövbarhet går inte att uppfylla när det gäller lagtext. Identiteten avser ju "lagstiftaren". Den krets av personer som medverkat vid tillkomsten av en lagstiftning är stor. Det går inte att fastställa vad var och en bidragit med och vilka olika meningar om lagtextens innebörd som förelegat. Varje försök att finna en enhetlig lagstiftarintention bakom en lagtext måste bli en ren konstruktion. Då försvinner möjligheten att tillgodose det andra kravet och det finns ingen hypotes att pröva.

Svårigheterna med att föra försök att fastställa en lagstiftaravsikt i hamn ska illustreras med ett exempel från USA.⁸²⁰ Författaren prövar i ett antal fall Högsta domstolens ställningstaganden mot vad han kallar "the ratifiers' original understanding of what the Constitution means". Här identifieras alltså en personkrets, vilket skulle göra det åtminstone principiellt möjligt att undersöka intentionerna. Med en någorlunda liberal tolkning av tidskravet skulle det vara fråga om att fastställa de nordamerikanska grundlagsfädernas avsikter vid tidpunkten för konstitutionens tillkomst. Ett försök i den riktningen skulle ge till resultat en hypotes som vore möjlig att pröva. Författaren gör emellertid – trots sin klart subjektiverande ansats – inte ens ett försök att påvisa några verkliga avsikter hos grundlagsfäderna. Deras uppfattning om innebörden av konstitutionen visar sig i stället vara liktydigt med "what the public of that time would have understood the words to mean" eller senare: "what those words ordinarily mean". Det slås fast att "[t]he search is not for a subjective intention"! Utgångspunkten är alltså vissa utpekade personers (grundlagsfäderna) ursprungliga mening samtidigt som det inte kommer i fråga att eftersöka "en subjektiv avsikt" utan i stället innebörden av en text enligt ett visst språkbruk; "public understanding" i stället för "subjective intentions". "Public" (= "public men") preciseras till "informed public men". Vad som skulle utletas blir "the original meaning of the words". Subjekten har försvunnit. En objektiv tolkningslära hade förkläts i en subjektiv skrud.

Med den vikt som lagts vid arbetsdomstolens språkbruk (kap 2) finns det

⁸²⁰ Bork, R H ; framställningen grundas främst på ss 6, 66, 75ff, 81, 128, 130, 135, 143ff, 218, 318, 343, 345,351f. Jfr Dworkin 1986, s. 314 om uppfattningen att "statutes should be read...according to what the legislators who actually adopted them intended".

anledning att stanna upp vid det återkommande hänvisandet till en lagstiftares avsikt eller syfte.

Hellner säger sig inte i Sverige ha funnit några moderna uttalanden om att rätten skulle härleda sin giltighet från lagstiftarens vilja.⁸²¹ Det går emellertid att finna uttalanden som förefaller ligga åtminstone i närheten av en sådan ståndpunkt.⁸²² Den tidigare ordföranden i arbetsdomstolen Lind konstaterade t.ex. nyligen, att det från en domstols synpunkt ibland kan vara bra att använda förarbetsuttalanden "eftersom domstolen därmed klargör att domen inte är ett uttryck för domarens privata värderingar utan grundas på *överbäggande som ytterst gjorts av de politiker* som har att besluta om lagstiftning"(min kurs).⁸²³

"Många gånger kan det i praktiken vara så att ett visst förarbetsuttalande inte uppmärksammas av någon politiker. Uttalandet har skrivits ihop av någon hovrättsassessor utan alltför ingående analys. Varför skall då hovrättsassessorns bedömning så gott som binda fem justitieråd som har att tillämpa lagen?

Svaret på frågan är bl.a. att man i det givna fallet inte kan vara säker på om saken har uppmärksammas av någon ansvarig politiker. I riksdagen fanns kanske någon med specialintresse på området och som med intresse läste propositionen för att se om han skulle väcka en motion i frågan. Han avstod emellertid, eftersom motivuttalandet motsvarade hans egen uppfattning. Hade uttalandet inte funnits hade riksdagsmannen kanske väckt en motion och måhända hade den blivit välvilligt behandlad av utskottet."⁸²⁴

Efter detta uttalande konstateras, med hänsyftning på några tidigare refererade rättsfall, att man kan vara ganska säker på att de förarbetsuttalanden som varit aktuella observerats, "i flertalet fall av politiker i samband med riksdagsbehandlingen och i övrigt av ansvariga cheftjänstemän i departementet."

Av de citerade uttalandena förefaller det som om det skulle vara av betydelse om ett förarbetsuttalande har *observerats* av någon politiker eller inte. Vilken vikt som skulle tillmätas ett förarbetsuttalande varom man *vet* att det inte observerats av någon politiker anges inte. Här anknyts alltså förarbetsuttalanden till personer, som om personerna hade betydelse. Tanken förefaller vara att någon politiker måste ha åtminstone tittat på texten, för att den ska bli att anse som en rättskälla?⁸²⁵ Lind tar

⁸²¹ Hellner 1997, s. 352f.

⁸²² Jfr Strömholm 1996, s. 369.

⁸²³ Lind 1993, s. 317.

⁸²⁴ A. a. s. 317f.

⁸²⁵ Det citerade skulle också kunna tolkas som sammanhängande med en demokratiaspekt (politikernas deltagande i lagstiftningen) och en kvalitetsaspekt.

inte det ytterligare steget att tillägga de utpekade personernas reflektioner i samband med läsningen av texten någon självständig betydelse. Under alla förhållanden kan ju inte en övertygelse om att en viss text observerats av någon politiker eller tjänsteman medge någon välgrundad uppfattning om vad vederbörande tänkte därvid eller vad han hade för avsikt med texten.⁸²⁶

Av exemplet ska här inte dras slutsatsen att man i samband med rättsligt beslutsfattande verkligen ägnar sig åt frågan om huruvida en viss i sammanhanget relevant text uppmärksammas av någon politiker eller tjänsteman. Uttalanden i litteraturen och det i undersökningen ingående materialet ger inget stöd för en sådan slutsats. Samtidigt är det svårt att bortse från möjligheten att arbetsdomstolens språkbruk kan skapa intrycket att ett utrönande av en "lagstiftares" avsikter skulle ingå som ett led i det rättsliga beslutsfattandet. Med lagstiftare skulle i förevarande sammanhang knappast kunna avses något annat än en på visst sätt avgränsad krets av i lagstiftningsarbetet deltagande personer. Det framgick också nyss av de från AD 73/87 hämtade exemplen att det förekommer formuleringar som skulle kunna uppfattas som uttryck för tanken att det verkligen vore fråga om att utröna en av vissa personer vid en viss tidpunkt omfattad åsikt.

Ytterligare exempel kan hämtas från en dom som ligger utanför undersökningsperioden.⁸²⁷ Målet, AD 104/90, rörde bl.a. tolkningen av en bestämmelse i 1686 års kyrkolag. En präst entledigades på egen begäran från sin tjänst som pastoratsadjunkt. Någon dag efter det att beslutet expedierats återkallade arbetstagaren sin begäran om entledigande. I den del av tvisten som rörde verkan av återkallelsen åberopades som rättslig grund för kändens yrkande 19 kap 6 § i 1686 års kyrkolag. Den numera upphävda paragrafen hade följande lydelse.

"Ingen skall ordinerats till präst, som icke allaredan haver ett visst ämbete uti skolor, gymnasier eller akademier, varigenom han sig redligen nära och föda kan; eller ock, då någon annan viss lägenhet är ledig, till vilken han kan befordras. Fördenskull varder härmed biskoparna och superintendenterna allvarligen förbjudet att viga flera präster, än som nödortfeligens behövas och med lägenheter kunna förses. Förgriper sig någon häremot, så skall han därför tillbörligen ansedd bliva och plikta."

Enligt arbetstagsarsidan innebar bestämmelsen att den som hade prästvigs i

⁸²⁶ Som framgick ovan i detta avsnitt har samme författare i ett annat sammanhang uttalat att det enda som betyder något är *vad som står skrivet* i en proposition, se Lind 1984, s. 34.

⁸²⁷ Ordföranden i målet har dock varit verksam i arbetsdomstolen under flera år av den samma.

ett stift alltid hade rätt att få anställning som präst i stiftet så länge han inte brutit mot de vid prästvigningen givna löftena. Hur går det till att tolka bestämmelser av sådan ålder? Domstolen fann inledningsvis att den *ursprungligen åsyftade* innebörden av bestämmelsen på grund av dess ålder inte kunde klarläggas "i detalj".⁸²⁸ Dworkin skiljer mellan två olika sätt att utvärdera lagstiftarens syfte: a) "the speaker's meaning view": förarbetena behandlas "not as events important in themselves, but as evidence of the mental states of the particular legislators who made them".⁸²⁹ b) "Hercules' view": Förarbetena ses som "political acts that his interpretation of the statute must fit and explain, just as it must fit and explain the text of the statute itself."⁸³⁰ Det förefaller som om det herkuliska synsättet skulle ligga rätt nära det som befunnits vara det vanliga i arbetsdomstolen. Förarbetena tillades, i likhet med lagtexten, som härrörande från lagstiftaren, en avsevärd vikt. Det i den refererade domen gjorda uttalandet förefaller dock vara uttryck för "the speaker's meaning view".

Om det nu inte är fråga om att fastställa avsikter hos vissa i lagstiftningsarbetet deltagande personer i fråga om innebörden av språkliga uttryck eller rörande bestämmelsers ändamål, hur ska då språkbruket uppfattas? Om man börjar med att söka förklaringar till detsamma, skulle en sådan kunna vara att det rör sig om en kvarlevande deklaratörisk fiktion.⁸³¹ Den rättslige beslutsfattaren skulle genom att hänvisa till en lagstiftaravsikt komma att framstå som en uttolkare av en annan, legitim, beslutsfattarens besked om hur en rättsfråga ska besvaras. Hänvisningarna till en lagstiftare i den argumentation som läggs till grund för domslutet skulle rent av kunna ses som uttryck för uppfattningen att man bör kunna hänvisa till något utanför domstolen liggande när det gäller att ange grunden för ett ställningstagande. Språkbruket kan bidra till att tona ned betydelsen av egna uppfattningar för utgången i målet.⁸³² De eventuella värderingar som lagtolkningen bygger på, kan tillskrivas lagstiftaren?⁸³³ Det är ett

⁸²⁸ Domstolen uttrycker sig här på ett sätt som för tankarna till Bork's nyss refererade ståndpunkt innebärande att det är "the ratifier's original understanding" som ska utletas.

⁸²⁹ Dworkin 1986, s. 314ff.

⁸³⁰ A. a. s. 337ff.

⁸³¹ Jfr Payne, s. 11f: "[T]he fiction that the courts discover and give effect to the intention of the legislature in interpreting statutes is merely one manifestation of the declaratory theory." Jfr Peczenik 1995a, s. 53, om normrationalitet och rättsstatlighet.

⁸³² Enligt Lind 1993, s. 307, är det – om lagstiftaren utformat lagtexten på ett mycket allmänt sätt – särskilt viktigt för domstolen att hitta "objektiva hållpunkter, som inte blir beroende av den individuella domarens personliga värderingar".

⁸³³ Jfr Peczenik 1980, s. 169. Andra inslag i domstolens språkbruk förefaller ha samma uppgift, t.ex. användandet av uttrycket tolkning även i klara analogisituationer. Jfr hur man först kan framställa en situation som rättstom för att sedan ändå säga sig syssla med lagtolkningsfrågor, AD 113/79.

språkbruk som ligger väl i linje med ”en tradition om lagen som den förnämsta ’rättskällan’ och medvetandet om att i Sverige lagtexten måste läsas i nära samband med motiven”.⁸³⁴

Den bundenhet som språkbruket kan ge intryck av är dock endast skenbar. Bruket att hänvisa till ”lagstiftaren” och ”lagstiftaravsikten” ger, som flera av de tidigare gjorda referaten visar, i själva verket avsevärt utrymme för en ibland relativt fri argumentation, t.ex. om vad lagstiftaren ”måste” eller ”inte kan ha” avsett. Omöjligheten att fastställa om en viss dom står eller inte står i samklang med en tänkt lagstiftares intentioner skulle kunna ses som en fördel för den som önskar sig stort utrymme för sin argumentation.

Det går inte att på grundval av det material som ingår i undersökningen avgöra om arbetsdomstolen skiljer sig från andra domstolar när det gäller det här uppmärksammade språkbruket. Så långt torde emellertid likartade uppfattningar inom domstolsvärlden råda att det inte finns anledning att förmoda att uttryck sådana som ”medveten avsikt” och ”ursprungligen åsyftad innebörd” bör uppfattas som liktydigt med att man skulle vara beredd att föranstalta om utredningar rörande vissa individers uppfattningar i vissa frågor vid en viss tidpunkt, utan att det snarare är fråga om att använda förarbetsmaterial för att underbygga en ståndpunkt i tolkningsfrågan. Det har i det i undersökningen använda materialet inte påträffats något uttalande som tyder på att man undersökt om någon viss individ haft en viss ståndpunkt vid ett visst tillfälle. Grunden för påståenden om lagstiftaravsikten synes genomgående ha varit i förarbetena förekommande skriftliga uttalanden.

”Hänvisningen till rättskällorna kan betraktas som en form för legitimation av uttalanden om rätten. Den bygger på användningen av en speciell teknik på ett speciellt material. Tekniken kan karakteriseras som begagnande av ett antal ’hanteringsregler’, vilka kan vara omedvetna även för dem som ständigt använder dem. Det speciella materialet är ’rättskällorna’. Det finns ett element av verifikation i tekniken; påståenden om rättskällor måste ha ett underlag i fakta. Att bortse från gällande lagstadganden eller från domar som uppfattas som prejudikat – vilka uppenbarligen är fakta även i en inskränkt betydelse – strider mot vedertagna rättskälleläror. Därigenom har denna form av positivism en empirisk förankring med direkta konsekvenser för den juridiska metoden.”⁸³⁵

Det har talats om ”den logiska, empiriska och terminologiska ’vindsröjning’ som den skandinaviska realismen genomfört” inom rättsveten-

⁸³⁴ Hellner a. a. s. 353.

⁸³⁵ Hellner 1997, s. 357f.

skapen.⁸³⁶ Skulle en terminologisk vindsröjning behövas inom det rättsliga beslutsfattandet? Om den lagstiftaravsikt som så ofta åberopas inte finns och inte skulle kunna finnas bör den då ändå åberopas? Risken finns att språkbruket leder tanken fel – inte bara bland allmänheten utan också bland de rättsliga beslutsfattarna.

Strömholm, som finner föreställningen om lagstiftningen som uttryck för en bestämd enskild eller kollektiv vilja så gott som helt övergiven i den rättsvetenskapliga diskussionen, konstaterar att den ändå ”sticker upp huvudet som praktisk handlingsregel”.⁸³⁷ Han sätter en voluntaristisk uppfattning av rättsreglerna i relation till dels en subjektiv lagtolkningsmetod dels en idé om att en lagtext förstås bäst insatt i sin kontext – inte till ett inom ramen för en subjektiv lagtolkningsmetod förekommande språkbruk.⁸³⁸ Det kan dock finnas skäl för en subjektiv lagtolkningsmetod innebärande ett utnyttjande av motivuttalanden i samband med lagtolkning, som inte kan åberopas till stöd för det språkbruk som här diskuteras. Ett beaktande av förarbetena skulle kunna ske även om man i stället för lagstiftarens avsikt valde att hänvisa till ”lagstiftningen”.⁸³⁹ Vore inte ett ersättande av ”lagstiftaren” med ”lagstiftningen” mera rättvisande när det gäller tillvägagångssättet i samband med lagtolkning även enligt subjektiv metod? Det är ju frågan om att tolka förarbetstexter, inte om att utröna vissa ”lagstiftningsarbetsares”⁸⁴⁰ avsikter. Frågan om vad lagens upphovsmän eventuellt kan ha menat spelar alltså inte någon nämnvärd roll. ”Vid subjektiv lagtolkning tolkar man motiven objektivt”.⁸⁴¹

Om man ser ett värde i att domskälen är så rättvisande som möjligt kan frågan ställas vad det är som sker i det rättsliga beslutsfattandet. Ett förslag är att man i stället för ”den psykologiska intentionen” borde tala om en intention av annat slag, ”en konstruktion”, eller närmare bestämt en ”förnuftig” mening.⁸⁴² I stället för psykologiska sanningar skulle det handla om ”att finna auktoritativt stöd för mänskligt godtagbara avgöranden”. Här skulle vägas in inte bara ”avsändarledet” utan även ”mottagarledet” (varmed avses allmänheten: parterna, juristerna, tingsmenigheten). Tanken att den rättslige beslutsfattaren söker en *förnuftig* mening kunde synas alltför obestämd för att tillåta vare sig vederläggning eller verifie-

⁸³⁶ Strömholm 1996, s. 116.

⁸³⁷ Strömholm 1979a, s. 151f.

⁸³⁸ Strömholm 1996, s. 369f.

⁸³⁹ Det sker i t.ex. AD 150/80, s. 939.

⁸⁴⁰ Uttrycket ”lagstiftningsarbetare” lånat från Nordenson, s. 383.

⁸⁴¹ Ekelöf 1976, s. 39.

⁸⁴² För detta och det närmast följande se Strömholm 1989, s. 25.

ring. Graden av förnuft tänkes emellertid kunna mätas genom jämförelse med: a) andra lagars innehåll, b) tidigare avgöranden av ansedda domstolar, c) lagtolkarens uppfattning om det rimliga och socialt acceptabla. Allmänhetens världsbild, förväntningar och värderingar skulle vara ett oundgängligt led i "lagförståelsen".

Om detta vore en korrekt beskrivning av rättsligt beslutsfattande – att här finns inslag med motsvarighet i arbetsdomstolens praktik är uppenbart: beaktandet av den regelmiljö i vilken fallet hör hemma, att man tillmäter rättspraxis (inte minst sin egen) avsevärd betydelse och att man i viss mån tillmäter konsekvenserna av beslutsfattandet betydelse har framgått – kunde det finnas skäl att i sättet att argumentera i domskälen släppa fram de olika momenten på ett tydligare sätt. Beaktandet av avsändarledet kunde i förekommande fall ske genom hänvisning till "lagstiftningen", medan mottagarledet kunde uppmärksammas genom att den eventuellt förekommande konsekvensorienteringen gavs ett klarare uttryck i domskälen. Frågan om konsekvensorientering ska diskuteras i det närmast följande avsnittet.

11.2.2.3 Beaktandet av konsekvenser

Beaktar arbetsdomstolen konsekvenser? Om så är fallet, vilka konsekvenser beaktas? I det domsmaterial som ingår i undersökningen kan spåras en spänning mellan det normbundna och det fria. Det normbundna uttrycks i sådant som hänvisande till en lagstiftaravsikt och i uttalanden om att det inte är rättstillämpningens uppgift att beakta effekter. Att det ändå finns ett utrymme för ställningstaganden som inte kan restlöst hänföras till lagstiftningen – en frihet – är uppenbart. Frågan är i vilken utsträckning denna spänning tillåts komma till synes. Vad sker "under the guise of interpretation".⁸⁴³

"The cases show that the courts, while paying lip-service to the theory of discovering legislative intention, do in fact construe statutes, so far as the words allow, in such a way as to produce results which satisfy their sense of fitness."⁸⁴⁴

Den rättslige beslutsfattaren tänkes här alltså först och främst se till *resultatet* av sin verksamhet – dock endast "så långt som orden tillåter". I stället för den av domskälens språkbruk förespeglade – till individer

⁸⁴³ Lord Diplock i Griffith, s. 190f.

⁸⁴⁴ Payne, s. 110.

knutna – avsikten, är det fråga om språklig analys och ett beaktande av effekter.

I 3 kap gjordes åtskillnad mellan olika situationer i vilka konsekvenser skulle kunna beaktas i samband med rättsligt beslutsfattande. En sådan situation är den när domstolen vill tillgodose ett av lagstiftaren utpekad ändamål. En annan situation är den när konsekvenser beaktas på ett sådant sätt att utgången i målet kommer att stå i strid med lagen. En tredje situation avser beaktande av konsekvenser när lagstiftaren inte gett någon ledning för ett besvarande av rättsfrågan.

Materialet pekar, som framgått, i riktning mot en lagstiftarorienterad domstol. I ett mycket stort antal redovisade domar har argumenteringen till stöd för domslutet, såvitt framgår av domskälen, huvudsakligen byggt på lagtext och till denna anknyttande uttalanden i förarbeten av olika slag. Det antas emellertid ofta i litteraturen att domstolar i sitt beslutsfattande inte helt bortser från de konsekvenser som kan förmodas bli följden därav. Det finns också domar i vilka ett beaktande av konsekvenser mer eller mindre klart uttalat har skett. I AD 108/78, var ordalydelsen klar men konsekvenserna av en tolkning i enlighet med den accepterades inte – enligt vad som också framgick av domskälen. Av majoritetens domskäl i AD 8/82, framgår att man inte ville acceptera konsekvenserna av en viss tolkning av lagtexten. Ett exempel på fall där ett beaktande av konsekvenser kan förmodas ha varit en viktig del av underlaget för ställningstagandet – men där det inte framgick på samma tydliga sätt – är AD 32/86. I stället anknöts där återkommande till en ”lagstiftaravsikt”, vars innebörd dock knappast kan ha fastställts med hjälp av förarbetsuttalanden. I AD 55/85 undersöktes olika tänkbara resultat av en viss tolkning. Den visade sig oförenlig med vissa syften hänförliga till annan lagstiftning och valdes bort.⁸⁴⁵

Lind har i en artikel om arbetsdomstolen som lagtolkare uttalat att det är klart ”att man funderar på om en viss lösning av ett rättsligt problem är praktisk.” Är den inte det är det ”ett indicium på att man kan ha tänkt fel.”⁸⁴⁶ I AD 113/79 (ordf Lind) uttalades också: ”Slutligen måste arbetsdomstolen vid sin prövning självfallet också beakta vilka praktiska effekter som kan antas uppkomma om tvisten löses på det ena eller andra sättet.”

Vissa inslag i beslutsfattandet kunde skapa tveksamhet om hur arbetsdomstolen såg på sin roll när det gäller att beakta konsekvenser. Likar-

⁸⁴⁵ Konsekvenser beaktades också i bl.a. AD 83/77 (minoriteten), 194/77 (minoriteten), 140/84, 118/79 (man bortsåg från vissa negativa konsekvenser), 74/80 (man ville inte genom sitt beslutsfattande medverka till ett förvärrande av tolkningsproblemen).

⁸⁴⁶ Lind 1984, s. 35.

tade fall förefaller ibland ha bedömts på olika sätt. Det gäller bl.a. frågan om överkompensation som följd av ett visst ställningstagande. I AD 113/79 beaktades – i en regeltem situation – att stötande effekter, nämligen överkompensation, skulle uppkomma om en viss ståndpunkt godtogs. I AD 56/80 beaktades att ett visst ställningstagande skulle medföra ”förde-len att man minskar risken för dubbelkompensation”. I AD 133/86 ignorerades däremot att konsekvenserna av en viss tolkning skulle bli överkompensation, såtillvida som de inte ansågs böra hindra analogi. I AD 155/80 bortsågs också vid tillämpning av semesterlagen från att den resulterade i viss överkompensation. I AD 140/78 skulle viss ståndpunkt, om den accepterades, leda till en viss överkompensation, men den ansågs inte bli så omfattande att tolkningen borde avvisas av den anledningen.

Det var vanligen omöjligt att med hjälp av domskälen avgöra vilken vikt domstolen tillagt konsekvenserna av ett ställningstagande. Det förefaller som om man ibland föredrog en argumentering som framhävde moment av anknytning till lagstiftningsmaterial, medan beaktandet av konsekvenser hamnade i skymundan. I den mån så var fallet kan man tala om en fingerad lagstiftarorientering.

Den förmodade tendensen att i viss mån dölja det egna bidraget till resultatet av det rättsliga beslutsfattandet diskuteras även när det gäller andra domstolar än arbetsdomstolen. I Wiklund, s. 404, talas om EG-domstolens tolkningsstil ”som ger sken av att det inte är frågan om en ny norm utan en konkretisering av en latent norm som skapas genom referens till oskrivna rättsnormer”. Lagtolkningen beskrivs som ”formalistisk och kreativ på samma gång”. En riktning inom rättsforskningen, neofunktionalismen, kan också bidra till en diskussion om domstolars sätt att argumentera. ”Formalismen” och ”objektiviteten” i traditionell juridisk argumentation anses dölja en i grunden ideologisk process; det finns en tendens att ”dölja politiken bakom rättens mask”.⁸⁴⁷

Till diskussionen av domstolars beaktande av konsekvenser hör frågan om fastställande och främjande av bestämmelsers ändamål – teleologiska metoder. Det finns olika sådana⁸⁴⁸ och ämnet ska inte behandlas här utöver vad som skett i kap 4. Det förefaller emellertid som om olika aspekter av metoderna skulle kunna belysas utifrån de två här använda huvudorienteringarna, lagstiftar- och konsekvensorientering. Är t.ex. Ekelöfs lära lagstiftar – eller konsekvensorienterad? En av Hellner gjord skillnad mellan vad rättsvetenskapsmän själva uttalat om sina metoder och den metod som vederbörande faktiskt tillämpar är värd att beakta.⁸⁴⁹

⁸⁴⁷ Wiklund, s. 448. För en utförligare diskussion se Unger. Se även Bergholtz 1991, s. 12f.

⁸⁴⁸ Hellner 1997, s. 356f.

⁸⁴⁹ A. a. s. 357. Om konsekvensinriktad argumentering se Peczenik 1995a, s. 207f.

11.2.2.4 Om utformning av domskäl

Medan det är svårt⁸⁵⁰ att hitta argument för ett språkbruk som saknar täckning i verkligheten – och som dessutom är ägnat att (om inte dölja så ändock) fördunkla det värderande momentet – finns det åtskilliga argument mot ett sådant. Några skäl mot att använda fiktioner i samband med rättsligt beslutsfattande ska anges.⁸⁵¹

a) Om rättsligt beslutsfattande innefattar värderande och skönsmässiga ställningstaganden är det bättre att låta det komma till synes än att dölja förhållandet i en fiktion om en av lagstiftaren omfattad avsikt. Fiktionen undanskymmer frågan om ansvaret för gjorda ställningstaganden.

b) I det rättsliga beslutsfattandet ingår – inte minst i arbetstvister – att ta ställning i kontroversiella frågor. Den beslutsfattare som är medveten om att han utövar ett skön undgår lättare risken för alltför personligt färgade ställningstaganden än den som inte är det.

c) Det finns en risk att värderingsfrågor inte blir tillräckligt belysta om de döljs.

d) Det finns en risk att fördomar och ogrundade antaganden får ett friare spelrum om värderingarna döljs.

e) Det kan också skapa problem i juristutbildningen. Studenterna får lätt ett felaktigt intryck av vad juridiska problem är när värderingsfrågor formuleras som kunskapsfrågor.

f) Till det sagda kan läggas att ett adekvat språkbruk skulle ge den intresserade, inte minst företrädare för parter, lagstiftare och rättsvetenskap viktig information om förutsättningarna för tvistelösningen. Att ett mera rättvisande språkbruk skulle förbättra förutsebarheten av beslutsfattandet förefaller troligt liksom att det skulle öka möjligheterna för parter och deras ombud att argumentera effektivt.⁸⁵²

g) Även den i kap 10 diskuterade utvecklingen mot att domstolarnas handlingsdirigerande funktion blir alltmera framträdande bör beaktas. Om domstolarnas roll som dirigenter av mänskligt handlande i framtiden kommer att ytterligare betonas⁸⁵³ bör det få konsekvenser för domskälens utformning.⁸⁵⁴ Handlingsdirigeringen är viktig – både i samband med

⁸⁵⁰ Det behöver dock inte vara omöjligt. I Sandgren, s. 1053, talas om – och exemplifieras – ”juridikens nyttiga fiktioner”.

⁸⁵¹ För det närmast följande se Payne, a. a. s. 110ff och Peczenik 1980, s. 169.

⁸⁵² Rasmussen s. 36.

⁸⁵³ Enligt Lindblom, 1993b, s. 60, varken kan eller bör processens framtida funktion inskränkas till individualprevention, respektive individuell konfliktlösning, även om det är där allting startar.

⁸⁵⁴ I Gunnarsson framhålls sambandet mellan reglers funktion och deras språkliga utformning, se t.ex. s. 263ff.

rättsklargöranden och i samband med rättsskapande. Den ökade betydelsen för handlingsdirigering kräver att domstolarna *erkänner* den. Det har framgått att domstolen – samtidigt som lagstiftaren lämnat ett avsevärt utrymme för domstolens egna ställningstaganden – var påtagligt lagstiftarorienterad. Häri skulle kunna finnas grunden för en tendens att tona ned egna värderingar och den vikt som tilläggs konsekvenser av beslutsfattandet.

Värderande ställningstaganden bör redovisas som sådana. Försök att dölja utrymmet för egna ställningstaganden i fiktiva resonemang om vad en lagstiftare skulle ha "avsett" eller i andra uttryck för en deklaratorisk fiktion, framstår som obefogade. Om lagstiftaren väljer att lägga mer och mer av handlingsdirigering – genom t.ex. EU-anslutning, ramlagstiftning⁸⁵⁵ och överlämnande till rättstillämpningen av rättsfrågor att lösa – på domstolarna, finns det ingen anledning för domstolarna att försöka dölja det förhållandet. Domskälen bör innehålla uttalanden som klargör bakgrunden till intagna ståndpunkter. Rättstillämpningsvärderingar bör redovisas.

En ökad klarhet i dessa avseenden skulle kunna förbättra handlingsdirigeringen.⁸⁵⁶

Utveckling av regelsystemet genom rättsligt beslutsfattande kan ses som ett alternativ till lagstiftning. När utvecklingen sker genom lagstiftning finns i många fall förarbeten att tillgå för den som vill bilda sig en uppfattning om rättsläget. Sker utvecklingen i stället i rättspraxis ökar behovet av klargörande besked om vilka överväganden som ligger till grund för gjorda ställningstaganden.

Mot bakgrund av de resultat som framkommit i undersökningen pekande mot en avsevärd frihet vid tolkning av lagtext, kan frågan ställas om det finns *någon* ram inom vilken tolkning ska eller bör bedrivas.⁸⁵⁷ Den rättsvetenskapliga litteraturen ger många exempel på framställningar med preskriptiva inslag. Ibland uppställs kriterier för vad som ska

⁸⁵⁵ Dagens abstrakta lagstiftningsteknik ökar domarens normutfyllande uppgifter, Lindblom 1993b, s. 60. Se även dens 1993d, s. 68f, om att lagstiftningstekniken har givit domarna (i åtminstone vissa domstolar) en ny roll som "law-makers" och om övertygande bevis för en internationell utveckling mot ökad "law-making power" i domarsätet.

⁸⁵⁶ I Lindblom 1993f, s. 110 talas det om att "maximera handlingsdirigeringen, bl.a. genom förbättrad prejudikatbildning." Är inte ett led i en sådan förbättring att göra domskälen *ännu mera* upplysande?

I Peczenik 1995a, s. 49, sätts en "god och utförlig argumentering" i relation till frågan om legitimitet. Se även a. a. s. 51f om argumentationens betydelse för rättssäkerheten.

⁸⁵⁷ Här bortses från frågan om vilka rättsliga gränser som kan finnas. Enligt Peczenik 1995b, s. 36, anses ett åsidosättande av "bindande rättskällor" som tjänstefel. Om skadeståndsansvar för oriktig rättstillämpning se Bengtsson 1972, s. 95ff.

anses vara ett korrekt tillvägagångssätt i samband med tillämpningen av lagregler. Ett välkänt exempel är Maxwells arbete *Interpretation of Statutes*. Där fastslås inledningsvis:

"A statute is the will of the legislature..., and the fundamental rule of interpretation, to which all others are subordinate, is that a statute is to be expounded 'according to the intent of them that made it'."⁸⁵⁸

Sådana och andra tolkningslärors adressater får förmodas i första hand vara rättsliga beslutsfattare, vilkas arbete tänkes reglerat av de uppställda principerna.

Peczenik anger fyra typer av "lagtolkningsregler".⁸⁵⁹ Som en första typ anges i lag formulerade tolkningsregler. Som enda exempel från Sverige nämns den från den upphävda 1809 års regeringsform bekanta regeln om att "grundlagarna skola efter deras ordalydelse i varje särskilt fall tillämpas".⁸⁶⁰

Ett annat, ofta nämnt, exempel är art 1 i den schweiziska civillagen, enligt vilken domaren bör lösa de i lagen obesvarade rättsfrågorna enligt sedvane-rätt eller – om sådan inte finns – enligt den regel som han själv skulle skapa om han vore lagstiftare. Det är en regel som i min framställning närmast hör hemma i avsnittet om nyskapande eftersom det är frågan om av lagstiftaren obesvarade rättsfrågor.⁸⁶¹ Andra exempel på lagfästa tolkningsregler kan hämtas från anglo-sachsisk rätt. Från England kan nämnas the Interpretation Act 1978 och från Nordirland Northern Ireland Interpretation Act 1954. Även i dessa rättssystem är emellertid det traditionella synsättet att sättet att genomföra tolkningen ska ske med minsta möjliga styrning från lagstiftaren.⁸⁶² Payne nämner en princip fastslagen av USAs Högsta domstol: ett visst uttryck skulle tolkas så att det överensstämde med vad "the lawmakers, within constitutional limits, would have done had they acted at the time of the legislation with the present situation in mind".⁸⁶³

Ett exempel från folkrätten är de i Wienkonventionens⁸⁶⁴ art 31–33. I art

⁸⁵⁸ Maxwell, s. 1f.

⁸⁵⁹ Peczenik 1980, s. 192f. Se också Bengoetxea, s. 227ff.

⁸⁶⁰ Vissa ytterligare synpunkter på konstitutionen och lagtolkning ges i Peczenik & Berg-holz, s. 353.

⁸⁶¹ Enligt Tore Strömberg, 1980, s. 180, not 5, blir domarens handlingsfrihet betydligt mera begränsad än lagstiftarens. I Eckhoff 1993, s. 172, ges upplysningen att ett ändamål med bestämmelsen är "å få dommere til å erkjenne at den positive rett har huller som ingen tolking kan fylle, og at de i slike tilfeller må ta selvstendige standpunkter."

⁸⁶² Twining & Miers, s. 359.

⁸⁶³ Payne, s. 101f. Om tolkningsregler i Tysklands författningsdomstol se Nergelius, s. 242ff.

⁸⁶⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). De följande citaten är från Bring & Lysén.

31 ges en "General rule of interpretation", i art 32 anges "Supplementary means of interpretation" och i art 33 behandlas "Interpretation of treaties authenticated in two or more languages".

En andra typ sägs av Peczenik vara sedvanerättsligt gällande tolkningsregler. Inga exempel på sådana anges, men de sägs – enligt vad som betecknas som "den svenska rättskälleläran" – böra tillämpas av domstolarna.⁸⁶⁵ En tredje typ av tolkningsregler skulle vara sådana som formulerats i förarbeten. Inga exempel ges. Den fjärde typen sägs karaktäriseras av ovisshet och obestämdhet med avseende på deras (sedvanerättsliga) giltighet. Inga exempel på sådana tolkningsregler ges. Författaren påpekar, att det är praxis, inte doktrinen, som bestämmer vad som är sedvanerättsligt gällande. Det ligger utom ramen för min framställning att behandla giltighetsfrågor. Ståndpunkten är ändå intressant ur perspektivet av den här presenterade studien, som en påminnelse om vikten av att studera rättspraxis när det gäller metanormer för rättsligt beslutsfattande. Att domstol är obunden av de skilda lagtolkningsprinciper som har utvecklats i teorin förefaller klart.⁸⁶⁶

Frågan om hur lagtolkning ska eller bör genomföras kan också betraktas ur synpunkten av "korrekt" rättstillämpning. Några oomstridda (ännu mindre i juridisk mening bindande) kriterier för avgörande av den sortens spörsmål står inte att finna. Ett förslag ska återges. Den

"rättstillämpning – och de ställningstaganden som kommer till uttryck inom ramen för rättstillämpningen – *är korrekt*, som opartiska och erfarna jurister (kanske bör man tillägga "ansedda", ty i sista hand får man till nöds falla tillbaka på tämligen formella och ytliga avgränsningar av referensgruppen) är beredda att acceptera som uttryck för förnuftiga bedömningar och försvarlig yrkesutövning. Det är inte någon väl preciserad standard; längre torde man emellertid inte komma."⁸⁶⁷

Uttalandet ger vid handen att företaget att uppställa kriterier för korrekthet kan vara problematiskt. Det som för en viss krets av *opartiska* och *erfarna* personer med viss utbildning och yrkeserfarenhet framstår som *förnuftigt* och *försvarligt* blir korrekt. Det enda av de fyra kursiverade kriterierna som förefaller något så när lätt att hantera är erfarenhetskriteriet. Som framgår av flera ovan refererade fall finns det bland – i här

⁸⁶⁵ I Sigeman 1997b, s. 262, anges "det synsätt som omfattas av kvalificerade domare" vara det som har auktoritet i fråga om rättskällorna och deras inbördes vikt.

⁸⁶⁶ Westberg 1988, s. 307.

⁸⁶⁷ Strömholm 1996, s. 80.

avsedd mening – opartiska och erfarna personer, åtskilliga som haft olika uppfattningar i centrala rättstillämpningsfrågor.

Ibland redovisas en skepsis mot försöken att formulera mer eller mindre fullständiga principer för lagtolkning. Användbarheten tänks minska ju mera utarbetade de blir.⁸⁶⁸ Bjarup citerar en tidigare domare i USAs högsta domstol Felix Frankfurter: "Though my business throughout most of my professional life has been with statutes...I confess un[a]shamedly that I do not get much nourishment from books on statutory construction."⁸⁶⁹

11.3 Förklaring av rättsligt beslutsfattande

11.3.1 Inledning

Utgången i ett mål beror inte på slumpen och den beror inte heller på att rättsligt beslutsfattande är så beskaffat att man *måste* komma till ett visst slut. Inte heller beror det på en slump att olika ledamöter ibland kommer till olika ståndpunkter i rättsfrågor i samma mål. Hur ska då rättsligt beslutsfattande förklaras? Svaret beror bl.a. på den förklarandes val av ansats.

När det gäller de två typer av beslutsfattande som här använts för att belysa frågan om arbetsfördelning mellan lagstiftare och rättstillämpare (laganalogi och nyskapande) går det knappast att bortse från betydelsen av det enskilda landets tradition. Det är t.ex. vanligt att skilja mellan å ena sidan länder med common law-tradition med dess starka domarinflytande och å andra sidan europeiskt kontinentala rättsordningar med tyngdpunkten lagd på lagstiftaren när det gäller tillskapandet av nya rättsregler.

Kanske är dock skillnaden inte så stor som det ibland görs gällande.

"The role of the courts with regard to legislation has changed in the last 600 years. Originally, the judges were members of the King's Council and took part in the formulation of the legislative policy and sometimes in the drafting of legislation. 'Do not gloss the statute for we know better than you, we made it' said one medieval judge to counsel. ...it was only later that a more rigid doctrine of separation of powers developed... [T]his inevitably had an influence on the judges' perception of their role with regard to legis-

⁸⁶⁸ Simpson, s. 112.

⁸⁶⁹ Bjarup 1987, s. 172. Se också Strömholm 1996, s. 497, och ARK s. 589.

lation. From this time onwards, the judges concentrated on interpreting the wording of the legislation.”⁸⁷⁰

Dworkin beskriver den konventionella synen på arbetsfördelningen. Den placerar dömandet i skuggan av lagstiftningen. ”Judges should apply the law that other institutions have made; they should not make new law.”⁸⁷¹

Två andra faktorer som skulle kunna ha betydelse för arbetsfördelningen mellan lagstiftare och rättstillämpare är dels lagstiftaraktivitet dels lagstiftningens utformning.⁸⁷² I fråga om lagstiftaraktivitet gäller för svenskt vidkommande att lagstiftning har fått en allt större omfattning med utbredning till allt fler samhällsområden. Det är en utveckling som i och för sig inte behöver minska rättstillämparnas betydelse som bidragsgivare till normbildandet. En högre lagstiftaraktivitet, t.ex. tillkomsten av ett omfattande lagverk, kan komma att intensifiera prejudikatbildningen på ett rättsområde.⁸⁷³ Ett belägg för förekomsten av ett sådant samband utgör skeendet i samband med de lagstiftningsreformer som genomfördes på arbetsrättens område under början och mitten av 1970-talet. Under loppet av ett par år mångdubblades antalet till arbetsdomstolen inkomna och av domstolen avgjorda fall. En högre eller lägre grad av lagstiftaraktivitet torde i sin tur bero på ett antal mer eller mindre svårbelagda faktorer. En faktor av särskilt intresse inom det arbetsrättsliga området är de uppfattningar om rättstillståndet som kan finnas inom politiskt och fackligt tongivande kretsar. Geijer & Schmidt hävdar, att socialdemokraterna när de år 1932 kom i regeringsställning inte hade samma tilltro till lagstiftningsinstrumentet som många andra.⁸⁷⁴ Sigeman noterar i en framställning rörande bl.a. huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling, att socialdemokratin under 1930-talet i regeringsställning kunde öva ett större inflytande än tidigare, men att den iakttog återhållsamhet med lagstiftningsåtgärder.⁸⁷⁵ För fackföreningsrörelsen framstod kollektivavtalet som det förnämsta instrumentet för att anpassa regelsystemet till de mål man satte upp.⁸⁷⁶ Den förändring i inställningen till lagstiftningen som medel att förändra villkoren på arbetsmarknaden som därefter inträtt är

⁸⁷⁰ Farrar & Dugdale, s. 134.

⁸⁷¹ Dworkin 1994, s. 82.

⁸⁷² Lindblom konstaterar, 1997, s. 617, att det otvivelaktigt är så att den rättsskapande funktionen fått ökad betydelse och omfattning under de senaste decennierna och sätter det i samband med samhällsutvecklingen, den accelererande lagstiftningsstakten samt lagstiftningsmekaniken (bl a generalklausuler och ramlagar). Se också Hellner 1990, s. 156ff.

⁸⁷³ Strömholm 1969, s. 35.

⁸⁷⁴ Geijer & Schmidt, s. 376f.

⁸⁷⁵ Sigeman 1984a, s. 881f.

⁸⁷⁶ Geijer & Schmidt a st. Se även Adlercreutz 1997, s. 16ff.

välkänd. I sin återblick på ”paragraf 32-utredningen” (ARK) konstaterar Edlund, att en demokratisering av arbetslivet krävde ett betydande mått av lagstiftning. Att enbart gå fram avtalsvägen bedömdes runt 1970 som orealistiskt om några större landvinningar skulle göras.⁸⁷⁷ Lagstiftningen kom att få en mångdubbelt större volym och betydelse inom arbetsrätten än den hade haft på 1930-talet.⁸⁷⁸

När det gäller lagstiftningens utformning som en faktor av betydelse för arbetsfördelningen mellan lagstiftare och domstol kan konstateras att åtskillig nutida lagstiftning förutsätter en aktiv och självständig medverkan i tillämpningsledet. En alltmer generell normgivning med elastiska lagbud och inte sällan ofullständiga – ibland varandra motsägande – lagmotiv kan ställa domaren inför kravet att agera som lagstiftare.⁸⁷⁹

Omvänt kan för övrigt antas att en faktor av betydelse för lagstiftaraktiviteten varit arbetsdomstolens syn på sin roll som nyskapare av regler. En uppfattning inom litteraturen förefaller vara att domstolen under senare år varit obenägen att träda i lagstiftarens ställe. Det skulle för övrigt enligt någon bedömare ha gällt redan under inledningsskedet. Den skulle även då ha tvekat att genom egentliga innovationer gripa den ordinarie lagstiftaren i ämbetet.⁸⁸⁰ Edlund registrerar – efter att i slutet av 1960-talet ha beskrivit läget som att arbetsdomstolen reservationslöst slagit vakt om och gjort sig till förkunnare av de traditionella rättskipningsidealerna och efter att i början av 1970-talet ha givit rekommendationen att ”registret av legislativa beslutstyper vid rättslig prövning skulle kunna göras väsentligt bredare motiviskt och innehållsligt” – en förändring. I början av 1980-talet finner han att det skett ”en klar frigörelse från den tidigare trånga synen på domstolarnas handlingsmöjligheter”.⁸⁸¹ Här aktualiseras de värderingar i rättstillämpningsfrågor som undersökts och diskuterats i kap 7–10. Att sådana värderingar var av betydelse för hur beslutsfattandet utformades framgår klart.

Att rättstillämpningsvärderingar var en faktor med förklaringsvärde även i fråga om tolkning och precisering av lagstiftningen framgår av kap 4–6. I den tidigare nämnda jämförande undersökningen av lagtolkning i

⁸⁷⁷ Edlund 1977, s. 97f; jfr Flodgren 1978, s. 240 och intervju med Flodgren i Ahlberg. Se även Bergqvist 1979 och Gustafsson.

⁸⁷⁸ Sigeman a. a. s. 890.

⁸⁷⁹ Den strävan att undvika skrivningar som innebär att parter får ägna tid, kraft och ekonomiska resurser på tvister om reglernas innebörd som enligt Tersmeden & Werner, s. 192, bör vägleda allt lagstiftningsarbete har måhända inte alltid varit förhanden. Enligt Petersson, s. 83, har reglerna på många områden blivit så omfattande och komplicerade att det kan vara svårt till och med för myndigheterna att bedöma rättsläget.

⁸⁸⁰ Sigeman 1977a, s. 204.

⁸⁸¹ Edlund 1967, s. 343, densamme 1973, s. 33 och 1982, s. 12.

ett antal olika länder används följande faktorer för att förklara skillnader mellan länderna när det gäller domstolarnas sätt att motivera sina ställningstaganden: politiskt system, institutionella ramar, dömandets roll i förhållande till lagstiftning och verkställighet, allmän rättslig kultur samt traditioner i fråga om utbildning och rekrytering av domare.⁸⁸² Om man begränsar synfältet till det svenska rättssystemet, sägs lagtolkning där karaktäriseras av en särskild uppmärksamhet på samspelet mellan lagtext, förarbeten och rättspraxis. Som förklaring anges i denna engelskspråkiga framställning dels att tolkaren (domaren) söker "institutional advice as to how to do his job", dels det inflytande som rättsrealismen haft med påståenden om t.ex. att den rättslige beslutsfattarens egna känslor och värderingar påverkar beslutsfattandet. Hänvisningar till t.ex. förarbeten skulle kunna vara ett sätt att undgå misstankar om sådan påverkan.⁸⁸³

Ett exempel på försök till förklaring av rättsligt beslutsfattande med anknytning till arbetsrätten ges i en artikel av Boel Flodgren om arbetsdomstolen som rättsbildare. Där diskuteras bl.a. frågan om "vilka faktorer som avgör vad som blir beslutet i ett någorlunda komplicerat fall".⁸⁸⁴ Resonemanget gäller "svåra" fall, varmed avses sådana där "rättskällorna inte ger något klart och entydigt besked om vilka fakta som har betydelse som rekvisit...dvs om en viss rättsregel är tillämplig eller inte." Rättskällorna ger ingen "direkt ledning". I sådana fall skulle arbetsdomstolens avgörande "inte [vara] mera juridiskt underbyggt än parternas egna... ställningstaganden". Det är inte "olika individualpsykologiska faktorer hos beslutsfattaren" och inte "olika institutionella eller strukturella faktorer inom de rättstillämpande organen" som tas upp, utan "frågan om det inte finns fog för att påstå att AD:s beslut i de svåra fallen i större utsträckning styrs av de förväntade samhälleliga konsekvenserna av besluten än av de texter som finns i rättskällorna, trots att besluten inte explicit utformas så att detta framgår." En typ av sådana förväntade samhälleliga konsekvenser skulle ha att göra med "den *samhälleliga acceptans* som avgörandet kommer att möta".⁸⁸⁵ Flodgren ser det som "närmast en självklarhet" att domstolen i sitt beslutsfattande beaktar "vilket samhälleligt mottagande olika beslut kan få".⁸⁸⁶ En annan typ av konsekvenser aktualiseras av konstaterandet att domstolens beslutsfattande "får betydelse för utvecklingen på arbetsmarknaden på ett genomgri-

⁸⁸² Summers, s. 3.

⁸⁸³ Peczenik & Bergholtz, s. 312f.

⁸⁸⁴ Flodgren 1982, s. 134ff.

⁸⁸⁵ A. a. s. 135.

⁸⁸⁶ A. a. s. 136.

pande sätt”.⁸⁸⁷ Det vore ”realistiskt”, att påstå att domstolen inte tar hänsyn till detta när den tar ställning. En tredje typ av konsekvenser berörs i påståendet att domstolen måste utveckla ”principer enligt vilka parterna på arbetsmarknaden kan fortsätta att fungera tillsammans”.⁸⁸⁸ Arbetsdomstolen framställs som ”starkt konsekvensorienterad” vid ställningstaganden i mera komplicerade fall.⁸⁸⁹

Ordföranden i ett par av de i artikeln diskuterade målen, Johan Lind, har invänt mot tanken att domstolsledamöter skulle låta sig påverkas av ”något slags bedömning av hur en dom kommer att tas emot (’den samhälleliga acceptansen’).” Lind framhåller att det är en sak att fundera på om en viss lösning av ett rättsligt problem är praktisk, men något helt annat att låta sig påverkas av ”om LO, TCO, SAF eller eventuellt regeringen gillar eller ogillar lösningen.” Lind förnekar bestämt att den senare typen av påverkan skulle förekomma.⁸⁹⁰

Den rättslige beslutsfattaren står inför svårförenliga krav. Han ingår i en rättsordning som ska stå för stabilitet – men inte i högre grad än att den också är kapabel till förändring.⁸⁹¹ Han ska tillämpa generella regler på enskilda fall och känner därvid sannolikt ett ansvar för att resultatet av beslutsfattandet är inte bara formellt oantastligt utan också försvarbart i materiellt avseende.

Det sätt på vilket beslutsfattandet sker har betydelse för hur rättsordningen uppfattas av medborgarna. Skulle den uppfattningen sprida sig att där förekommer godtycke eller partiskhet påverkas känslan av rättssäkerhet i negativ riktning. I de s.k. domarreglerna konstateras att en god och beskedlig domare är bättre än god lag. Mot en ond och orättvis domare hjälper nämligen inte god lag, ”ty han vränger och gör dem orätt efter sitt sinne” (domarregel 8).⁸⁹² Hur beslutsfattaren fullgör sin uppgift beror, enligt vad som hävdats ovan, av många olika faktorer – inte minst den enskilde beslutsfattarens inställning till sin uppgift.⁸⁹³ Ett viktigt inslag i

⁸⁸⁷ A. a. s. 136.

⁸⁸⁸ A. a. s. 137.

⁸⁸⁹ A. a. s. 137.

⁸⁹⁰ Lind 1984. Se även Eklund, R, 1983b där arbetsdomstolen sägs vara ”starkt civilrättsligt färgad i sitt dömande.”

⁸⁹¹ ”Rätten måste vara oföränderlig och dock kan den ej stå stilla.” Citat av Roscoe Pound i Frändberg 1984, s. 185. Wiklund, s. 37, citerar Cardozo: ”Society is inconstant...and to the extent of such inconstancy, there can be no constancy in law.” Se även Eberstein om rättens statiska natur – och dess dynamik och Conradi, s. 86.

⁸⁹² Om domarreglerna se Modéer 1994, s. 161ff.

⁸⁹³ Frändberg, 1973, s. 159, ser det som uppenbart att ”rättskipningsideologin i avsevärd utsträckning är betingad av den politiska ideologi som råder i samhällets ledande kretsar och av de uttryck denna tar sig i det politiska systemet”.

den sistnämnda faktorn – av beslutsfattarna omfattade rättstillämpningsvärderingar – ska nu diskuteras något mera ingående som en del i ett försök att förklara rättsligt beslutsfattande.

11.3.2 Rättstillämpningsvärderingar som förklaringsfaktor

Uppfattningar om vilken vikt som borde tilläggas en viss rättskälla – eller annan omständighet, främst konsekvenser – visade sig i undersökningen kunna ha avgörande inflytande på hur man bedömde frågor rörande lagtolkning. Även om avsikten inte primärt varit att belysa skillnader mellan olika ledamöter i rättstillämpningsfrågor, har materialet – främst tack vare den ofta utförliga redovisningen av skiljaktiga meningar – möjliggjort vissa sådana iakttagelser. Som exempel kan nämnas en inom gruppen av ämbetsledamöter vid några tillfällen uttalat lagtextorienterad hållning och uttalanden om att domstolen inte hade att beakta konsekvenser av sitt dömande. Olämpliga effekter av en viss lagreglering var inte domstolens ansvar. Hade lagstiftningen utformats på ett olämpligt sätt, fick lagstiftaren ändra lagen. Det fanns emellertid andra ledamöter som var beredda att – åtminstone i viss utsträckning – försöka i rättstillämpningen åstadkomma ett som önskvärt bedömt rättsläge. Konsekvenser beaktades på ett sätt som kunde innebära en relativt fri hållning gentemot rättskällorna. Uppfattningarna om i vilken utsträckning konsekvenser av beslutsfattandet skulle beaktas varierade alltså inom arbetsdomstolen. I vilken utsträckning en ledamot var beredd att beakta effekterna av beslutsfattandet framstod som till stor del beroende av vederbörandes uppfattning om hur rättsligt beslutsfattande bör gå till – alltså av rättstillämpningsvärderingar.

När det gäller frågan om vilken typ av konsekvenser som beaktades inom domstolen förefaller det främst ha varit fråga om att åstadkomma en som lämplig bedömd ordning. Tanken att man i beslutsfattandet skulle orientera mot det som ovan betecknats som samhällelig acceptans bestyrks inte av materialet. När det gäller de avgöranden som arbetsdomstolen har att träffa vore det kanske också många gånger svårt att åstadkomma en sådan. Inte minst i komplicerade mål torde situationen ofta vara den att domslutet kommer att accepteras av dem som upplever sig ha fördel av utgången i målet medan övriga mer eller mindre häftigt kritiserar den. Det finns många exempel på att domar från arbetsdomstolen tagits emot på helt olika sätt.

Bengtsson har påpekat att graden av försiktighet kan variera betydligt hos olika ledamöter och efterlyst ”undersökningar av enskilda ledamöters benä-

genhet för skiljaktigheter och särskilda yttranden". Två sådana undersökningar nämns.⁸⁹⁴

I den tidigare refererade domen AD 150/80 förelåg betydande skillnader i uppfattningar inom domstolen rörande rättsläget. Majoriteten ansåg att förarbetena till den i målet aktuella MBL inte gav några "direkta" anvisningar för lösningen av tvisten utan uppfattade rättsläget som att lagstiftaren överlämnat åt rättstillämpningen att göra en viss gränsdragning (s. 933). Man markerade sin uppfattning genom påpekandet att det varit önskvärt att lagstiftaren givit utförligare anvisningar för hur man i rättstillämpningen skulle lösa den typ av tvistefrågor som var aktuell. Det ligger nära till hands att uppfatta majoritetens ståndpunkt som att man här ansett sig skapa en regel om gränsdragningen i visst avseende när det gäller förhandlingsrätten. Minoritetens argumentering pekar i stället i riktning mot att man ansett det möjligt att *tolka* lagen. Den fann det avgörande vara "vilken uppfattning lagstiftaren haft" i frågan (s 939). Att rättstillämpningsvärderingar spelat en roll för de olika ledamöternas ställningstaganden kan knappast betvivlas.

Majoriteten framstår som övervägande konsekvensorienterad – ur minoritetens synvinkel närmast som starkt konsekvensorienterad. Som framgår av minoritetens domskäl fanns möjlighet att anknyta till rättskällematerial. Förarbetena till lagen innehåller användbara uttalanden och det finns en tidigare dom som var relevant. Det är svårt att förklara den förda argumentationen om man inte antar att majoriteten här satt sin uppfattning de lege ferenda före uppfattningen de lege lata.

Domen belyser också värderingarnas betydelse när det gäller att förklara arbetsfördelningen mellan lagstiftare och domstol. Majoriteten kunde ha tyckt att en ordning i enlighet med minoritetens ståndpunkt hade varit olämplig, men att det var lagstiftarens sak att rätta till den uppkomna situationen. Man kunde ha lagt ansvaret för den på lagstiftaren som inte uttryckt sig klarare i förarbetena. Minoritetens ståndpunkt kunde, om den vunnit, ha framtvingat lagstiftningsåtgärder.

Jfr Bengtsson 1997, s. 123f. I vissa fall kan det bli aktuellt att lagstifta på områden man helst velat undvika, när domen inte utfaller till regeringens eller riksdagens belåtenhet. Olika varianter nämns. Man följer på en känslig punkt lagtextens ordalag, inte motstridande uttalanden i förarbetena. Man följer texten i allmän lag, inte häremot stridande lagstiftning av lägre rang.

Vissa ledamöter visade en påtaglig försiktighet med laganalogier, men det fanns också exempel på det motsatta förhållningssättet där laganalo-

⁸⁹⁴ Bengtsson 1997, s. 118.

gin tycks ha setts som ett medel för att utveckla regelsystemet. Även vid ställningstaganden till ett eventuellt nyskapande spelade ledamöternas uppfattningar om en lämplig rollfördelning mellan lagstiftaren och domstolen in. Exempel på ämbetsledamöter som varit uttalat lagtextorienterade är Edvard Nilsson (se AD 8/82 och 55/85), Claes Eklundh (se AD 137/83, 96/85 och 144/86), Axel Wallén (se AD 118/79) och Sven Hugo Ryman (se AD 72/80).⁸⁹⁵

Rättstillämpningsvärderingarnas betydelse ska avslutningsvis belysas med ett tankeexperiment. I AD 118/79 var meningarna, som framgått, delade. Som bl.a. Stark framhållit ryms utgången som den nu blev inte inom lagtextens ordalydelse. Om ordföranden och vice ordföranden i samband med målets avgörande varit mera lagtextorienterade hade utgången sannolikt blivit en annan – inte därför att de varit arbetsgivarvänliga eller därför att de velat uppnå samhällsacceptans utan därför att de haft en viss typ av rättstillämpningsvärderingar.

Det kan tilläggas att om arbetsgivarsidan vunnit målet, hade regeringen kanske (eventuellt efter påtryckningar från fackligt håll) ansett sig böra agera och föreslå en lagändring som innebar en sådan utvidgning av förhandlingsskyldigheten att även chefstillsättningar kom att omfattas. Exemplet visar på det samband som finns mellan de två här från varandra avgränsade metanormsområdena. I det lagtextorienterade ställningstagandet kan ingå att en viss utgång i målet är lagstiftarens ansvar och får hanteras av denne.

11.3.3 Önskan om ett visst domslut som förklaringsfaktor

Det skulle kunna tänkas att en oenighet i fråga om språklig tolkning har sitt upphov i ”en vurdering av resultatet”.⁸⁹⁶ Vid försök att förklara rättsligt beslutsfattande finns anledning att uppmärksamma möjligheten av inom domstolen förefintliga önskemål om ett visst domslut. Att ledamöter i en domstol eftersträvar en viss utgång i ett mål kan ha olika bakgrund. Antag att en ledamot vid avgörande av ett mål har att välja mellan en utgång som är tilltalande när det gäller det aktuella fallet och en utgång som är så otillfredsställande att den kan tänkas framkalla ett ingripande av lagstiftaren.⁸⁹⁷ Det förra kan uppnås ”genom att tänja lagtexten till dess yttersta gräns och kanske litet därutöver”, det senare genom en

⁸⁹⁵ Se även Ove Sköllerholm i AD 150/80 och Olof Bergqvist i AD 94/77 och 60/86.

⁸⁹⁶ Andenæs & Kvamme, s. 31.

⁸⁹⁷ Exemplet bygger på Bengtsson 1997, s. 125f.

strikt tillämpning av lagen.

”Väsentligt är väl här hur pass realistisk möjligheten är att en lagändring sker inom en snar framtid; är inte detta mycket sannolikt, på grund av det uppseende målet väckt eller av annan orsak, är det nog närliggande för de flesta att försöka tolka lagtexten så att målet får en rimlig utgång.”⁸⁹⁸

Ställningstagandet tycks här inte vara uttryck för en viss uppfattning om hur man bör gå tillväga i lagtolkningsfrågor utan för hur man bäst ska nå målet att få till stånd en ändring av rättsläget. Man kan också tänka sig fall där följsamhet mot motiven syftat till att uppnå en lagändring.⁸⁹⁹ Det blir närmast frågan om rättspolitiska ställningstaganden förklädda till ställningstaganden i metanormsfrågor.

”Om domstolen skall reda upp situationen genom en vågad lagtolkning eller genom att provocera fram en ny lagstiftning får bedömas efter omständigheterna.”⁹⁰⁰

En annan tänkbar bakgrund till önskan om ett visst domslut skulle kunna vara partsintressen. Det är naturligt att frågan om opartiskhet aktualiseras när det gäller en domstol med sådan sammansättning som arbetsdomstolens. Den har också att verka inom ett rättsområde med starka intresse-motsättningar och med starka företrädare för dessa intressen.⁹⁰¹ Några exempel till stöd för påståendet ska anföras.

Vissa tolkningar, som *framstår som* resultat av ställningstaganden i frågor rörande metanormer, har varit inskränkande på ett sätt som gör det svårt att tro att ett partsintresse inte funnits med i bilden⁹⁰², medan andra varit extenderande på ett sätt som skulle kunna rymma ett partsintresse.⁹⁰³ Vad som i ett visst fall kan användas till stöd för den ena eller andra tolkningen varierar. I AD 118/79 använde sig arbetsgivarledamöterna av lagtextens ordalydelse för att argumentera för en inskränkning av arbetsgivarens förhandlingsskyldighet enligt 11§ MBL. I AD 131/87 gick arbetsgivarledamöterna i stället på syftet bakom bestämmelserna för att inskränka arbetsgivarens förhandlingsskyldighet enligt 38 § MBL. I AD 33/76 ansåg en arbetsgivarledamot att den beslutade men ej

⁸⁹⁸ A. a. s. 126.

⁸⁹⁹ A. a. s. 127.

⁹⁰⁰ A. a. s. 129.

⁹⁰¹ Sigeman 1989, s. 53. För kritiska synpunkter på arbetsdomstolens sammansättning se Fahlbeck 1993, s. 105.

⁹⁰² T.ex. minoriteterna i AD 194/77, 165/78, 118/79 och 131/87.

⁹⁰³ T.ex. minoriteten i AD 7/75.

ikraftträdde lagstiftningen ”ej i nämnvärd utsträckning” kunde påverka avgörandet.

En illustration till det nyss sagda ges i ett antal utförliga och upplysande skiljaktiga meningar av arbetsgivarledamoten Unge när han motiverat sina ställningstaganden med uppfattningar rörande metanormer. I AD 8/82 fäste han avgörande vikt vid ”ordalydelsen” i lagtexten. I AD 72/80 var lagtextens ordalydelse utgångspunkten för argumenteringen. I AD 84/88 var utgångspunkten i stället ”det grundläggande syftet” med de tillämpliga bestämmelserna. Utifrån detta ansågs tvisten böra avgöras ”i enlighet med semesterlagens...ordalydelse”. I AD 131/87 avfärdades ”en mycket formell tolkning” av lagtexten och framhölls syftet med bestämmelserna. Gemensamt för de olika positionerna var att de talade till förmån för den av arbetsgiversidan i målen förespråkade utgången.

Skillnaderna mellan den vikt man tillmätte rättspraxis kunde också vara mycket stor mellan olika ledamöter i arbetsdomstolen. Det förekom att ledamöter i arbetsdomstolen bortsåg från tidigare avgöranden – även om de var färska och bekräftade.⁹⁰⁴ I andra sammanhang förekom det att ledamöter bortsåg från lagtext och förarbeten och fäste mycket stort avseende vid en enda tidigare dom.⁹⁰⁵

Det kan konstateras att de påtalade förhållandena i fråga om redovisade rättstillämpningsvärderingar inte rörde bara partsledamöterna. I AD 72/80 fäste t.ex. tredje ledamoten Sven Hugo Ryman stort avseende vid lagtextens ordalydelse. I AD 137/79 deltog samme ledamot i ett avgörande som innebar att lagtextens ordalydelse tolkades bort. Konsekvenserna synes har tillmätts stor betydelse. I AD 98/77 påtalade ordföranden Stark i en skiljaktig mening att majoritetens ståndpunkt innebar att avsteg gjordes från lagtextens klara ordalydelse. I AD 108/78 var lagtexten klar, men Stark ville där inte acceptera konsekvenserna av en bokstavstrogen tolkning.⁹⁰⁶

Ledamöter ansåg sig alltså oförhindrade att uttrycka olika rättstillämpningsvärderingar i olika typer av mål. Det skulle kunna förhålla sig så att man i viss utsträckning påverkas av sin uppfattning om önskvärd utgång. Önskan om en viss utgång kan i sin tur ha olika bakgrund. En hypotes skulle kunna vara att det i fråga om ämbetsmannaledamöter i första hand var föreställningar om lämplig ordning för framtiden, kanske ur synpunkten av klar gränsdragning, ordning och reda, konsekvens, rättvisa, processekonomi, konfliktreduktion som påverkade uppfattningen om

⁹⁰⁴ AD 72/80

⁹⁰⁵ AD 74/80

⁹⁰⁶ Se även Stark i AD 8/82.

lämplig utgång. När det gäller partsledamöterna kunde en hypotes vara att man gav den egna sidans intressen ett visst utrymme i samband med ställningstagandet.

Liknande iakttagelser kunde göras i samband med överväganden rörande laganalogi. Det förekom t.ex. att arbetstagarledamöter använde analogiargumentation på ett sätt som föranleder frågan om tanken på att främja den egna sidans sak funnits med i bilden.

Partsrepresentanterna har vid olika meningar i arbetsdomstolen vanligen röstat till den egna sidans fördel.⁹⁰⁷ Det förefaller finnas grund för antagandet att redovisningen av rättstillämpningsvärderingar i viss utsträckning varit anpassad till önskemål om ett visst domslut för att tillgodose partsintressen.

11.4 Slutord

Values matter when judges decide cases.

Den nu slutförda undersökningen har inriktats mot betydelsen av rättstillämpningsvärderingar i det rättsliga beslutsfattandet. Naturligtvis finns många andra faktorer av intresse för en beskrivning och förklaring av rättsligt beslutsfattande. Det kan t.ex. finnas anledning att utröna bakgrunden till att en beslutsfattare omfattar vissa värderingar. Att en domare väljer den ena eller andra positionen har t.ex. antagits sammanhånga med personlighet, rolluppfattning, "his immediate purposes" eller andra variabler i hans omedelbara närhet.⁹⁰⁸ Det kan också ha betydelse att lagar tillämpas inom ramen för ibland mycket olika organisations- och inflytandestrukturer.⁹⁰⁹ Det finns också antaganden om att rättstillämpningen anpassas efter önskemål från representanter för olika intressen.⁹¹⁰

När det gäller rättstillämpningsvärderingar har kunnat konstateras dels att de i viss utsträckning gjorts synliga i domskälen, dels att de i viss utsträckning varierat. Variationerna var dock inte större än att det varit möjligt att ange vissa dominerande drag i det undersökta beslutsfattandet. Det finns krafter som verkar i riktning mot homogenitet, men samti-

⁹⁰⁷ Se 4.4.1.

⁹⁰⁸ Twining & Miers, s. 169.

⁹⁰⁹ Esping, s. 245.

⁹¹⁰ Flodgren 1978, s. 245.

digst kommer olika beslutsfattare att – inom vissa ramar – utveckla olika uppfattningar i rättstillämpningsfrågor.⁹¹¹ "(T)hey develop, in response to their own convictions and instincts, working theories about the best interpretation of their responsibilities..."⁹¹² Det är frågan om att tolka sitt ansvar som domare, att ha en "teori" om vad ansvaret som rättslig beslutsfattare innefattar.

Dworkin illustrerar rättstillämpningsvärderingarnas betydelse med hjälp av ett rättsfall, "Elmer's case".⁹¹³ I målet tvistade å ena sidan Elmer och å andra sidan Goneril och Regan om giltigheten av ett testamente. Han konstaterar att Elmers öde berodde på de övertygelser i tolkningsfrågor som fanns företrädda bland de rättsliga beslutsfattarna.

"If a judge thinks it follows from the best interpretation of what judges characteristically do about statutes that he should never look to legislators' intentions, then he might well decide for Elmer. But if, on the contrary, he thinks that the best interpretation requires him to look to their intentions, then he will probably decide for Goneril and Regan."

Ställningstaganden i metanormsfrågor är inte bara tillåtna. De är nödvändiga. I det rättsliga beslutsfattandet ingår att ta ställning till vilken argumentation som ska anses mest hållbar.

"Each judge's interpretive theories are grounded in his own convictions about the 'point' – the justifying purpose or goal or principle – of legal practice as a whole, and these convictions will inevitably be different, at least in detail, from those of other judges."

Men friheten är inte obegränsad: Det finns i varje samhälle rättsliga paradigmer som inte kan överträdas utan risk för att det kommer att uppfattas som uttryck för korruption eller inkompetens.⁹¹⁴ Radikala tolkningar av vad rättsligt beslutsfattande ska innefatta uppmuntras t.ex. inte.⁹¹⁵

Dworkin försöker ge en nyanserad bild av det handlingsutrymme som den rättslige beslutsfattaren har vid fullgörandet av sitt värv och vilka faktorer som verkar i den ena eller den andra riktningen.

⁹¹¹ Betydelsen av den socialisation inom domaryrket som ibland framhålls som en likriktande faktor bör inte överdrivas. Se Ryberg, s. 149ff, som påpekar att den blivande domaren genom återkommande prövningar anpassas till ett visst tänkande. Jfr Dworkin 1986, s. 87: "Judges normally recognize a duty to continue rather than discard the practice they have joined."

⁹¹² Dworkin a. a. s. 87.

⁹¹³ A. a. s. 87f.

⁹¹⁴ A. a. s. 88. På s. 113 talas om paradigm i betydelsen "the sort of thing that we all accept as grounds of law". Se Peczenik 1988, s. 135f.

⁹¹⁵ Dworkin a. a. s. 88.

"It would be a mistake to ignore these various unifying and socializing factors, but a more insidious and dangerous mistake to exaggerate their power. The dynamics of interpretation resist as well as promote convergence, and the centrifugal forces are particularly strong where the professional as well as the larger community is divided over justice."

Vilken styrka faktorerna har är en empirisk fråga. Att de varierar från område till område förefaller vara ett rimligt antagande. Att de här undersökta rättstillämpningsvärderingarnas betydelse för det rättsliga beslutsfattandet påverkats av den speciella karaktären av det rättsområde inom vilka de tillämpats förefaller rimligt att anta. Det är ett område som präglas av starka intresse motsättningar.

Att försöka ange vilken undersökning som borde ha genomförts i stället för den som nu presenterats, ter sig inte meningsfullt. Utan tvekan hade andra tillvägagångssätt än den här valda varit möjliga för att utveckla kunskap om arbetsdomstolens rättstillämpningsvärderingar. Ett nära till hands liggande alternativ hade varit att genomföra intervjuer med de i beslutsfattandet deltagande ledamöterna eller ett urval därav.⁹¹⁶ När nu i stället arbetsdomstolens domskäl använts som datakälla, innebär det inte att andra metoder bedömts som otjänliga. Tanken fanns ursprungligen att analysen av domskälsmaterial skulle kompletteras med och ställas mot intervjumaterial. Arbetet med domskälsmaterialet har emellertid varit tidsödande. Att genomföra ännu en insamling och bearbetning av data har inte gått att genomföra i detta sammanhang. Tanken på en intervjuundersökning har dock inte övergivits. Det hittillsvarande arbetet har givit en grund för ett vidare inträngande i det rättsliga beslutsfattandet, bl.a. har många frågor kunnat formuleras som inte går att besvara med den här valda metoden men som skulle kunna besvaras med hjälp av t.ex. intervjudata.

Avslutningsvis ska ges några exempel på arbetsuppgifter för framtiden som ligger i linje med de nu slutförda.

Ett klagande av förekommande rättstillämpningsvärderingar framstår som ett led i utvecklandet av kunskap om rättsligt beslutsfattande. Sådan kunskap blir mer angelägen allteftersom domstolarnas betydelse ökar.

Det har framkommit att synen på hur uppgiften att avgöra tvister kan variera inom en domstol. Det finns anledning förmoda att den varierar även mellan domstolar. Empiriska undersökningar av andra domstolar – och rättsområden – skulle göra bilden fullständigare. De skulle också möjliggöra jämförelser och förbättra möjligheterna att initierat diskutera

⁹¹⁶ Tanken på deltagande observation framför i Bengoetxea, s. 274.

förutsättningarna för beslutsfattandet och eventuellt föreliggande behov av förändringar i detsamma. Undersökningarna kunde göras horisontella eller vertikala.

Det finns också anledning förmoda att rättstillämpningsvärderingar varierar över tiden. Den nu genomförda undersökningen avser tidsperioden 1974–1988. Därefter har bl.a. det inträffat att Sverige blivit medlem i EU. På många håll har antagits att detta kommer att påverka svenskt rättsligt beslutsfattande. Om så skett är också en empirisk fråga som – åtminstone för arbetsdomstolens del – återstår att besvara.

Andra undersökningar skulle ge tillfälle att pröva andra metoder för att utveckla kunskap om rättsligt beslutsfattande. De kunde också användas för att pröva den i kap 3 uppställda teoretiska ramens användbarhet och relevans.

Exempel på frågor som kunde ges ytterligare belysning är om det finns en allmänt accepterad rättskällelära. De hittills gjorda fynden pekar inte i riktning mot ett jakande svar. Men kanske finns ändå en samsyn i vissa frågor. Vilka påståenden rörande rättskällefrågor kan formuleras med anspråk på generalitet? Hur allmän kan en rättskällelära göras? Hur allmän bör den göras? Strömholm framhåller att likformighet i den judiciella argumentationen är ett av de allra starkaste ideologiska krav som ”rättvisan” har att tillgodose.⁹¹⁷ Det understryker vikten av att undersöka dels hur det förhåller sig inom det rättsliga beslutsfattandet, dels om det finns anledning till förändringar.

En annan fråga rör fastställandet av ändamålen med lagregler. Den har diskuterats länge och är värd en fortsatt diskussion. Även här finns anledning att undersöka hur domstolarna för närvarande går till väga och ställa sådana beskrivningar mot i litteraturen framförda uppfattningar om hur det går till – och bör gå till.

Frågan om rollfördelningen mellan lagstiftare och rättsliga beslutsfattare när det gäller att utveckla regelsystemet är av största betydelse inte minst ur principiell synpunkt – men märkligt nog i stort sett lämnad obesvarad i regeringsformen. Hur den kommit att utformas har bl.a. att göra med uppfattningar bland rättsliga beslutsfattare om lämplig rollfördelning. Det är då viktigt att utröna hur den utformats.

Undersökningar av rättsligt beslutsfattande borde ha intresse för lagstiftaren som därigenom får en fördjupad kännedom om sin ”samarbetspartners” syn på hur samspelet bör utformas.

De borde också ha intresse för den rättsvetenskapliga verksamheten och för den utbildning som sker i anslutning därtill. Kännedom om rätts-

⁹¹⁷ Strömholm 1996, s. 479.

ligt beslutsfattande är en förutsättning för förståelse av rättsordningens sätt att fungera.

Även rättsliga beslutsfattare kan ha ett intresse därav. Enligt Strömholm söker den rättstillämpande juristen ”en i möjligaste mån fullständig metodologisk ’styrning’”.⁹¹⁸ Som ett led i arbetet med att åstadkomma en väl underbyggd sådan styrning borde undersökningar av rådande uppfattningar i metanormsfrågor ha sin givna plats.

Slutligen kan allmänheten – inte minst den, med eller utan ombud, rättssökande delen därav – förmodas ha ett intresse av en förbättrad kunskap om hur rättsligt beslutsfattande går till.

⁹¹⁸ A st.

Summary

I. Background and design

Chapters 1–2 Introduction. Judicial decision-making, a terminology

The Swedish Labour Court, the only one of its kind, commenced its activities in 1929. Its task is to decide disputes between employers and employees. Normally the Court adjudicates as the first and only instance, but in some disputes it has the position of second (and final) instance. Its judgments can not be appealed.

The Court is composed partly of legally qualified judges and partly of representatives of organizations on either side of the labour market. This is the most striking difference in relation to courts of general jurisdiction. Another distinguishing feature is that members are appointed for a limited period of time, viz. three years.

Most cases before the Labour Court are tried by seven members, four of whom represent the labour market parties. Of the remaining three two are professional judges, one serving as chairman and the other one as vice-chairman. The third of these members must have special knowledge about conditions on the labour market. All the members are appointed by the government. Everyone serving on the bench is a judge when doing so. Every member has one vote. Decisions are taken by simple majority.

The Swedish labour market is regulated by relatively comprehensive legislation. As examples of essential parts of that legislation can be mentioned – as regards collective labour law – the Joint Regulation of Working Life Act of 1976 and – as regards individual labour law – the Employment Protection Act of 1982. Collective agreements are also of great importance.

The data source of this investigation is the published judgments of the Labour Court. A Swedish court must present the arguments on which its judgments are based. The Labour Court has sometimes been held up as a model for its thoroughness in that respect and for its open style. The reli-

ability of the reasoning in its published judgments is discussed in this thesis (11.2.1). The conclusion is, with certain reservations, that they are acceptable and worthwhile as a source of knowledge concerning the basis of the Court's standpoints.

The author examines certain values (judicial values) supposed to have been in operation in situations where the relation to the legislator was foregrounded. These values are related to the kindred concept of "meta-norm", relating to the Court's – unwritten – norms for judicial decision-making.

Decision-making is discussed in terms of four situations: statutory interpretation, clarifying of balancing norms (clarification), statutory analogies and the creating of new rules.

Statutory interpretation in this context means decision-making which takes place within the framework of a statute's linguistic meaning.

Clarification relates to situations which involve the application of a norm characterized by extreme vagueness, due to the norm containing expressions such as "reasonable", "objective" or "substantial". They presuppose a balancing of the opposing interests of the parties, which however is expected to be carried out in accordance with an extra-judicial norm, e.g. "good practice".

In the case of statutory analogy a provision is given a wider application than would appear to follow from the wording of the statute. It is applied "indirectly".

Creation of new rules occurs in decision-making without direct or indirect legislative support.

Statutory interpretation and clarifying of balancing norms (interpretation in a wide sense) are assigned to a sphere of metanorms with respect to the Labour Court's view of three legal sources: statute, legislative preparatory material, and precedent. For this part of the study (ch. 4–6) a theoretical framework is used, see below under ch. 3.

Statutory analogy and the creation of new rules are instead assigned to a sphere of metanorms with respect to the Court's view of a proper division of roles between the legislator and the Court as far as the development of the law is concerned (ch. 7–10). They are seen as examples of "gap-filling".

The aim of this study is to contribute to the knowledge of judicial decision-making with the emphasis placed on the judicial values underlying this decision-making and their influence on it.

The study covers the period 1974–1988. The investigation comprises all the published judgments during the period. In the thesis certain restrictions in the account for the relevant material have been made (1.3).

The findings are presented in the form of conclusions in the sections 4.2.1, 4.2.2.2, 4.2.2.3, 4.3, 5.2.1, 5.2.2, 6.1.2, 6.1.3, 6.1.4, 8.2, 8.3, 9.2.5 and 9.3.

In the final chapter (ch. 11) the investigation is summarized and some questions brought up by it are discussed.

II. Judicial values in interpretation and clarification

Chapter 3 Theoretical framework

In order to structure and analyse the material a theoretical framework has been elaborated. This distinguishes between different orientations which are expressed in the judicial values contained in the material investigated.

Judicial values

A. Orientation towards the legislator

1. Wording of the statute

2. Intention

2a. Linguistic meaning 2b. Purpose

B. Orientation towards consequences

3. Weak

4. Strong

Two main orientations are distinguished, orientation towards the legislator and orientation towards the consequences. The orientation towards the legislator may go in two different directions, either towards the words of the statute (Swed. *lagens ordalydelse*) or towards the intention of the legislator. The intention, in its turn, can refer to either the linguistic meaning or to the purpose.

An orientation towards the consequences relates to situations where the Court pays more attention to the consequences of a decision than to directions from the legislator. The greater the consideration given to the consequences of a decision and the less given to directions from the legislator the stronger the orientation towards consequences.

Chapter 4 Statutory interpretation in the Labour Court

Decision-making was carried out in a setting which gave considerable scope for different solutions. This was due to various contributory fac-

tors. The judge was free to choose his own orientation, e.g. orientation towards the words of the statute or towards the intention of the legislator. He could, in the latter case, choose to emphasize the intended linguistic meaning or the intended result of a provision. The choice of an extensive or a restrictive interpretation was also of importance. The wording could often be given two, or even more, interpretations just as there was room for different opinions as to the purpose of the statute or a specific provision. The ranking of different legislative preparatory materials also offered possibilities. What degree of authority should a statement have depending on how early or late it was made in the legislative process? Should such a statement be classified as unclear (and therefore unhelpful) or clear (and therefore carry greater weight)?

To a certain extent different members of the Court had different approaches to the task of interpretation. There was no simple pattern to be perceived in the use of interpretational devices making it possible to describe in a simple way the style of interpretation in the Labour Court. It is not immediately obvious that a "customary style of interpretation" existed. So the kind of orientation towards the legislator differed. Certain members would keep more strictly to the wording of the statute than others.

The question as to what extent one is to take into consideration the anticipated consequences of a decision was answered differently by the members of the Court. Expressions of a strong orientation towards consequences did occur, however sparsely. Here caution in drawing conclusions is to be recommended. To some extent it seems as if the language of the Court aimed – at least sometimes – at toning down the importance of consequences for the decision-making. The scope for different outcomes with reference to different standpoints in questions of metanorms could be used in an argumentation leading to a desired outcome. The argumentation could be made to look as if oriented towards the legislator.

The much-discussed question of how to establish the purpose of statutes or parts of statutes seems to have been relatively clearly answered. The determination of the purpose was made chiefly on the basis of legislative preparatory material and with reference to the intention of the legislator.

Statements in the preparatory material of whether an extensive or restrictive interpretation should be used seem to have carried great weight.

A fact worth noting is that when members of the Court representing the labour market parties made a restrictive interpretation of a statutory text, this was never done contrary to their own group's interests. Members from the employers' side chose an interpretation which would res-

strict the employees' rights while members from the employees' side chose an interpretation which would extend those rights. The members representing the labour market parties did not dissent when a majority decision favoured their own side.

Even if it is clear that there was no common approach to all the questions of interpretation, certain elements seem to have been regarded as normal. On a general level one could give the following formula for the usual process of interpretation: the Court first investigated the words of the law and the legislative preparatory materials with a view to finding "direct" guidance. In the second place the possibilities of making an analogy were contemplated. Only after that did other types of reasoning come into play. This course of action appears to be an expression of orientation towards the legislator.

In the thesis further details are given concerning approaches to the task of interpreting statutes. The reasons for and against different approaches are also discussed.

Chapter 5 Clarification of balancing norms

In dealing with the clarifying of norms of balancing, the orientation towards the legislator was marked. Statements in the preparatory materials were used as far as possible. It appears to be a verification of an assertion made by a former chairman of the Labour Court: "Statements in the preparatory materials become especially important when you apply a statute written in very general terms." The use of extra-judicial norms was demonstrated, e.g. "usage" and "custom".

Chapter 6 The weighting of different sources of law

The question of the Court's view of the statutory text, the preparatory material and precedent can also be discussed in terms of "the weighting of legal sources". The picture which appears in chapters 4 and 5 is, in general, confirmed. There was considerable room for different opinions, and different opinions did appear. The idea of giving a general weighting of different sources within the application of statutes with any degree of exactitude seems futile. This is because the different situations in which weighting was performed were altogether too varied. A few dominant patterns can be discerned however.

As regards the relationship between *the wording of the statute and the*

preparatory material it is clear that if the legislator was consistent in both the statute and the preparatory material, giving a clear direction, this created a strong sense of constraint in the decision-maker. There were however situations where even very clear directions from the legislator could be neutralised by other considerations.

In certain questions, e.g. concerning limitation, the statute text was adjudged to have special importance.

The natural point of departure for someone oriented towards the text is that the actual wording limits the room available for interpretation. That this be the case was not uncontested in the Labour Court. Not even a clear text was automatically given unconditional authority. The preparatory material was in several cases allowed to dominate over clear statute. If the Court found that the framing of the statute did not correctly express the intent of the legislator then it could be set aside.

From what has just been said it is clear that the legislative preparatory material was given considerable weight. Furthermore, there were statements saying that the preparatory material "as far as possible" should be adopted for guidance in the interpretation of statutes.

Several factors influenced the importance granted to preparatory material, for example how well it was formulated. It was also of importance in which context a statement in the preparatory material had been made.

When it comes to the relationship between *the statute and precedent* a legal position based on case-law could, of course, be changed through the action of the legislator. This change would usually occur when the new statute came into force.

In the relationship between *the preparatory material and case-law* it can be said that the Court was not willing to submit to a statement on the current status of the law merely because it came from the legislator.

Statements from the preparatory material on new legislation normally replaced case-law, although it might sometimes occur that even clear statements made by the legislator were judged to be of less importance than a principle formed from case-law.

There were considerable differences of opinion within the Court regarding the importance to be attached to precedent.

As to the relationship between *different types of preparatory material* there was a noticeable difference depending on the context in which the statement had been made. So, for example, the weight attached to what had been said in a committee's report depended to a large extent on how it was treated in the subsequent preparation of the law.

III. The legislator or the court? Judicial values concerning the division of roles

Chapters 7–9 Statutory analogy and the creating of new rules

The author also examines the judicial decision-making from the point of view of a division of roles between the legislator and the Court. In this part of the thesis the analogous application of one or more sections of a statute and the creating of new rules are considered. The two situations have in common that the Court has not been able to find a rule directly applicable for deciding the case before it. Also in such cases a decision had to be made.

The analogous application of one or more sections of a statute offered a possibility for the Court to contribute to the development of the system of legal rules. Situations did occur in which the Court contemplated the possibility and suitability for other than linguistic reasons of using a section of a statute in deciding the dispute. There was a considerable scope for different – more or less activist – opinions.

It can be seen that the Court paid marked attention to signals from the legislator in the preparatory material in questions concerning the use of analogy.

Analogy could be used in order to satisfy the purpose of the legislation and to prevent the circumvention of statutory law.

In several cases the idea of analogy was rejected. According to the Court certain types of legal consequences should not be based on analogy. To a certain extent the principle of legality probably affected this view.

In the creation of new rules the question of role-division is brought to a head. How should decision-making be carried out in cases where there was no possibility of either direct or indirect application of a provision in the law? This study indicates that the Labour Court was to a certain extent willing to take over the role of the legislator. The data give considerable information on its views on the limits for this kind of contribution on the part of the Court. In several statements it was made clear that

the Court considered it mainly a task for the legislator to meet the need for changes in the law. In some cases it was made clear that it was not up to the Court to take on the responsibility for the effects of the application of statutes. It was not its business to judge if a regulation passed by the legislator was well fitted or not to its purpose. Neither was it the Court's business to engage itself in decision-making resulting in "a change in the system" (Swed. *systemförändrande beslut*).

Certain questions were considered to be of the kind that they should be dealt with by legislation and not by precedent.

On the other hand: if there were grounds for assuming that a certain question had been handed over by the legislator to the Court for decision, then one did not hesitate to contribute to the development of the law.

A statement from the legislator that he had no intention to act, could also be an argument for the Court to do so.

The idea of "free application of the law" does not seem to have had any supporters in the Court, but there were situations in which it found it natural to develop patterns or principles.

One way to create new rules was to interpret a hidden clause into a collective agreement.

Chapter 10 Judicial creativity and the function of the civil procedure

The question of judicial creativity can be linked to the question of the functions of the procedure (the object of the courts). Different functions – though primarily the tasks of dispute settlement and conduct-directing – are distinguished and discussed. The settlement of disputes will, of course, be an important task for the courts, but their role in directing the conduct of citizens can be expected to grow. Factors which promote this are indicated: privatisation, deregulation, the cutting back of the public sector, rapid social change and the extensive use of general clauses. Membership of the EU is yet another such factor.

Certain disadvantages in creativity carried out by the courts are indicated and discussed:

- a) dependency on private initiatives; the courts cannot themselves initiate proceedings,
- b) the difficulty of reaching the public,
- c) retroactive law-making is in principle improper,
- d) the absence of an overview of the consequences; the judges have insufficient resources to see what the consequences of their decision-

making will be ("institutional incompetence"),

e) the assumed conservatism of judges,

f) the supposedly anti-democratic nature of the court; the judges are independent and have no political responsibility for the legal changes they bring about.

However it does seem generally accepted that a certain creativity through case-law is inevitable. In the thesis several examples are given where the legislator acted on the principle that judicial decision-making "picks up" where the legislation itself ends. At the same time there is, as demonstrated in chapters 7–9, clear evidence that the Labour Court was not prepared to go to any great length in its creativity.

IV. Conclusion

Chapter 11 Summary and discussion

Apart from a short recapitulation of the subject of the study, its aim, the approach and general results, a few questions are discussed which have been brought up by the study. One of these questions is concerned with certain fictional elements remaining in the court's reasoning, e.g. the court's referring to the intent of the legislator. The language used may hide the fact that in reality it is not a question of finding a person's or a group of people's intent, but a question of interpreting a text. Another similar element is how consequences of the decision-making is taken into consideration. There are factors which indicate that consideration of consequences is toned down.

A number of reasons for not using fictions in judicial decision-making are given. The importance of clarifying the reasoning of the court is emphasized – especially considering the increased importance which judicial decision-making may acquire as a way for society to direct the conduct of citizens.

Some factors of value for explaining judicial decision-making are discussed. First, as regards the two types of decision-making which were used to illuminate the question of the division of roles between the law-giver and the judicial decision-maker (statutory analogy and the creating of new rules), there is a short discussion of, in particular, the importance of the legislator's activity and the framing of legislation. Alongside such factors the importance of the judicial values underlying the decision-making is pointed out.

When it comes to the two other types of judicial decision-making (statutory interpretation and the clarifying of balancing norms), different viewpoints in the juridical doctrine about what might explain judicial decision-making are mentioned. Then the importance of underlying judicial values as an explanatory factor is discussed. It is stated that such values in the investigation have been shown to have a decisive influence on how questions of interpretation were judged.

Starting from the observation that some members of the Court expressed different judicial values in different cases, the issue of whether a desire to reach a certain judgement might have an explanatory value is discussed. Such a desire may arise for different reasons. One hypothesis

may be that the professional judges and also the members who are supposed to have special knowledge about the conditions on the labour market were affected by their desire for a suitable legal framework for the future, such as clear lines of demarcation, neatness and order, consistency, justice, and a reduction of the number of disputes, in their view of the appropriate outcome of a case. As to the members representing the organizations there is good ground for the hypothesis that they were inclined to favour their own side when making decisions.

Källor

Litteratur

Aarnio, A, Värdena och domarreglerna. I: Festskrift till Jan Hellner (1984).

– On the Semantic Ambiguity of Legal Interpretation. I: Festskrift till Stig Strömholm (1997).

Adams, J M, Brownsword, R, More in Expectation than Hope: The Blackpool Airport Case. 54 Modern Law Review, s. 281ff (1991).

– Understanding Law (1992).

– Understanding Contract Law (1994).

Adlercreutz, A, Några reflexioner om rättstillämpningen och samhällslivet. I: Festskrift till Per Stjernquist (1978).

– Svensk arbetsrätt (1997).

Agell, A, Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap. I: Festskrift till Stig Strömholm (1997).

Ahlander, B, Är juridiken en vetenskap? (1950).

– Om rätt och rättstillämpning (1952).

Ahlberg, K, MBL överflödig? ”Paragraf 32 kunde ha avskaffats utan lagstiftning.” Intervju med Boel Flodgren. Lag och Avtal 1979 nr 6, s. 31f.

Ahlberg, K., m.fl. Hur tolkar AD kollektivavtal? Öppna kort vid förhandlingsbordet ger trumf på hand. Lag och Avtal 1988 nr 6, s. 4ff.

Alexy, R, Dreier, R, Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany. I: Interpreting Statutes. A Comparative Study (ed. MacCormick, D N, Summers, R S) (1996).

Andenaes, J, Kvamme, H, Om grunner til uenighet om rettsspørsmål. I: Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jakob Arnholm (1969).

Andersen, K., Litt om begrepet gjeldene rett. I: Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jakob Arnholm (1969).

Andersson, H, Topisk retorik inom juridiken. I: Retorik & rätt (red. Persson, M, & Mellqvist, M, 1994).

Andersson, T, Rättsskyddsprincipen (1997).

Aubert, V, Lag, samhälle, individ (1972).

Bankowski, Z, MacCormick, D N, Summers, R S, Wroblewski, J, On Method and Methodology. I: Interpreting Statutes. A Comparative Study (ed. MacCormick, D N, Summers, R S) (1996).

- Bengoetxea, J, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice* (1993).
- Bengtsson, B, Om ansvar för fel i domstolsverksamhet enligt skadeståndslagen. I: *Festskrift till Per Olof Ekelöf* (1972).
- Domare och lagstiftare i samverkan och konflikt. I: *Festskrift till Stig Strömholm* (1997).
- Bergholtz, G, *Ratio et Auctoritas* (1987).
- Rättsvetenskap och rättspolitik. I: 25 års utredande – en jubileumsskrift. DUS 1990:1.
 - Hönan eller ägget. Till frågan om domaren tänker baklänges. I: *Festskrift till Ulla Jacobsson* (1991).
- Bergholtz, G, Thelin, K, Den nya svenska modellen: kris eller exorcism av domstolshistoriens poltergeistar; till frågan om svensk rättskipning är i ny eller nedan? JT 1990–91, s. 167ff.
- Bergqvist, O, *Läsvärd avhandling: Fackföreningen och rätten. Lag och Avtal 1979 nr 5*, s. 31.
- Visst går det – men det måste göras med eftertanke. Lag och Avtal 1989 nr 2, s. 29.
- Bergqvist, O, Lunning, L, Toijer, G, *Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer* (1997).
- Bergström, S, Hur bör förarbetena användas vid tolkning av skattelag? *Skattenytt*, 1984 s. 309ff.
- Förutsebarhet. En studie av regeringsrättens rättstillämpning (1987).
- Bernt, JF, *Rettskildebruk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk*. TfR 1989, s. 265ff.
- Beyer, C, *Rättsbildning genom lagstiftning eller rättspraxis*. JT 1996-97, s. 584ff.
- Bing, J, Om tolkning av enkeltord – særlig i lovtekst. I: *Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag* (1986).
- Bing, J, Harvold, T, *Rettskildebruk og informasjonssystemer* (1973).
- Bjarup, J, *Retsanvendelse, kundskab og vurdering*. I: *Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag* (1986).
- Interpretation, reasoning and the law. I: *The Structure of Law* (ed. Frändberg, Å, & van Hoecke, M) (1987).
- Bjerkén, T, *Ramlagarna och förvaltningen*. *Tidskrift för rättssociologi* 1989, s. 123ff.
- Blom, B, *Hunden Kalkas och den juridiska stilen*. NJA 1876 s. 458. I: *Rättsfall att minnas. Till Jan Hellner den 28 oktober 1997*.
- Blume, P, *Til en ny retskildelære*. TfR 1990 s. 863ff.
- Bolding, P O, *Juridik och samhällsdebatt* (1968).
- Bork, R H, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law* (1990).

- Bratt, P, Tibergh, H, Domare och lagmotiv. SvJT 1989 s. 407ff.
- Rättsfall om domare och lagmotiv. SvJT 1989 s. 707ff.
- Bring, O, Lysén, G, Materialsamling i folkrätt (1996).
- Brown, L N, The Court of Justice of The European Communities (1989).
- Bruun, N, Rättsdogmatikens paradigm och arbetsrättens rationalitet. I: Rättsdogmatikens alternativ (red. Tuori, K, 1988).
- Bruun, N, Wilhelmsson, T, Rätten, moralen och det juridiska paradigmet. SvJT 1983 s. 701ff.
- Bylund, L, Bevisbörda och bevistema. En studie av en bevisbörderegeln i mål om föreningsrättskränkningar (1970).
- Conradi, E, Skapande dömande. I: Festskrift till Bertil Bengtsson (1993).
- Dahlgren, L, m.fl. Längs upptäckstens väg. En introduktion till teorigenerering (1988).
- Dahlman, G, Något om arbetsdomstolens betydelse för arbetsrättens utveckling. Sv JT 1954 s. 1ff.
- Doublet, D R, Bernt, J F, Retten og vitenskapen (1993).
- Dworkin, R, Does law have a function? A comment on the twolevel theory of decision. The Yale Law Journal. Vol 74 (1964–65).
- Law's empire (1986).
 - Taking Rights Seriously (1994).
- Eberstein, G, Den inre strukturen hos en stor jurist. I: Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jakob Arnholm (1969).
- Eckhoff, T, Noen bemerkninger om innskrenkende, utvidende, analogisk og antitetisk fortolkning. I: Rettferdighet og rettssikkerhet: artikler samlet i anledning professor Eckoffs 50-årsdag, 5. juni 1966 (1966).
- Rationalisering i lagstiftning och rättstillämpning. I: Rationalitet i rättssystemet (red. Ulla Bondeson, 1979).
 - Retningslinjer og 'tumregler'. TfR 1980 s. 145ff.
 - Empiriske metoder i rettsvitenskapen. I: Rationalitet och empiri. Juridiska fakulteten i Stockholm. Skriftserien nr 6, s. 30ff (1985).
 - Rettskildelære (1993).
- Eckhoff, T, Dahl Jacobsen, K, Ansvar og rationalitet i politiskt og juridisk beslutsfattande. I: Rättssociologi. Om lag, konflikt och behov (red. Edling, S, & Elwin, G, 1973).
- Eckhoff, T, Sundby, N. K, Rettssystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien (1976).
- Edling, M, Ett år efter domen mellan TCO-S och staten. Allt är som förut! Lag och Avtal 1982 nr 2, s. 28f.
- Edlund, S, Tvisteförhandlingar på arbetsmarknaden. En rättslig studie av två riksavtal i tillämpning (1967).
- Perspektiv på arbetsdomstolen. I: Tvärsnitt. Sju forskningsrapporter

- utgivna till LO:s 75-årsjubileum (1973).
- En återblick på paragraf 32-utredningen. I: Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt (1977).
 - Medbestämmandet på offentliga sektorn: Särskilda nämnden, inte arbetsdomstolen bör dra gränsen. Lag och avtal 1981 nr 5, s. 28.
 - MBL i arbetsdomstolen (1982).
 - Den moderna arbetsrättens utveckling. Speciellt om arbetsdomstolen. I: Arbetsrättens utveckling (red. Broström, A, 1983).
 - Henning skulle vunnit på en egen teori. Lag och Avtal 1985 nr 1, s. 33.
 - Häftig slutsats att jag ändrat uppfattning om AD. Lag och avtal 1989 nr 2, s. 32. (Citerad Edlund 1989a).
 - ADs utveckling kanske inte förvånande. Lag och Avtal 1989 nr 8, s. 28f. (Citerad Edlund 1989b)
- Ekelöf, P O, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? (1951).
- En essay om tolkning och mening. I: Kungliga vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 1976.
 - Ett stycke vetenskapshistoria. I: Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag (1986).
 - Om rätt och moral. I: Vänbok till Robert Boman (1990).
 - Rättegång. Första häftet (1994).
- Eklund, H, Inhibition. Om verkställighetsförbud m.m. i judiciell process, inom förvaltningsrätten och i utsökningsförfarandet (1998).
- Eklund, R, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser (1983; citerad 1983a).
- Den här sortens avhandlingar behövs också. Lag & Avtal 1983 nr 8, s. 31. (Citerad 1983b)
 - Arbetsdomstolen i ljuset av Langborgerfallet. JT 1989–1990, s. 390ff.
 - Bolagisering – ett mode eller ett måste? (1992).
 - Har kollektivavtalet fått en själ – en fråga om målanalys och lagstiftningsteknik. JT 1992–93, s. 256ff.
 - i Löntagarrätt, *se Schmidt* (1994).
 - i Facklig arbetsrätt, *se Schmidt* (1997).
- Elwing, C M, Om domarmaktens politisering. I: Om våra rättigheter. Antologi av Rättsfonden (1980).
- Eskridge, W N, Dynamic Statutory Interpretation (1994).
- Esping, H, Ramlagar i förvaltningspolitiken (1994).
- Evers, J, Argumentationsanalys för jurister (1984).
- Tolkning av lag och rättsfall (1987).
- Eyben, von, W E, Domstolenes stilling til lovmotiver. Tfr 1953 s. 145ff.
- Domstolenes stilling til præjudikater. Tfr 1954 s. 484ff.

- Fahlbeck, R, *Interests: A Union Battle for Survival?* Stanford Journal of International Law, vol 20 (1985).
- Sweden. *Comparative Labor Law Journal*, vol. 9, 1987. Special issue: The Role of Neutrals in the Resolution of Shop Floor Disputes. (Citerad 1987a)
 - *Collective Agreements. A Crossroad Between Public Law and Private Law.* (Citerad 1987b)
 - *Industrial Relations i USA. Ett porträtt av "the Land of the Free"* (1988).
 - *Praktisk arbetsrätt* (1989).
 - *Tankar om arbetsdomstolen – hädiska och andra. I: Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Vänbok till Sten Edlund* (1993).
 - *Tankar om industrial relations som vetenskapsgren. Statsvetenskaplig Tidskrift* 1996, s. 53ff.
- Farrar, J H, Dugdale, A M, *Introduction To Legal Method* (1984).
- Fleischer, C A, *Anvendelse og fortolkning av dommer.* 1981.
- Flodgren, B, *Fackföreningen och rätten* (1978).
- *Arbetsdomstolen som rättsbildare. I: Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz* (1982).
 - *Nya arbetsrätten i tillämpning. Om arbetsdomstolen I: Arbetsrättens utveckling. Dokumentation från doktorandkursen hösten 1982.* (1983).
- Frändberg, Å, *Om analog användning av rättsnormer* (1973).
- *Rättsregel och rättsval* (1984).
 - *Om omedelbar och medelbar användning av lagregler i juridisk argumentation. I: de lege. Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström* (1996).
- Fuller, L L, *The Morality of Law* (1969).
- *The Case of the Speluncean Explorers.* 62 Harvard Law Review 1948–49, s. 616ff.
- Gaarder, K, *Domstolene og den alminnelige rettsutvikling. I: Den dømmende makt. Domstolene og rettsutviklingen 1814–1964* (1967).
- Geijer L, Schmidt, F, *Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte* (1958).
- George, J J, *Judicial Opinion Writing. Handbook* (1993).
- Griffith, J A G, *The Politics of the Judiciary* (1985).
- Grönwall, L, "AD – politisk domstol som själv skriver lagen?" Intervju i *Arbetaren* 1982 nr 10.
- Gunnarsson, B-L, *Lagtexters begriplighet. En språkfunktionell studie av medbestämmandelagen* (1982).
- Gustafsson, S, *MBL inte så tandlös som Boel Flodgren påstår men förbättringar behövs. Lag och Avtal* 1979 nr 7, s. 24f.

- Gustavsen, B, Hunnius, G, *New Patterns of Work Reform, The Case of Norway* (1981).
- Göransson, H, Paragraf 32 lever än! Lag och avtal 1979 nr 8, s. 32.
- Positivt att AD preciserar förhandlingsrättens omfattning på offentliga sektorn. Lag och Avtal 1981 nr 1, s. 25f. (Citerad 1981a).
 - Svensson tycks inte ha läst min artikel. Lag och avtal 1981 nr 4, s. 26. (Citerad 1981b)
 - Gustav Svensson skapar dimridåer. Lag och Avtal 1981 nr 5, s. 26. (Citerad 1981c).
 - Medbestämmande och politisk demokrati. Lag och Avtal. Årsbok 1981. (Citerad 1981d)
 - Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument (1988).
 - Hidden Clauses In Collective Agreements: The Case Law of the Swedish Labour Court (1990).
 - i Facklig arbetsrätt, *se Schmidt* (1997; citerad 1997a).
 - Förtroendemannalagen (1997; citerad 1997b).
- Hart, H L A, *The Concept of Law* (1961).
- Hellner, J, Värderingar i skadeståndsrätten. I: Festskrift till Per Olof Ekelöf (1972).
- Rättsteori. En introduktion. (1. uppl. 1988, 2. uppl. 1994).
 - Lagstiftning inom förmögenhetsrätten (1990).
 - Medverkan till skada vid strikt ansvar. JT 1991–92, s. 252ff.
 - Positivism och metod inom rättsvetenskapen. I: Festskrift till Stig Strömholm (1997).
- Henning, A, Tidsbegränsad anställning. En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner (1984).
- Hessler, H, Ett spörsmål om lagstiftning inom fastighetsrätten. Sv JT 1957 s. 241ff.
- Hetzler, A, Rättens roll i socialpolitiken (1984).
- Heuman, L, Rättspraxis. I: Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder (Bernitz, U, m.fl. 1996).
- Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet. I: Festskrift till Per Olof Bolding (1992).
- Heuman, L, Westberg, P, Argumentationsformer inom processrätten (1995). Hjerner, L, Om rättsfallstolkning (1982).
- Om utmätning av beslagtagnen egendom. Teori och praxis. Festskrift till Karlgren (1964).
- Hultqvist, A, Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen (1995).
- Hydén, H, Ramlagstiftningen inom arbetsrätten. I: Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz (1982).
- Ram eller lag. DsC 1984:12.

- Förmögenhetsrätten ur ett rättssociologiskt perspektiv. SvJT 1988, s. 203ff.
- Hydén, H, Anderberg, E, Rätten i förvandling. I: Rätten i förvandling (red. Bertilsson, M, 1995).
- Håstad, T, Konsekvens i rättssystemet. I: Festskrift till Stig Strömholm (1997).
- Interpreting Statutes. A Comparative Study. Ed.: MacCormick, D N, Summers, R S.
- Jareborg, N, Regler och riktlinjer. TfR 1979 s. 385ff.
- Kellgren, J, Mål och metoder vid tolkning av skattelag (1997).
- Klami, H T, Föreläsningar över juridikens metodlära (1989).
- Legal Argument and Decision Theory. The American Journal of Jurisprudence 1992, s. 171ff.
- Kleineman, J, Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättsskälla. JT 1994–95, s. 621ff.
- Knutsson, A, Dagligt liv i Bondeska palatset. SvJT 1989, s. 273ff.
- Kruse, V, Retskildene (1938).
- Källström, K, Lokala kollektivavtal. Om lokala parterers rättsliga ställning inom fackliga organisationer (1979).
- Arrendators ersättningsrätt vid uppsägning av anläggningsarrende. Om ändamålstolkning av avvägningsnormer. SvJT 1988 s. 622ff.
- Alkoholpolitik och arbetsrätt. En komparativ studie av missbrukares anställningsskydd (1992).
- Om rättslig integration i arbetsdomstolens rättstillämpning. I: Studier i arbetsrätt tilläggande Tore Sigeman (1993).
- i Facklig arbetsrätt (1997), *se Schmidt*.
- Lavin, R, Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk? FT 1989, s. 115ff.
- Om förvaltningsrättslig forskning. En replik. FT 1990, s. 72ff.
- Lehrberg, B, Praktisk juridisk metod (1996).
- Leijonhufvud, M, Förarbeten. I: Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder (Bernitz, U, m.fl. 1996).
- Lempert, E, Är mystiken kring arbetsdomstolen berättigad? Lag och avtal nr 2, 1978, s. 8f.
- Lind, J, Materiell processledning i arbetsdomstolen. I: Rättegången i arbetstvister. (red. Sigeman, T, 1979; citerad 1979a).
- Rättegången i arbetsdomstolen. I: Rättegången i arbetstvister (red. Sigeman, T, 1979; citerad 1979b).
- AD tolkar lagen utan att snegla på parter eller lagstiftare. Lag & Avtal 1984 nr 6, s. 34f.
- Högsta domstolen och arbetsrätten. Sv JT 1989 s. 291ff.

- Förarbetena som rättskälla. I: Festskrift till Bertil Bengtsson (1993).
- Rättsfallsanalyser – recension eller analys? JT 1995 s. 232ff.
- Lindahl, L, Definitioner, begreppsanalys och mellanbegrepp i juridiken. I: Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen (red. Peczenik, A, 1985).
- Lindblom, P H, Processen – bara en formsak? I: Annales. Kungl. Vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 23/1980. (Citerad från Lindblom, P H, Studier i processrätt, 1993a).
- Tes, antites och syntes – perspektiv på processrätten. SvJT 1984. (Citerad från Lindblom, P H, Studier i processrätt, 1993b).
- Lagtolkning eller rättstillämpning? Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s. 743). I: Festskrift till Lars Welamsson, 1988. (Citerad från Lindblom, P H, Studier i processrätt, 1993c).
- En lektion i mörkerseende. Sv JT 1990. (Citerad från Lindblom, P H, Studier i processrätt, 1993d).
- En struntsak. Om process och exekution rörande småbelopp. I: Om process och exekution rörande småbelopp. Vänbok till Robert Boman. (Citerad från Lindblom, P H, Studier i processrätt, 1993e).
- Allmän domstol som alternativt tvistelösningsorgan. I: Festskrift till Per Olof Bolding, 1992. (Citerad från Lindblom, P H, Studier i processrätt, 1993f).
- Civilprocessen och europaintegrationen. I: Europagemenskap och rättsvetenskap, 1992. (Citerad från Lindblom, P H, Studier i processrätt, 1993g).
- Självsmål. Är organisationstalan om lönediskriminering något att hoppas på? I: de lege. Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström (1996).
- Processens funktioner – en resa i gränslandet. I: Festskrift till Stig Strömholm (1997).
- Lindell, B, Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt (1987).
- Partsautonomins gränser – i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen (1988).
- Lindhagen, A, Om motivering av dom. Sv JT1947 s. 321ff.
- Lunning, L, Anställningsskydd (1989).
- Arbetsdomstolen i Europakommissionen. JT 1995–96 s. 1235ff.
- Lögdborg, Å, Några anteckningar om betydelsen av uttalanden i en lags förarbeten. I: Festskrift för Olivecrona (1964).
- MacCallum, G C, Legislative Intent. 75 Yale Law Journal, s. 754ff (1966).
- Mac Cormick, N, Legal Reasoning and Legal Theory (1978).
- MacCormick, D N, Summers, R S. I: Interpreting Statutes. A Compara-

- tive Study. (ed. MacCormick, D N, Summers, R S) (1996).
- Magnell, V, Rättskällebegreppet (1994).
- Malmberg, J, Anställningavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering (1997).
- Malmborg, J, Vad ångrar lagstiftaren? Lag och Avtal 1988 nr 9, s. 4ff.
- Marmor, A, Interpretation and Legal Theory (1994).
- Martin, W J, Willower, O J, The Managerial Behavior of High School Principals. Administrative Quarterly Vol 17, No 1, Winter, s. 60–90 (1981).
- Mathiesen, T, Rätten i samhället (1985).
- Mattsson, N, Lagstiftning eller lagtolkning? En fråga om åtgärder mot skatteflykt. I: Festskrift till Stig Strömholm (1997).
- Maxwell, P B, On the Interpretation of Statutes (1969).
- Merryman, J H, The Civil Law Tradition. An Introduction To The Legal Systems of Western Europe And Latin America (1975).
- Modéer, K Å, Historiska rättskällor (1997).
- Nergelius, J, Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv (1996).
- Nielsen, R, Retskilderne (1995).
- Nordenson, U K, Lagmotiv och lagtillämpning – en skadeståndsrättslig fallstudie. I: Festskrift till Bertil Bengtsson (1993).
- Nordström, T, HDs rättsskapande verksamhet förr och nu. I: Rättsutvecklingen och de juridiska yrkesrollerna: föredrag och diskussioner vid Juridiskafakultetens vid Uppsala universitet symposium 2–4 februari 1977 (red. Anders Agell, 1977).
- Nyström, B, Medling i arbetstvister (1990).
- Ogorek, R, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (1986).
- Pannick, D, Judges (1988).
- Payne, D, The intention of the legislature in the interpretation of statutes. Current Legal Problems, 1956, s. 96ff.
- Peczenik, A, Juridikens metodproblem (1980).
- Rätten och förnuftet (1988).
 - Juridisk argumentation (1990; citerad 1990a).
 - Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken. FT 1990, s. 41ff (citerad 1990b).
 - Rättspraxis och rättsdogmatik. I: Festskrift till Ulla Jakobsson (1991).
 - Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. (1995; citerad 1995a).
 - Juridikens teori och metod (1995; citerad 1995b).
 - Om juridiska avvägningar. I: Festskrift till Stig Strömholm (1997).

- Peczenik, A, Bergholtz, G, Statutory Interpretation in Sweden. I: Interpreting Statutes. A Comparative Study (ed. MacCormick, D N, Summers, R S) (1996).
- Petersson, O, Rättsstaten. Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik (1994).
- Rasmussen, H, On Law and Policy in the European Court of Justice (1986).
- Rimsten, O, Om rättsligt beslutsfattande i arbetsdomstolen. Tidskrift för rättssociologi 1986 nr 1, s. 5ff.
- Arbetsdomstolens rättsliga beslutsfattande. Några aspekter av rättstillämpning och rättsutveckling i arbetsdomstolen under perioden 1974–1980 (1993; citerad 1993a).
 - Sker målstyrningen i den svenska skolan med eller utan regler? I: Skolledare i en föränderlig värld (red. Stålhammar, B, 1993; citerad 1993b).
- Ross, A, Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi (1966).
- Rune, C, Domens retorik. I: Retorik & rätt (red. Persson, M, & Mellqvist, M, 1994).
- Svensk rättskipning i ny eller nedan?. JT 1989–90, s. 708ff.
- Ryberg, L, Domarkarriären (1988).
- Sandgren, C, Om empiri och rättsvetenskap. JT 1995–96, s. 726ff och s. 1035ff.
- Sandström, M, Peterson, C, Lex lata – lex ferenda. Fakta eller fiktion? I: Lex Ferenda (red. Rosén, J, 1996).
- Schlytter, A, Om rättvisa i barnomsorgen. Den kommunala barnomsorgens fördelningsregler ur ett vardagslivsperspektiv (1993).
- Schmidt, F, Domaren som lagtolkare. I: Festskrift för Herlitz (1955).
- Frågetecken till en dom. Sv JT 1968 s. 392ff.
 - Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen. I: Festskrift till Per Olof Ekelöf (1972).
 - Domskålen håller inte i "hamnarbetardomen". Lag och avtal 1980 nr 6, s. 35f.
 - Löntagarrätt. Reviderad upplaga ombesörjd av Sigeman, T under medverkan av Eklund, R, Göransson, H och Källström, K (1994).
 - Facklig arbetsrätt. Reviderad upplaga ombesörjd av Eklund, R under medverkan av Göransson, H, Källström, K och Sigeman, T (1997).
- Seth, T, Svensson, G, Medbestämmande i statsförvaltningen (1982).
- Sigeman, T, Semesterlagens tjänsteavtalsbegrepp. I: Festskrift till Per Olof Ekelöf (1972).
- Om rättsutveckling och prejudikatlära i arbetsdomstolen. I: Arbetsrät-

- ten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt (1977; citerad 1977a).
- Organisationernas roll för rättstillämpningen på arbetsmarknaden. I: Rättsutvecklingen och de juridiska yrkesrollerna: föredrag och diskussioner vid Juridiska fakultetens vid Uppsala universitet symposium 2-4 februari 1977 (red. Anders Agell, 1977; citerad 1977b).
 - Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling. Sv JT 1984 s. 875ff (citerad 1984a).
 - 36 § avtalslagen och arbetsrätten. I: Festskrift till Jan Hellner (1984; citerad (1984b).
 - Anmälan av Bergqvist & Lunning Medbestämmandelagen. SvJT 1987 s. 609ff.
 - Är arbetsdomstolen egentligen en domstol? JT 1989–1990, s. 193ff.
 - i Löntagarrätt (1994), *se Schmidt*.
 - Arbetsrätten. En översikt av svensk rätt med europarätt (1995).
 - i Facklig arbetsrätt (1997; citerad 1997a), *se Schmidt*.
 - Den bastubadande sulfitoperatören, AD 1978 nr 89. I: Rättsfall att minnas. Till Jan Hellner den 28 oktober 1997 (1997; citerad 1997b).
- Simpson, A W B, *Invitation to Law* (1988).
- Sjöberg, M, Regeringsrättens rättsskapande verksamhet förr och nu. I: Rättsutvecklingen och de juridiska yrkesrollerna: föredrag och diskussioner vid Juridiska fakultetens vid Uppsala universitet symposium 2-4 februari 1977 (red. Anders Agell, 1977).
- Sjögren, W, Domaremakt och rättsutveckling. TfR 1916 s. 325ff.
- Stark, H, Presentation av arbetsdomstolen. I: Rättegången i arbetstvister (red. Sigeman, T, 1979).
- Arbetsdomstolen i skottgluggen. I: Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman (1993).
- Strahl, I, Till frågan om rättighetsbegreppet. TfR 1946 s. 204ff.
- Strömberg, H, – Om interaktionen mellan lagstiftning och rättstillämpning. I: Festskrift till Olivecrona (1964).
- Strömberg, T, *Inledning till den allmänna rättsläran* (1981).
- Strömholm, S, Rättsutveckling på annat sätt än genom lagstiftning. Forhandlingene ved Det 25. nordiske juristmøte (1969).
- Teleologisk metod och likformig argumentation. I: Festskrift till Per Olof Ekelöf (1972; citerad 1972b).
 - Nya rättskällor – men bättre? Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1976, s. 462ff.
 - Lagstiftning och rättstillämpning. I: Idéer och tillämpningar, s. 142ff (1979; citerad 1979a).
 - Normer och mål – det normbundna beslutsfattandets särart. I: Idéer

- och tillämpningar, s. 157ff (1979; citerad 1979b).
- Vad är sakens natur? I: Idéer och tillämpningar, s. 258ff (1979; citerad 1979c.)
 - Analys och prognos. I: Idéer och tillämpningar, s. 176ff (1979; citerad 1979d).
 - En stillsam revolution – utvecklingstendenser i den svenska Högsta domstolens argumentationsteknik efter 1971 års fullföljdsreform. I: Festskrift till Andenaes (1982).
 - Lagtolkning och litteraturtolkning. I: Strömholm, S, Lag och lyra. Essäer om rättsvetenskap som humanistisk disciplin (1989).
 - Målstyrning och lagprövning. I: Festskrift till Bertil Bengtsson (1993).
 - Rätt, rättskällor och rättstillämpning (1996).
- Strömholm, S, Nycander, S, Makten över rätten. Fjorton brev om juridik och politik. 1991.
- Summers, R S, Introduction. I: Interpreting Statutes. A Comparative Study (ed. MacCormick, D N, Summers, R S) (1996).
- Summers, R F, Taruffo, M, Interpretation and Comparative Analysis. I: Interpreting Statutes. A Comparative Study (ed. MacCormick, D N, Summers, R S) (1996).
- Svensson, G, Tor Nitzelius har rätt om medbestämmandet på offentliga sektorn. Lag och Avtal 1981 nr 3, s. 25f. (Citerad 1981a).
- Kritiken mot domen i TCO-S-målet kvarstår. I Lag och Avtal 1981 nr 5, s. 25. (Citerad 1981b).
 - Medbestämmande och politisk demokrati (1985).
- Tersmeden, E, Werner, L, Skollagstiftningens grunder. Kommentarer till skollagen – motiv och praxis.
- Thornstedt, H, Legalitet och teleologisk metod i straffrätten. I: Festskrift tillägnad Nils Herlitz (1955).
- Twining, W, Miers, D, How to Do Things with Rules (1991).
- Töllborg, D, Personalkontroll (1986).
- Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken. JT 1995–96, s. 254ff.
- Undén, Ö, Från arbetsdomstolens praxis. Uppsala universitets årsskrift 1932.
- Unger, R, M, The Critical Legal Studies Movement (1986).
- Wasserstrom, R A, The Judicial Decision (1961).
- Weiss, C H, Social Science Research and Decisionmaking (1980).
- Wennström, B, The Lawyer and Language (1996).
- Westberg, P, Domstols officialprövning (1988).
- Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet. I: Festskrift till Per Olof Bolding (1992).

- Westerhäll, L, Rättskällefrågor i socialförsäkringsrätten. TfR 1989 s. 295ff.
- Westerlund, S, En hållbar rättsordning. Rättsvetenskapliga paradigmer och tankevändor (1997).
- Wiklund, O, EG-domstolens tolkningsutrymme (1997).
- Zahle, H, Polycentri i retskildelaeren. I: Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festschrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag (1986).
- Åhman, O, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten (1997).
- Åström, K, Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning. En studie av parallella normbildningsprocesser (1988).

Offentligt tryck

Betänkanden:

- SOU 1954:22 Ny arbetstidslagstiftning och partiell arbetstidsförkortning.
- SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen. Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal.
- SOU 1982:60 MBL i utveckling. Betänkande av nya arbetsrättskommittén.
- DS 1984:12 Ram eller lag. Om ramlagstiftning och samhällsorganisation.
- SOU 1986:1 Översyn av rättegångsbalken 2. Högsta domstolen och rättsbildningen.
- SOU 1988:30 Arbetsdomstolen. Betänkande av AD-utredningen.
- SOU 1994:99 Domaren i Sverige inför framtiden.
- SOU 1994:141 Arbetsrättsliga utredningar.

Propositioner:

- Prop 1973:129 med förslag till lag om anställningsskydd.
- Prop 1974:77 med förslag till lag om rättegången i arbetstvister.
- Prop 1974:88 med förslag till lag om facklig förtroendemannas ställning på arbetsplatsen m.m.
- Prop 1975/76:19 med förslag till lag om ändring i lagen om statlig lönegaranti vid konkurs.
- Prop 1975/76:105 med förslag till arbetsrättsreform m.m. Bil. 1. Lag om medbestämmande i arbetslivet.
- Prop 1981/82:71 Ny anställningsskyddslag m.m.

Utskottsutlåtanden:

InU 1973:36 Betänkande i anledning av propositionen 1973:29 med förslag till lag om anställningsskydd m.m. jämte motioner.

JuU 1976/77:15 Betänkande med anledning av propositionen 1975/76:12 med förslag till lag om alkoholutandningsprov.

Rättsfall

(När det finns ett ”huvudreferat” av ett rättsfall, anges det genom kursivering.)

Arbetsdomstolens domar (AD)

52/30; 6.1.3, 7.

100/32; 7.

179/34; 1.3, 7.

6/70; 3.

7/72; 9.2.2.

9/74; 7.

10/74; 7.

14/74; 1.5, 9.2.5.

18/74; 11.2.1.

22/74; 1.5, 7.

23/74; 1.5, 9.2.5.

26/74; 11.2.1.

27/74; 11.2.1.

41/74; 1.5.

43/74; 11.2.2.2.

46/74; 1.5.

50/74; 9.2.5.

51/74; 9.2.5.

52/74; 9.2.5.

53/74; 9.2.5.

57/74; 8.1.

3/75; 11.2.1.

6/75; 1.5.

7/75; 4.1, 4.2.2.2, 4.2.2.3, 4.4.1, 6.1.2, 7, 9.1, 9.3, 11.2.2.2, 11.3.3.

17/75; 1.5, 9.2.3.

22/75; 1.5.

23/75; 1.5.

26/75; 1.5.
 27/75; 9.2.3.
 35/75; 2.4, 8.2.
 38/75; 11.2.1.
 52/75; 11.2.1.
 62/75; 6.1.2, 11.2.2.2.
 71/75; 7, 8.3, 9.3.
 74/75; 8.2.
 84/75; 1.5, 9.2.3.
 85/75; 7.
 2/76; 6.1.4, 7, 11.2.2.1.
 3/76; 1.5, 6.1.2, 9.2.3.
 4/76; 4.1, 4.2.2.3, 9.2.3.
 5/76; 1.5.
 7/76; 9.2.3.
 12/76; 8.2, 9.2.1.
 13/76; 9.2.3.
 15/76; 7.
 19/76; 2.3, 4.1, 4.2.1, 4.2.2.3, 4.3, 11.2.2.2.
 23/76; 4.2.2.3.
 26/76; 5.2.1, 6.1.3, 9.2.3.
 30/76; 1.5.
 33/76; 1.5, 6.1.3, 11.3.3.
 39/76; 9.2.3.
 47/76; 8.1.
 49/76; 2.3.
 73/76; 2.1.2, 2.4, 4.2.2.3, 8.3.
 77/76; 5.2.2, 5.3.
 80/76; 11.2.1.
 81/76; 9.2.3.
 88/76; 6.1.2, 7, 8.3, 9.2.3.
 93/76; 8.1, 9.1, 9.2.5.
 94/76; 1.5, 5.3.
 95/76; 8.2, 9.2.1.
 96/76; 4.1, 4.3, 6.1.2.
 102/76; 9.2.3.
 103/76; 8.2.
 105/76; 7.
 111/76; 9.2.3.
 117/76; 8.2, 9.2.3.
 119/76; 9.2.3.

124/76; 2.3.
128/76; 1.5, 7.
129/76; 8.1.
130/76; 7.
5/77; 7.
8/77; 7.
12/77; 9.2.3.
14/77; 1.5, 9.2.5.
17/77; 6.1.2, 8.3.
24/77; 2.4, 8.1.
28/77; 9.2.3, 11.2.2.2.
38/77; 1.5, 8.3.
40/77; 7.
51/77; 4.1, 6.1.4.
54/77; 7, 8.3, 11.2.2.2.
62/77; 2.2, 2.4, 8.3.
64/77; 2.3.
71/77; 7, 9.1, 9.2.5, 9.3.
78/77; 9.3.
79/77; 7.
83/77; 4.2.1, 4.3, 11.2.2.3.
88/77; 1.5.
89/77; 11.2.2.2.
94/77; 2.1.2, 4.4.1, 8.2, 8.3, 11.2.2.2, 11.3.2.
97/77; 4.4.1.
98/77; 4.2.1, 6.1.2, 11.3.3.
101/77; 1.5.
105/77; 4.3.
116/77; 7.
117/77; 11.2.1.
119/77; 4.2.2.3.
127/77; 1.5, 4.2.2.1, 4.2.2.3, 11.2.2.2.
129/77; 2.4, 8.3.
136/77; 8.1.
150/77; 2.3.
158/77; 9.1.
159/77; 5.2.1, 5.3.
167/77; 1.5.
187/77; 2.3.
193/77; 1.5.
194/77; 4.2.1, 4.2.2.3, 4.3, 4.4.1, 11.2.2.3, 11.3.3.

200/77; 8.2, 11.2.2.2.
 215/77; 5.2.1, 8.2, 9.1, 9.2.5.
 223/77; 4.2.2.2.
 1/78; 2.2, 2.3, 2.4, 4.2.1.
 4/78; 2.2, 4.1, 7.
 11/78; 1.5, 9.3.
 30/78; 4.2.2.3.
 40/78; 8.2.
 45/78; 4.1, 4.2.2.2, 6.1.2.
 51/78; 4.2.2.3, 9.2.3.
 53/78; 4.1, 8.3.
 58/78; 8.2.
 61/78; 7.
 65/78; 1.5, 4.2.2.3, 4.4.1, 6.1.4, 8.1.
 68/78; 1.5.
 72/78; 1.5, 7.
 75/78; 9.2.5.
 76/78; 6.1.2, 8.1.
 84/78; 5.2.1, 5.2.2, 5.3.
 86/78; 8.1.
 88/78; 6.1.2, 9.3.
 89/78; 1.5, 2.2, 2.4, 8.2, 8.3, 9.1, 9.2.1, 9.2.3, 9.2.5, 10, 11.2.2.1.
 92/78; 2.2, 4.1, 6.1.2, 8.2.
 93/78; 1.5, 9.2.3.
 95/78; 7.
 108/78; 4.3, 11.2.2.3, 11.3.3.
 109/78; 7, 9.1, 9.2.5, 9.3.
 110/78; 1.5, 9.2.3.
 111/78; 9.2.5.
 112/78; 9.2.5.
 114/78; 11.2.2.2.
 124/78; 2.4, 7, 8.1.
 134/78; 1.5.
 139/78; 6.1.2.
 140/78; 11.2.2.3.
 158/78; 2.4.
 160/78; 6.1.2, 11.2.2.2.
 162/78; 5.2.2, 5.3.
 164/78; 1.5.
 165/78; 4.2.1, 4.2.2.3, 4.3, 4.4.1, 6.1.2, 11.3.3.
 167/78; 1.5.

5/79; 4.2.2.3, 4.4.1, 6.1.2, 8.3, 11.2.2.2.
 12/79; 1.5.
 15/79; 1.5.
 25/79; 8.1.
 31/79; 7, 8.3, 11.2.2.2.
 33/79; 4.2.2.3, 6.1.2, 9.3, 11.2.2.2.
 71/79; 1.5, 2.1.2, 2.2, 8.3, 11.2.2.2.
 80/79; 2.3, 11.2.2.2.
 96/79; 5.2.1, 5.3.
 99/79, 4.1, 7.
 100/79; 1.5, 9.2.5.
 110/79; 9.2.5.
 113/79; 2.1.1, 2.1.2, 4.3, 9.1, 9.3, 11.2.2.2, 11.2.2.3.
 118/79; 1.5, 4.1, 4.2.1, 4.2.2.3, 4.3, 4.4.1, 6.1.2, 6.1.3, 7, 11.2.2.2, 11.2.2.3, 11.3.2, 11.3.3.
 120/79; 7.
 124/79; 1.5.
 128/79; 7.
 129/79; 1.5.
 137/79; 2.2, 4.3, 6.1.2, 11.3.3.
 139/79; 1.5, 11.2.2.2.
 140/79; 11.2.2.2.
 145/79; 4.2.2.2, 7.
 147/79; 8.1.
 148/79; 4.4.1, 6.1.4, 11.2.2.1.
 149/79; 1.5, 4.2.1, 4.2.2.3, 4.3, 4.4.1, 11.2.2.2.
 152/79; 1.5.
 157/79; 1.5.
 158/79; 9.2.5.
 159/79; 9.2.5.
 164/79; 1.5, 9.2.2, 9.2.5, 9.3, 10.
 165/79; 9.2.2.
 8/80; 1.5, 2.4, 8.2, 8.3, 9.2.2.
 15/80; 1.5, 7.
 23/80; 11.2.2.2.
 25/80; 6.1.2, 9.2.5.
 34/80; 4.3.
 53/80; 11.2.2.2.
 54/80; 1.5, 2.2, 2.4, 8.3.
 56/80; 1.5, 3, 4.3, 9.3, 11.2.2.2, 11.2.2.3.
 67/80; 2.3.

72/80; 4.2.1, 4.2.2.3, 4.4.1, 6.1.2, 6.1.3, 11.2.2.2, 11.3.2, 11.3.3.
 74/80; 4.2.2.3, 4.3, 4.4.1, 6.1.3, 11.2.2.2, 11.2.2.3, 11.3.3.
 76/80; 8.1.
 78/80; 7.
 81/80; 11.2.1.
 85/80; 1.5, 2.4, 8.3.
 91/80; 1.5, 8.1.
 94/80; 1.5, 4.2.2.3, 7.
 107/80; 1.5, 11.2.2.2.
 109/80; 1.5.
 114/80; 7.
 133/80; 9.2.3.
 143/80; 1.5, 6.1.2, 6.1.3.
 150/80; 4.3, 4.4.1, 6.1.2, 7, 10, 11.2.2.2, 11.3.2.
 155/80; 11.2.2.3.
 163/80; 7, 9.1, 9.2.5.
 2/81; 11.2.2.2.
 6/81; 9.2.1.
 8/81; 4.2.2.3, 4.3.
 17/81; 9.2.3.
 26/81; 4.3.
 45/81; 9.1, 9.2.5.
 51/81; 2.3.
 107/81; 4.1.
 109/81; 11.2.2.2.
 124/81; 4.2.2.1.
 125/81; 4.2.2.3, 9.3, 11.2.2.2.
 141/81; 8.2.
 147/81; 4.2.2.3, 11.2.2.2.
 166/81; 11.2.2.2.
 170/81; 11.2.2.2.
 6/82; 4.2.2.1, 11.2.2.2.
 8/82; 2.1.2, 2.2, 3, 4.1, 4.2.1, 4.3, 4.4.1, 9.1, 9.3, 11.2.1, 11.2.2.3, 11.3.2, 11.3.3.
 16/82; 8.3.
 17/82; 4.1, 4.3, 11.2.2.2.
 21/82; 4.2.2.2, 6.1.2.
 28/82; 1.5.
 29/82; 1.5, 9.2.1, 9.2.2.
 32/82; 4.2.1, 4.2.2.2, 4.4.1, 9.3.
 33/82; 4.2.2.2.

34/82; 1.5, 4.2.2.1, 4.2.2.3, 11.2.2.2.
 39/82; 11.2.2.1.
 46/82; 2.3.
 49/82; 9.2.3.
 51/82; 4.2.2.2, 6.1.2.
 54/82; 11.2.1.
 64/82; 9.1, 11.2.2.2.
 83/82; 1.5, 6.1.3
 94/82; 7.
 98/82; 11.2.2.2.
 99/82; 8.2, 8.3.
 100/82; 4.2.2.1.
 102/82; 2.3.
 112/82; 9.2.1.
 117/82; 8.2, 8.3.
 121/82; 2.1.2, 2.3.
 125/82; 6.1.3.
 135/82; 4.2.2.2.
 140/82; 4.2.2.1, 11.2.2.2.
 143/82; 6.1.3.
 146/82; 5.1, 5.2.1, 5.3.
 158/82; 11.2.2.2.
 2/83; 4.2.2.2, 4.2.2.3, 11.2.2.2.
 3/83; 2.3, 8.2.
 9/83; 2.3.
 18/83; 9.2.5, 11.2.2.1.
 24/83; 11.2.1.
 46/83; 9.2.1.
 50/83; 2.3.
 51/83; 5.2.1, 5.3, 9.2.3.
 56/83; 1.5.
 78/83; 2.3.
 87/83; 4.2.1, 4.2.2.1, 4.4.1, 11.2.2.2.
 94/83; 4.4.1, 8.3.
 101/83; 1.5.
 105/83; 9.1.
 110/83; 2.3, 4.2.2.1.
 112/83; 1.5, 4.2.2.3.
 123/83; 1.5.
 125/83; 8.2.
 128/83; 4.1, 4.4.1.

129/83; 1.5.
137/83; 1.1, 4.2.1, 7, 9.1, 9.2.5, 11.3.2.
154/83; 11.2.2.1.
156/83; 1.5.
174/83; 9.2.1.
177/83; 9.2.1.
184/83; 9.3.
2/84; 2.3.
4/84; 4.1, 4.2.2.2, 4.4.1.
7/84; 9.3, 10.
9/84; 2.1.2, 2.3.
12/84; 6.1.4.
14/84; 4.1, 4.2.2.2, 4.4.1, 6.1.2, 9.1.
17/84; 4.1.
19/84; 5.2.2.
33/84; 11.2.1.
43/84; 1.5.
45/84; 9.2.3.
50/84; 1.5.
54/84; 6.1.3.
58/84; 9.2.2.
61/84; 1.5.
63/84; 4.4.1, 7, 9.1, 9.2.5.
66/84; 7.
67/84; 2.4.
76/84; 9.2.4.
77/84; 6.1.4.
79/84; 1.5.
80/84; 8.2, 8.3.
82/84; 2.3.
91/84; 2.1.2, 7.
94/84; 4.2.2.2.
98/84; 1.5, 11.2.2.2.
102/84; 4.2.1, 8.2.
104/84; 11.2.2.1.
109/84; 2.3, 4.2.2.3.
120/84; 6.1.2, 11.2.2.2.
123/84; 2.1.2, 4.2.2.1, 4.2.2.3.
128/84; 1.5, 6.1.3.
129/84; 6.1.3.
133/84; 5.2.1, 5.3.

135/84; 8.1.
 137/84; 6.1.3.
 140/84; 4.2.2.2, 4.3, 11.2.2.3.
 141/84; 2.3.
 143/84; 1.5, 2.4, 4.2.2.1, 4.2.2.3.
 144/84; 5.2.1, 5.3, 11.2.2.2.
 6/85; 1.5.
 9/85; 9.2.1.
 21/85; 6.1.2, 8.3.
 27/85; 2.3, 11.2.2.1.
 29/85; 4.3.
 40/85; 9.2.3.
 55/85; 2.1.2, 2.2, 2.4, 4.1, 4.2.1, 4.2.2.2, 4.4.1, 6.1.2, 7, 8.2, 8.3, 9.1, 9.2.5, 11.2.2.2, 11.2.2.3, 11.3.2.
 65/85; 8.2.
 71/85; 1.5.
 84/85; 8.2.
 85/85; 1.5, 9.2.3.
 88/85; 1.5, 4.2.2.3, 6.1.2, 6.1.3.
 90/85; 1.5.
 96/85; 1.5, 2.2, 8.3, 11.2.2.2, 11.3.2.
 97/85; 2.1.2, 8.3.
 108/85; 11.2.2.1.
 112/85; 8.2, 8.3.
 3/86; 2.3.
 11/86; 1.5.
 14/86; 4.3.
 15/86; 6.1.2.
 25/86; 1.5.
 28/86; 9.2.1.
 32/86; 4.3, 11.2.2.3.
 46/86; 5.2.2, 5.3.
 50/86; 9.2.4.
 55/86; 5.2.2, 5.3.
 56/86; 9.2.3.
 58/86; 5.2.2, 5.3.
 60/86; 9.3, 11.3.2.
 61/86; 2.3.
 78/86; 1.5.
 84/86; 6.1.4.
 91/86; 1.5.

105/86; 1.5.
111/86; 4.1, 4.2.2.3, 6.1.2, 6.1.4.
113/86; 7.
127/86; 11.2.2.1.
129/86; 4.2.2.1, 4.2.2.3, 6.1.2.
130/86; 4.2.2.3, 11.2.2.2.
133/86; 4.3, 8.2, 11.2.2.3.
139/86; 8.2.
144/86; 2.2, 2.4, 8.3, 9.2.4, 11.3.2.
151/86; 1.5.
158/86; 8.3, 9.2.3.
160/86; 9.2.3.
4/87; 4.2.2.2.
9/87; 2.6, 4.2.2.1, 4.3, 9.2.4.
23/87; 1.5, 4.2.2.3.
52/87; 9.2.3.
58/87; 2.3, 9.2.2.
67/87; 9.2.3.
73/87; 2.4, 4.1, 4.2.2.1, 4.4.1, 7, 11.2.2.2.
77/87; 1.5.
82/87; 7.
90/87; 9.2.3.
91/87; 2.3.
131/87; 3, 4.2.2.3, 4.4.1, 6.1.2, 11.3.3.
148/87; 4.2.2.3, 6.1.2, 9.2.4.
165/87; 6.1.3.
10/88; 9.1.
14/88; 6.1.2.
23/88; 4.3, 9.3.
32/88; 9.3.
38/88; 11.2.2.1.
58/88; 9.2.3.
65/88; 4.2.2.3.
70/88; 11.2.2.1.
74/88; 2.3.
84/88; 1.5, 11.3.3.
94/88; 1.5.
97/88; 4.3.
98/88; 9.2.5.
120/88; 2.4, 4.2.2.3, 11.2.2.2.
135/88; 6.1.2.

I boken diskuteras rättsligt beslutsfattande i arbetsdomstolen. Författaren avgränsar fyra typer av sådant beslutsfattande – lagtolkning, precisering av avvägningssnormer, laganalogi och nyskapande – och undersöker rättstillämpningsvärderingars betydelse vid beslutsfattandet.

Lagtolkning och precisering diskuteras utifrån domstolens användning av rättskällorna lagtext, förarbeten och rättspraxis. Med användande av en för undersökningen utarbetad teoretisk ram urskiljs olika orienteringar.

Laganalogi och nyskapande tas till utgångspunkt för en diskussion av arbetsfördelningen mellan lagstiftare och rättsliga beslutsfattare när det gäller att utveckla regelsystemet.

Författaren är lektor i juridik vid Högskolan i Örebro.
Akademisk avhandling.



UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK



16000

001775418



ISSN

0282-2040

ISBN

91-7678-393-6